

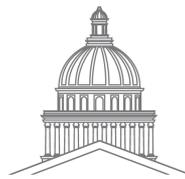
UNIVERSITÉ PARIS II - PANTHÉON-ASSAS

ÉCOLE DOCTORALE D'HISTOIRE DU DROIT, PHILOSOPHIE DU DROIT
ET SOCIOLOGIE DU DROIT

**LOIS DE POLICE ET ORDRE PUBLIC
DANS LE DROIT DES CONFLITS
(XII^e SIECLE - DEBUT XX^e SIECLE)**

**GENESE ET RECEPTION DE
L'ARTICLE 3, ALINEA 1^{ER} DU CODE CIVIL**

Thèse de Doctorat / avril 2019



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Thèse pour le Doctorat en Droit
présentée et soutenue le 16 avril 2019 par

Baudouin ANCEL

Sous la direction de **Mme Anne LEFEBVRE-TEILLARD**

Membres du jury :

Mme Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

M. Louis-Augustin BARRIERE, *Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)*

M. Louis D'AVOUT, *Professeur à l'Université Panthéon Assas (Paris II)*

M. Olivier DESCAMPS, *Professeur à l'Université Panthéon Assas (Paris II)*

M. Pierre MAYER, *Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*

M. Sylvain SOLEIL, *Professeur à l'Université Rennes-I*

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Résumé (1700 caractères) :

Cette recherche propose un éclairage historique des avatars de deux mécanismes désormais intégrés au système français de droit international privé, celui des « lois de police » et celui de « l'ordre public international », qui ont pour trait commun de s'opposer au jeu normal de la règle de conflit et de s'appuyer, l'un et l'autre, sur l'art. 3, al. 1^{er} du Code civil de 1804. Prévenant par préemption les atteintes à l'*utilitas publica vel communis* ou y réagissant par éviction de la loi normalement applicable, ces deux types de normes tissent une histoire commune depuis les antécédents que furent les statuts prohibitifs et les statuts territoriaux identifiés par la doctrine romano-canonique médiévale. Adaptés par les juristes de l'Ecole Hollandaise et de l'Ecole Française, à l'hypothèse dominante à la fin de l'Ancien Régime des conflits de souverainetés, ceux-ci sont recueillis en 1804 par l'art. 3, al. 1^{er}. Le travail conjoint de la doctrine et de la jurisprudence et une réaction à la notion hybride de « lois d'ordre public » qui émerge au long du siècle suivant permettent leur reformatage en les séparant l'un de l'autre dès le tournant des XIX^e et XX^e siècles. Le déclin du conflit des souverainetés qui porte à se désintéresser des lois de droit public, voire des lois pénales, et une représentation plus privatiste du conflit de lois qui ne peut cependant méconnaître l'interventionnisme croissant de l'Etat, confirment la distinction de deux figures appelées à être théorisées sous les concepts de lois de police ou d'application immédiate (promouvant l'*utilitas communis*) et d'exception d'ordre public (défendant les valeurs fondamentales).

Descripteurs :

Loi de police, loi de sûreté, ordre public international, lois d'ordre public, théorie des statuts, conflits de coutumes, conflits de lois, Code civil, statuts prohibitifs, histoire du droit international privé.

Title and Abstract (1700 characters):

This research aims at shedding light on the historical background of the avatars of two mechanisms now integrated into the French system of private international law: *lois de police* (i.e. overriding mandatory rules) and (international) *ordre public* (i.e. public policy). Both share the common feature of opposing the normal interplay of choice-of-law rules and rely on Art. 3, para. 1 of the 1804 Civil Code.

Preventing by pre-emption infringements of *utilitas publica vel communis* or reacting to them by eviction from the normally applicable law, these two types of norms have emerged from a common history beginning with the antecedents of prohibitive and territorial statutes identified by medieval romano-canonical commentators. Then members of the Dutch and French Schools adapted the two concepts to the prevailing hypothesis at the end of the Ancien Régime, that of conflicts of sovereignties.

In 1804, *lois de police* and *ordre public* were collected in the French Civil Code. Thanks to the joint work of scholars and case law, on the one hand, and to a reaction to the hybrid notion of *lois d'ordre public* that emerged over the next century, on the other hand, the distinction between the two concepts was made possible at the turn of the 19th and 20th centuries.

As conflict of sovereignties declined, leading to a loss of interest in public law, or even in criminal law, and as a more private-law-driven representation arose, without ignoring, however, growing state interventionism, the distinction has been confirmed between the two concepts: *lois de police* or *d'application immédiate*, promoting the *utilitas communis*, and *exception d'ordre public*, defending fundamental values.

Keywords:

Loi de police (overriding mandatory rule), criminal statutory law, public policy, « lois d'ordre public », theory of statutes, conflict of customs, conflict of laws, Civil Code, prohibitive statutes, history of private international law.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

[]	<i>Additio, correctio sive adaptatio manu mea.</i>
C. 1.1.1.1	<i>Codex Iustinianus</i> , liber 1 ^{us} , titulus 1 ^{us} , capitulum 1 ^{um} , § 1 ^{us} , édition Paul KRÜGER, Berlin, 1892.
C. civ, art. 1	code civil, article 1 ^{er} .
<i>Clunet</i>	<i>Journal du droit international privé (Clunet)</i> , Paris, 1874-...
col.	colonne
coll.	collection
<i>Dalloz Périodique</i>	Armand DALLOZ, Désiré DALLOZ <i>et alii</i> , <i>Jurisprudence générale du royaume, recueil périodique et critique de législation, doctrine et jurisprudence</i> , Paris, 1824-...
D. 1.1.1.1	<i>Digesta</i> , liber 1 ^{us} , titulus 1 ^{us} , capitulum 1 ^{um} , § 1 ^{us} , édition Paul KRÜGER et Theodor MOMMSEN, Berlin, 1889.
dact.	dactylographié
dir.	directeur(s) scientifique(s)
éd.	éditeur, édité par <i>ou</i> édition
<i>eod.loc.</i>	<i>eodem loco</i>
fol.	folio
fasc.	fascicule
<i>Grands Arrêts</i>	Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, <i>Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé</i> , 5 ^e édition, Paris, 2006.
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
ID.	<i>idem</i>
<i>Inst.</i> , 1, 1, 1	<i>Institutiones Justiniani</i> , liber 1 ^{us} , titulus 1 ^{us} , § 1 ^{us} , édition Paul KRÜGER et Theodor MOMMSEN, Berlin, 1889.
JCP	<i>Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique)</i>
ms.	manuscrit
MSHDB	<i>Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands</i>
NRHDFE	<i>Nouvelle revue historique de droit français et étranger</i>
<i>Olim</i>	<i>Les Olim ou registres des arrêts rendus par la Cour du Roi sous les règnes de Saint Louis, de Philippe le Hardi, de Philippe le Bel, de Louis le Hutin et de Philippe le Long</i> , édition Beugnot, Paris, 1839, trois tomes en quatre volumes.
<i>op.cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	page
pp.	pages
préc.	précédent(e)
<i>Recueil des cours de La Haye</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>Recueil Sirey</i>	Jean-Baptiste SIREY <i>et alii</i> , <i>Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public</i> , Paris, 1791-1950.
rééd.	réédition
réimp.	réimpression

<i>Répertoire Dalloz</i>	Armand DALLOZ, Désiré DALLOZ <i>et alii</i> , <i>Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence</i> , 44 tomes en 50 volumes, Paris, 1846-1873.
<i>Revue critique</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i> , Paris, 1934-...
<i>Revue de droit international</i>	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i> , Bruxelles, etc., 1869-1940.
<i>Revue de droit international privé</i>	<i>Revue de droit international privé et de droit pénal international</i> , Paris, 1905-1933.
RFHIP	<i>Revue française d'histoire des idées politiques</i>
RHD	<i>Revue historique de droit français et étranger</i>
RHFD	<i>Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique</i>
RHFDSJ	<i>Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique</i>
RSHDE	<i>Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays du droit écrit</i>
<i>s.d.</i>	sans date
<i>sqq.</i>	suivantes
<i>spéc.</i>	spécialement
<i>t.</i>	tome
<i>trad.</i>	traduction
<i>TVR</i>	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis</i>
<i>v.</i>	vers
<i>v^o</i>	<i>verbo</i>
<i>v^{is}</i>	<i>verbis</i>
<i>vol.</i>	volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION	I
TITRE PRELIMINAIRE - LES LOIS D'APPLICATION IMPERATIVE AU SEIN DES THEORIES STATUTISTES ITALIENNES ET FRANÇAISES : LES STATUTS TERRITORIAUX ET LES STATUTS PROHIBITIFS (XII^E-XVI^E SIECLES).	1
Chapitre I ^{er} – La soumission de l'étranger aux statuts territoriaux à travers les doctrines canonique et civiliste des XII ^e et XIII ^e siècles.	4
Chapitre II – La territorialité saisie par la théorie des statuts : les statuts territoriaux par nature et les statuts permissifs et prohibitifs chez Bartole et Balde.	84
Chapitre III – Le statutisme italien à l'épreuve du conflit de coutumes : Charles Dumoulin, ou la réception nuancée des statuts territoriaux par le droit coutumier français.	117
PREMIERE PARTIE - L'ENTREE EN SCENE DE LA SOUVERAINETE TERRITORIALE AU SEIN DES CONFLITS DE LOIS : L'EMERGENCE DES LOIS DE POLICE EN DOCTRINE ET EN JURISPRUDENCE (XVI^E-XVIII^E SIECLES).	142
TITRE PREMIER - LA TERRITORIALITE DES STATUTS, FACTEUR D'ACCUEIL OU DE REJET DE LA LOI ETRANGERE AU NOM DE LA SOUVERAINETE ETATIQUE.	145
Chapitre I ^{er} - L'esprit d'indépendance des coutumes porté à son faite : le statut réel, pierre angulaire du territorialisme de Bertrand d'Argentré.	147
Chapitre II – L'Ecole Hollandaise : la souveraineté territoriale absolue des statuts.	168
Chapitre III – L'Ecole Hollandaise : la tolérance envers l'extra-territorialité de la loi au filtre de l'ordre public : <i>necessitas, comitas et comitas gentium</i> .	226
TITRE SECOND - LES LOIS DE POLICE ET DE SURETE ET LA SOUVERAINETE/TERRITORIALITE DANS LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE FRANÇAISES DE LA FIN DE L'ANCIEN REGIME (XVII^E-XVIII^E SIECLES).	329
Chapitre I ^{er} – Les lois de police et de sûreté et la souveraineté/territorialité dans la doctrine française du XVIII ^e siècle.	332
Chapitre II - L'émergence d'une notion : statut prohibitif, statut exorbitant et loi de police dans la jurisprudence et les répertoires de l'Ancien Droit.	510

DEUXIEME PARTIE – LA CONSECRATION LEGISLATIVE, JURISPRUDENTIELLE ET DOCTRINALE DES « LOIS DE POLICE ET DE SÛRETE » (XIX^E-XX^E S.)	661
TITRE PREMIER - LA REDACTION ET L'EXEGESE DE L'ARTICLE 3, ALINEA 1^{ER} DU CODE CIVIL SUR LES « LOIS DE POLICE ET DE SURETE ».	664
Chapitre I ^{er} – La rédaction du futur article 3 du Code civil : les « lois de police et de sûreté », expression et limitation du principe de souveraineté/territorialité de la loi française.	666
Chapitre II – L'interprétation doctrinale de l'article 3, alinea 1 ^{er} : l'exégèse d'un article, entre condition civile des étrangers et conflits de lois.	714
Chapitre III - L'interprétation jurisprudentielle des lois de police et de sûreté : entre lois de police et ordre public international (1840-1880).	796
TITRE SECOND - L'INTEGRATION DES LOIS DE POLICE ET DE SURETE AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE : LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE FACE AU LACONISME DU LEGISLATEUR.	847
Chapitre I ^{er} – L'article 3, alinéa 1 ^{er} et les lois d'ordre public au regard des doctrines statutistes au tournant du siècle (1880-1914).	852
Chapitre II - Les destinées nationalistes de l'article 3, alinéa 1 ^{er} au début du XX ^e siècle : l'emblème du conflit de souverainetés, entre statutisme et conflictualisme.	927
Chapitre III – L'exclusivisme prétorien des lois de police : la jurisprudence française de 1880 à 1918.	1004
CONCLUSION GENERALE	1049
SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE	1057
TABLES DES MATIERES	1102
ANNEXES	i

INTRODUCTION

L'article 3 du Code civil constitue encore aujourd'hui, pour la jurisprudence et la doctrine de droit international privé, le siège des dispositions de droit français relatives aux conflits de lois. Il reste ainsi, en dépit de la prolifération des sources – conventionnelles et européennes – la *sedes materiae*¹. S'il persévère à offrir en cette qualité une référence centrale aux juristes français et à tous ceux que leur tradition juridique rattache au Code civil, les origines de cet article et les usages qui en ont été faits depuis sa promulgation sont mal connus. Demeurées inchangées depuis 1804, ses dispositions ne sont plus, dorénavant, lues de manière littérale par les interprètes et, dans son esprit comme dans les étapes de son développement, le droit international privé moderne est désormais loin de correspondre aux notions vagues ou indécisées sur le conflit de lois que les rédacteurs de l'article pouvaient avoir au moment d'en cristalliser la lettre. C'est au regard de la vétusté de ces quelques lignes que se révèlent le dynamisme et l'évolution qui ont caractérisé la matière depuis la codification. En effet, sans qu'il ait été besoin d'en modifier la lettre, la doctrine internationalprivatiste française, parfois devancée par une jurisprudence active et des plus inventives, n'a eu de cesse, aux XIX^e et XX^e siècles, de bâtir une théorie du conflit de lois qui était encore, au moment de la rédaction du Code, censée se résumer en quelques lignes². Cette lettre figée depuis deux siècles mérite pourtant d'être rappelée, tant son laconisme et sa brièveté contrastent avec le nombre et la variété des domaines du droit privé auxquels prétend toucher le droit international privé :

Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

Ce décalage entre la permanence de la lettre et le bouleversement de l'esprit ne peut manquer d'intriguer l'historien du droit international privé. En partant du principe que cet article n'a pas été créé *ex nihilo*, quelles ont pu être les intentions des rédacteurs lorsqu'ils arrêtent cette formulation ? A quelle tradition et à quelle origine se rattachent des dispositions qui sont désormais, et aujourd'hui encore, gravées sur le vélin du Code ? Pourquoi, et selon quel processus interprétatif, l'évolution récente du droit international privé les a-t-elle figées dans leur littéralité et frappé leur esprit d'obsolescence, sans, pour autant, se départir du respect dû à la rédaction originelle ? Quel sens et quelle portée ont ces règles au moment où elles sont rédigées et au moment où elles sont, pour la première fois, commentées ? Quel est le chemin parcouru pour aboutir à leur interprétation actuelle ?

¹ Voir, par exemple, parmi les ouvrages les plus récents, Bernard AUDIT et Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, 10^e édition, 2018, n°22, p. 28 ; Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, 4^e édition, 2017, n°26, p. 44 ; Marie-Laure NIBOYET et Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6^e édition, 2017, n° 8, p. 29 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL et Pascal DE VAREILLES SOMMIERES, *Droit international privé*, 10^e édition, 2013, n°8, p. 8.

² Bertrand ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 1-18, spéc. p. 1 : « l'article 3 du Code civil a connu plusieurs vies, quoique sans avatars puisque depuis sa rédaction, il n'a subi aucune transformation. La stabilité de la lettre habille une remarquable mobilité de l'esprit et son histoire, qui dévoile une rare capacité d'absorption des évolutions et révolutions du droit international privé, autorise l'augure d'une pérennité infinie ».

L'histoire du droit international privé ne peut donc s'écrire sans se livrer à une étude approfondie de cet article et des règles qui le composent. Si cette histoire s'est enrichie de quelques travaux récents qui font espérer un regain d'intérêt pour ce domaine de recherches, jusqu'à présent, davantage défriché par les internationalprivatistes eux-mêmes que par les historiens du droit, il n'en demeure pas moins que les études qui y ont été dédiées se sont concentrées, dans leur grande majorité, sur l'histoire de la théorie des statuts et bien rares sont ceux qui se sont aventurés jusqu'à la codification de 1804 et au-delà³. Or, si importante et si emblématique que soit la promulgation de l'article 3 dans l'histoire du droit international privé français, la modestie même de sa rédaction et de ses ambitions n'autorise pas à y voir une révolution copernicienne qui fermerait un cycle de formation pour en ouvrir un autre. Le conflit de lois, sous la forme des conflits de statuts puis des conflits de coutumes, existait bien avant l'article 3 et il n'a pas révoqué sa tradition, ni renié son histoire du seul fait de son entrée en vigueur.

Des trois propositions qui se succèdent au sein de cet article, c'est, sans aucun doute, la première qui interpelle toujours le plus la sagacité du lecteur et celle qui a le plus suscité l'embarras des commentateurs, puisque le rapport logique qui la relierait au droit international privé n'apparaît pas d'évidence. « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » : quel lien une disposition qui revêt, de prime abord, de forts accents publicistes et pénalistes entretient-elle avec le conflit de lois privées ? Les juristes et historiens qui se sont lancés dans l'exégèse de l'article 3 et dans l'étude des conditions de sa rédaction ont établi que le dessein du législateur de 1804, en édictant l'article dans les mots qu'il lui a choisis, n'a pas été de régler la matière entière des conflits de lois ou de cristalliser les règles les plus essentielles de la théorie des statuts ou du conflit de coutumes, ni, encore moins, de fournir un cadre regroupant les principes essentiels de la matière. Si telle avait été leur intention, l'article donnerait prise à la critique tant par son caractère défectueux que par les lacunes qu'il révèle. De manière sans doute plus réaliste et plus prudente, l'ambition des rédacteurs s'est limitée à baliser, de manière unilatérale, le champ d'application incompressible, territorial et personnel, des lois françaises en général. Toutefois, la soumission de l'étranger aux lois de police et de sûreté de l'alinéa 1^{er}, qui se déduit immédiatement de sa formulation, suffit à rattacher cette disposition à la matière des conflits de lois et ce rattachement n'a jamais été démenti depuis⁴. Bien au contraire, alors que cet alinéa aurait pu tomber en désuétude, il a été dûment exploité, durant tout le XIX^e siècle, par les doctrines civiliste et internationalprivatiste et utilisé, à diverses fins, par les juges.

³ Armand LAINE, *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts*, deux volumes, Paris 1888-1892 ; Eduard-Maurits MEIJERS, « Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge spécialement en Europe occidentale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 49, 1934, pp. 547-686 ; Max GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1929, t. 29, pp. 287-400, et *Geschichte des Internationalprivatrechts von den Anfängen bis zu den grossen Privatrechtskodifikationen*, Bâle/Stuttgart, 1977 ; Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil (Contribution à l'histoire du droit international privé français)*, thèse, Paris, 1947 ; Luc SIRI, *Les conflits de lois du XII^e au XVIII^e siècle*, thèse Paris II, sous la direction de Madame le professeur Anne Lefebvre-Teillard, 2011 ; Bertrand ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, 2017.

⁴ Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, tome 1^{er}, Bruxelles et Paris, 1956, chapitre I^{er}, p. 29.

« Les lois de police et de sûreté... ». L'expression peut surprendre au premier abord, tant, par ses connotations publicistes et pénalistes, elle semble n'avoir pas vocation à trouver sa place parmi les concepts fondamentaux du conflit de lois. A la différence de l'alinéa 2 qui évoque le statut réel immobilier, et de l'alinéa 3, qui a trait au statut personnel des Français, y compris à l'étranger, cette disposition, prise littéralement, peine à se rattacher à la longue tradition statutaire qui forme le socle de la matière jusqu'en 1804 et même au-delà. En effet, la « police » et la « sûreté » font référence à des dispositions de droit public et de droit pénal qui ne font traditionnellement pas l'objet des attentions du droit des conflits. Le terme « police »⁵ lui-même offre, d'ailleurs, une polysémie intéressante, puisqu'il désigne aussi bien « l'organisation politique et administrative d'une société, d'un Etat » que « l'organisation rationnelle de l'ordre public dans un groupe social donnant souvent lieu à une réglementation » ou, au sens du droit administratif, « l'ensemble des pouvoirs et des règlements tendant à assurer l'ordre et la sécurité publics et l'organisation des services publics, mais limités dans la mesure indispensable à la paix publique, par des lois réglementant l'usage des libertés »⁶. Sous l'Ancien Régime, la police était le terme général qui désignait, dans l'esprit des juristes, « l'administration publique, le gouvernement »⁷, mais aussi « le bon ordre public, la bonne administration » et « l'ordre, le règlement établi dans un Etat, dans une ville pour tout ce qui regarde la sûreté et la commodité des habitants »⁸. La police est donc originellement une notion issue du droit public et du droit administratif, qui doit être mise en relation avec l'impératif d'ordre public auquel elle est subordonnée⁹. C'est cette acception que la doctrine française des statuts a en tête, au XVIII^e siècle, lorsque Jean Bouhier et Louis Boullenois, les premiers, songent à

⁵ Le mot lui-même est d'origine grecque et désigne tout ce qui concerne le bien de la cité. De là, naît la notion d'un bien commun et général de la société.

⁶ Les présentes définitions sont toutes issues du *Trésor de la Langue Française Informatisé*. Voir également les entrées « Police (gouvernement) » et « Police (jurisprudence) » par Antoine-Gaspard BOUCHER D'ARGIS, dans *l'Encyclopédie* de Denis DIDEROT et de Jean Le Rond D'ALEMBERT, Paris, 1765, tome 12^{ème}, pp. 904-911 et 911-912.

⁷ Charles Dumoulin, au XVI^e siècle, fait également référence à la police au sens de « gouvernance » quand il déclare, dans sa consultation 53 sur le don mutuel entre les époux de Ganay, avoir « admiré personnellement la magnifique organisation et apprécié parfaitement la *politeian* en chacune des institutions » de la ville de Berne : voir Charles DUMOULIN, « Consultation LIII, dite des Epoux de Ganay », traduite par Bertrand ANCEL, *Eléments, op. cit.*, pp. 227-240, spéc. n°41, p. 240.

⁸ Walther VON WARTBURG, *Französisches Etymologisches Wörterbuch*, tome 9, Bâle, 1959, pp. 129-130.

⁹ Sur l'histoire de la police comme expression du droit administratif de l'Ancien droit, qui a le plus retenu l'attention des historiens du droit, voir, entre autres, François OLIVIER-MARTIN, *La police économique sous l'Ancien Régime, cours d'Histoire du droit public, DES Droit public, 1944-1945*, Paris, 1945 ; Marguerite BOULET-SAUTEL, « Police et administration en France à la fin de l'Ancien Régime : observations terminologiques », in Werner PARAVICINI et Karl-Ferdinand WERNER (dir.), *Histoire comparée de l'administration, IV^e-XVIII^e siècles, Actes du IV^e colloque historique franco-allemand de Tours, 27 mars-1^{er} avril 1977*, Munich, 1980, pp. 47-51 ; Paolo NAPOLI, « « Police » : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime », *Droits*, n°20, 1994, pp. 183-196 et n°21, 1995, pp. 151-160 ; Albert RIGAUDIERE, « Les ordonnances de police en France à la fin du Moyen-Âge », et Bernard DURAND, « La notion de police en France du XVI^e au XVIII^e siècle », in Michael STOLLEIS, Karl HÄRTER et Lothar SCHILLING (dir.), *Policy im Europa der frühen Neuzeit*, Francfort, 1996, pp. 97-161 et 163-211 ; Luca MANNORI, « Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien Régime : justice, police et administration », in Michel PERTUE (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940) : actes du colloque d'Orléans, 30 septembre – 2 octobre 1993*, Orléans, 1998, pp. 247-257 ; Jacqueline DAVID, « La participation des gens du roi à la police du royaume pendant l'Ancien Régime », in Jean-Marie CARBASSE (dir.), *Histoire du Parquet*, Paris, 2000, pp. 105-137 ; Benoît PLESSIX, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, n°38, 2003, pp. 113-133 ; Sophie PETIT-RENAUD, « La notion de police et son usage en France. L'exemple de la ville d'Amiens (XIV^e-XVI^e siècle) », in Corinne LEVELEUX-TEIXEIRA, Anne ROUSSELET-PIMONT, Pierre BONIN et Florent GARNIER (dir.), *Normes et normativité. Etudes d'Histoire du droit offertes à Albert Rigaudière*, Paris, 2009, pp. 127-145.

intégrer, de la manière la plus formelle, ce type de dispositions parmi les lois d'application territoriale constituant, chez l'un et chez l'autre, une partie de leur doctrine sur les conflits de coutumes. C'est cette acception qui est parvenue aux Rédacteurs du Code civil. Mais ceux-ci n'ayant pas l'intention de codifier l'ensemble du droit des conflits, il n'en demeure pas moins que l'expression « lois de police et de sûreté » a, dès l'origine, une connotation publiciste qui pouvait éloigner les normes qu'elle embrasse de l'objet du droit international privé, c'est-à-dire des rapports d'intérêts privé qui se trouvent à portée de plusieurs ordres juridiques. Les rédacteurs n'ont eu de cette pluralité qu'une vision tronquée, unilatérale, et il semble que leur unique ambition a été de faire respecter les prescriptions de la loi française en matière d'ordre public et en matière criminelle par tous ceux qui étaient présents sur le territoire, qu'ils soient résidents ou voyageurs.

Cette disposition, portée au fronton d'une codification du droit civil uniforme pour la France, n'a guère retenu l'attention des juristes de droit public ou de droit pénal. C'est à la doctrine civiliste, puis, après son renouveau, à la doctrine de droit international qu'il est revenu d'assigner une fonction à un alinéa quasi vacant au regard du conflit des lois de droit privé. C'est pour cela qu'il s'est retrouvé investi de la mission d'abriter les lois relatives à l'application impérative et, en principe, strictement territoriale du droit français à l'encontre des éventuelles lois étrangères en concurrence ; longtemps qualifiées indifféremment de « lois de police » ou de « lois d'ordre public », ces règles impératives inscrivaient leur fonctionnement en parallèle ou en contrepoint du processus normal de règlement du conflit de lois dès le début du XIX^e siècle. L'histoire des lois de police et de sûreté, au sens de l'alinéa 1^{er} du Code civil, n'est donc pas celle des lois telles que l'entend la doctrine publiciste ou pénaliste, mais bien celle de ces dispositions impératives qui viennent interférer avec les règles ordinaires de conflit de lois, soit pour les renforcer, soit pour en paralyser le développement ordinaire.

Le travail combiné de la doctrine et de la jurisprudence, après 1804, a offert une nouvelle vie à l'alinéa 1^{er}, en érigeant, tout à la fois, en siège des lois de police et en siège des lois d'ordre public, transformées, au fil du temps, en exception d'ordre public international, au fur et à mesure d'une évolution conjointe dont les étapes doivent être retracées. Egalement désignées sous les dénominations de « lois d'ordre public », puis, au XX^e siècle, de « lois d'application immédiate » ou de « lois d'application nécessaire », les lois de police sont ces lois « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays », selon la définition classique livrée par Phocion Francescakis dans un célèbre article paru à la *Revue critique de droit international privé* en 1966¹⁰, qui marque l'un des points de départ de la redécouverte de la notion au XX^e siècle, après une période de relative éclipse qui l'avait vue se fondre presque entièrement dans l'ordre public international. Ces lois, selon l'interprétation qui fait autorité depuis les travaux de Phocion Francescakis, se caractérisent par l'hétérodoxie de la méthode qu'elles mettent en œuvre et qui les distinguent nettement de la méthode traditionnelle de

¹⁰ Phocion FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue critique de droit international privé* (ci-devant : *Revue critique*), n°55, 1966, pp. 1-18. Voir aussi, du même auteur, v° « Conflits de lois (principes généraux) », in *Répertoire Dalloz de droit international privé*, 1^{ère} édition, tome 1^{er}, Paris, 1968, n°89-149, pp. 477-481 ; « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1966-1969, Paris, 1970, pp. 149-178 ; et, déjà, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris 1958, n°7-11, pp. 11-16.

règlement des conflits héritée de Savigny et de Bartin et transmise, ensuite, par Henri Batiffol. En effet, là où les règles de conflits de lois partent du rapport de droit qu'elles considèrent pour opérer, grâce à un facteur de rattachement, un choix de la loi applicable qui convient le mieux à ce rapport, les lois de police requièrent de raisonner à partir de la disposition matérielle interne visant les faits à régir afin de déterminer si ceux-ci entrent dans les rapports de droit internationaux qu'elle entend s'assujettir. Ces lois se passent de la médiation d'une quelconque règle de conflit. Elles circonscrivent donc elles-mêmes, de manière unilatérale, leur propre champ d'application territorial, selon la lettre même de l'article 3, alinéa 1^{er}, mais aussi le cas échéant, et au-delà de cette lettre, leur propre champ d'application personnel, lorsqu'elles entendent atteindre les Français qui se trouvent en dehors du territoire. Le juge français qui s'y trouve confronté n'a, alors, d'autres choix que de se conformer à leurs dispositions¹¹.

La dérogation qu'elles imposent au régime de droit commun des règlements de conflit n'est pas arbitraire et leur survivance n'est pas un archaïsme. Si le besoin s'est fait sentir, en dépit de l'essor des règles de conflits, de maintenir ces dispositions impératives d'application territoriale, voire personnelle, c'est bien parce que la finalité qui leur assigne le législateur le commande au juge ou à l'interprète. La définition précitée de Phocion Francescakis montre bien que l'objet de ces lois, non pas l'objet-matière, mais l'objet-fonction de ces lois en détermine la nature : en effet, la loi de police aura à déployer ses effets chaque fois qu'un intérêt supérieur, celui de l'Etat ou celui réputé tel par l'Etat, est en cause dans une relation de droit privé. Dans le fonctionnement de la loi de police, l'intérêt privé auquel l'intérêt général vient ainsi s'adosser reçoit donc la préférence sur l'autre intérêt privé en conflit avec lui.

Ce procédé d'effacement de la loi étrangère normalement applicable au profit d'une loi de l'Etat du for, voire, le cas échéant, d'une loi d'un autre Etat¹² n'est pas sans rappeler celui que l'on attache traditionnellement aux dispositions d'ordre public et force est de reconnaître que les deux mécanismes entretiennent des liens très forts, qui dérivent d'une parenté commune. L'exception d'ordre public se différencie des lois de police par son respect de la priorité opératoire de la règle de conflit. L'éviction de la loi étrangère n'intervient, en ce cas, qu'après sa désignation par la règle de conflit ordinaire, lorsqu'au moment de considérer les effets de sa mise en œuvre dans l'ordre du for, le juge estime que ceux-ci entraîneraient des conséquences indésirables au sein de la société au nom de laquelle il statue, en raison de la trop grande contrariété entre les valeurs portées par cette loi et celles du for. En résumé, l'ordre public international accepte de considérer toutes les lois de droit privé sur un pied d'égalité, mais se confronte à la différence des solutions matérielles qu'elles portent et se réserve le droit souverain de les accueillir, en tout ou partie, ou de les rejeter. La loi de police, pour sa part, refuse de prendre en compte les lois étrangères de droit privé potentiellement applicables en leur déniaient tout titre à s'appliquer et en imposant, d'autorité, la réglementation matérielle qu'elle porte, afin de satisfaire une politique législative – à visée politique, sociale, économique – dont le respect absolu est

¹¹ Voir, pour une présentation générale de ce type de normes, Pierre MAYER, v^o « Lois de police », in *Répertoire Dalloz de droit international privé*, 2^e édition, tome 2^{ème}, Paris, 1998, pp. 1-9.

¹² Pierre MAYER, « Les lois de police étrangères », *Journal du droit international privé* (ci-devant : *Clunet*), 1981, pp. 277-345.

jugé fondamental pour la préservation de l'Etat, de son organisation et du fonctionnement de la société.

La parenté et la distinction entre ces deux mécanismes dérogatoires au fonctionnement normal, paisible et neutre de la règle de conflit bilatérale continue de susciter de nombreux travaux de redéfinition théorique, en particulier à l'heure où, aux lois de police nationales, s'ajoutent les lois de police communautaires, et où la méthode des lois de police se pose de plus en plus en méthode alternative du règlement de conflit savignano-bartinien. La mondialisation et l'internationalisation croissantes des échanges commerciaux et des rapports juridiques, qui mettent en mouvement les Etats-Nations et les grands ensembles supra-étatiques et qui confrontent toujours davantage entre eux les divers systèmes de droit (et, donc, de valeurs), témoignent de la modernité et de l'actualité du droit international et des principes fondamentaux qui le structurent. Ces deux mécanismes de disqualification de la loi étrangère doivent ainsi trouver leur place dans le nouveau chapitre de l'histoire du droit international privé qui s'ouvre désormais¹³.

« ...obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Ainsi, le propre d'une loi de police est, dans son acception purement territoriale, de considérer qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les ressortissants nationaux et les étrangers. Il faut déduire de cette généralité que l'étranger y est assujéti au même titre que l'est le ressortissant de l'Etat du for, sans qu'aucune loi étrangère n'entre en ligne de compte, la situation réglementée étant alors réduite, à dessein, à une situation purement interne. La permanence des lois de police semble indiquer qu'il existe des dispositions qui, parce qu'elles promeuvent un intérêt supérieur propre à l'ordre juridique qui les édicte, s'avèrent réfractaires au libre échange des lois de droit privé et au jeu des règles de conflits censées l'assurer. De fait, ces dispositions s'imposent aux particuliers, quand bien même ceux-ci seraient habilités, dans le champ des relations d'intérêt privé, à se prévaloir de dispositions étrangères contraires. Au XVIII^e siècle, Boullenois reprenait déjà, à son compte, une phrase de Saint-Augustin qu'il reproduisait ainsi : *intrais urbem, ambula juxta ritum ejus* (« tu entres dans une ville, suis-en les usages »), afin de justifier l'assujettissement de l'étranger aux règlements de police ayant cours dans le Royaume. Cette méthode de réglementation matérielle directe sert ainsi à assurer une égalité de traitement juridique entre les ressortissants nationaux et les ressortissants étrangers, présents sur le territoire, qui doivent communier dans le même respect de l'ordre public. La conséquence en est que cette égalité de traitement est le but recherché par les lois de police, indépendamment de toute loi étrangère, alors que, dans le cadre de l'ordre public international, elle n'en est qu'une des conséquences éventuelles.

Dès lors, la modernité et l'actualité des lois de police et de l'ordre public international ne s'apprécient pleinement qu'à l'aide d'une démarche rétrospective qui permette de prendre du champ sur les permanences et sur les évolutions des principes fondamentaux de la matière et sur la place que ceux-ci ont pu occuper tout au long de son

¹³ Voir, par exemple, Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES « Lois de police et politique législative », *Revue critique*, 2011-2, pp. 207-290 ; Nicolas NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse Strasbourg III, 2003 ; Benjamin REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police*, Paris, 2008, préface Pierre Mayer ; Louis D'AVOUT, « Les lois de police », in Tristan AZZI et Olivera BOSKOVIC, *Quel avenir pour la théorie générale de conflits de lois ?*, Bruxelles, 2015, pp. 91-121 ; Adeline JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne*, Paris, 2018, préface Vincent Heuzé.

histoire. L'histoire des lois de police et de l'ordre public international se développe dans l'histoire, bien plus générale et bien plus longue, du droit international privé, laquelle ne se dissocie pas, dans le cadre de ces recherches, de celle du droit pénal international. Or, si l'article 3 ne condense pas en lui-même l'ensemble de la théorie des statuts, il n'en demeure pas moins que sa tournure unilatéraliste et sa détermination du champ d'application territorial qu'il assigne à ses dispositions indiquent une influence certaine de la méthode statutiste¹⁴. Si la parenté est certaine, elle est plus incertaine pour le premier et elle est sujette à discussions. Celui-ci est-il l'héritier des enseignements de la doctrine statutiste française du XVIII^e siècle ? Par-delà ses possibles origines immédiates, l'alinéa 1^{er} trouve-t-il son origine dans la théorie des statuts et dans les différentes étapes qui ont marqué l'évolution de cette dernière ?

La démarche rétrospective que se propose de suivre le présent travail, afin de retracer tout à la fois la genèse et les développements des lois de police et de l'ordre public, de part et d'autre du pivot que constitue l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil de 1804, impose de parcourir l'ensemble de l'histoire de la théorie des statuts jusqu'à ses prolongements modernes. Pour atteindre un tel but, l'accent a été mis sur divers impératifs : mettre en valeur les sources, doctrinales et jurisprudentielles, qui traversent cette évolution ; les relier par un jeu de références croisées pour souligner les influences et les interactions de ces sources entre elles ; en assurer la traduction systématique afin d'en faciliter l'accès. Ce travail, qui a souhaité être aussi rigoureux, méthodique et exhaustif que possible, s'est nourri de l'espoir d'acquérir une maîtrise suffisante de l'immense champ de recherches que constitue l'histoire de cette discipline et de cerner, au milieu de ce vaste ensemble, des phénomènes peu mis en valeur jusqu'à présent et qui comportent l'inconfort de se dissimuler derrière des différentes appellations, voire d'être, le plus souvent, innomés.

S'il a fallu, pour cela, remonter jusqu'aux premiers auteurs canonistes et civilistes du XII^e siècle et parcourir l'histoire pour atteindre le XX^e siècle, l'ambition première n'a pas varié : discerner, à chaque époque et dans chaque environnement, au sein de la doctrine et de la jurisprudence, les manifestations, théoriques ou concrètes, de ces lois d'application impérative et territoriale, qui donneront, plus tard, naissance aux deux mécanismes distincts que sont les lois de police et l'ordre public international. En effet, quels que soient ses avatars historiques, quelles que soient ses formes, quels que soient ses dénominations (statut pénal, statut réel immobilier, statut prohibitif, statut exorbitant, loi d'ordre public, loi d'intérêt général, loi de garantie sociale, etc.), ce type de lois contient en lui la force d'une loi de police et les exigences de l'ordre public international. Mais cette ambition se dédouble d'une autre mission : tisser un lien intellectuel qui permette de mesurer les ruptures et les continuités entre la conception que l'Ancien droit se fait de l'ordre public international et des lois de police et la conception unitaire qui a prévalu, tout au long du XIX^e siècle, et qui réunissait sous l'alinéa 1^{er} les lois de police et l'exception d'ordre public en une seule classe de dispositions : les « lois d'ordre public ». L'histoire de l'article 3, alinéa

¹⁴ Sur le statutisme, en tant que méthode de résolution des conflits de lois, qui a donné naissance, au Moyen-Âge, à la « théorie des statuts » franco-italienne, puis aux diverses Ecoles (Française et Hollandaise, notamment) qui lui ont succédé aux Temps Modernes, voir, entre autres, Armand LAINE, *Introduction à l'étude du droit international privé*, *op. cit.* ; Max GUTZWILLER, « Le développement historique... » et *Geschichte des Internationalen Privatrecht ...*, *op. cit.* ; et Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux ... », *op. cit.* Sur l'essence même du statutisme, et la distinction historique avec la méthode concurrente, le conflictualisme, voyez les développements très complets qu'y consacre Bertrand ANCEL, *Eléments*, *op. cit.*, pp. 121-133, spéc. pp. 123-128.

1^{er}, suppose donc de retracer ce lent et progressif développement historique qui a conduit à distinguer, au XX^e siècle, à partir d'un modèle commun et unitaire, qui plonge ses racines dans l'antique théorie des statuts, deux institutions très proches quant au résultat auquel elles parviennent, mais, désormais, très différentes quant à leur mise en application.

Etant admis que l'émergence des lois de police ou d'ordre public au sein du droit des conflits se dessine avant l'onction législative en 1804, et même en deçà de leur désignation en doctrine, au XVIII^e siècle, par Bouhier et par Boullenois, il s'imposait de mettre à l'épreuve le présupposé selon lequel ces lois, quel que soit leur nom, ont toujours répondu et répondent à un intérêt fondamental peut-être longtemps mal défini mais persistant. Le spectre chronologique suivi par la présente étude est déterminé par les sources historiques dont l'abondance ou la pénurie permettent seules de contrôler l'évolution historique du statutisme et des mécanismes qui en demeurent, sinon les emblèmes, du moins, les héritiers directs. Les césures sont, finalement, celles qui révèlent les différentes figures que le statutisme a revêtues au cours de sa longue histoire.

Ainsi, lorsque la théorie des statuts apparaît et se développe aux XII^e-XIV^e siècles, dans le contexte de l'Italie médiévale, les Glossateurs et les Commentateurs, qui prennent largement appui sur les travaux des canonistes sur la soumission de l'étranger aux lois pénales, évoluent dans un environnement politique et juridique qui est dominé par les figures tutélaires que sont les puissances universelles de la Papauté et de l'Empire et par cet agrégat d'un *jus commune* par lequel l'une et l'autre assurent leur suprématie. Mais, plus directement encore, et en sens inverse, dans leur confrontation à la diversité des Cités-Etats italiennes défendant farouchement leur indépendance de fait, ces docteurs qui sont souvent des consultants et parfois même des administrateurs ou des dirigeants s'efforcent, eux aussi, d'extraire du trésor des droits savants les arguments qui sont susceptibles de conforter la légitimité et l'autorité des *jura propria*. La théorisation du conflit de statuts s'est précisément construite et développée, à partir de cette époque, par un incessant arbitrage entre l'*utilitas publica* et l'*utilitas privatorum* et la méthode que les civilistes médiévaux ont mis en œuvre s'est appliquée à ménager au mieux les intérêts de la puissance publique et à respecter les compétences que chaque ordre juridique en concours (civique, coutumier, national, supranational) réclamait sur les rapports de droits qui lui étaient soumis. Dans un tel système, la prise en compte des intérêts d'ordre public est une constante du droit des conflits. C'est ainsi que les civilistes recueillent l'héritage des canonistes pour dégager, à leur tour, le principe de la loi de commission de l'infraction (*lex loci delicti commissi*), que le fil du temps assortira des tempéraments et des nuances que les situations particulières – notamment, celle de l'étranger – exigent. C'est ainsi, également, que, prolongeant les enseignements de leurs prédécesseurs, Bartole et Balde sont les premiers, au XIV^e siècle, parmi les auteurs français et italiens qui analysent les conflits des *jura propria* et leur rapport avec le *jus commune*, à souligner l'importance pratique des mécanismes correctifs que sont les statuts prohibitifs, indépendamment de leur caractère favorable ou odieux. C'est à travers le fonctionnement des statuts territoriaux par nature (relatifs aux délits ou aux droits réels immobiliers), d'une part, et des statuts prohibitifs, d'autre part, que se dessinent les premières manifestations, encore indifférenciées, des lois de police et de l'ordre public. C'est ce travail de conceptualisation que recueille, en France, un Charles Dumoulin, qui le transpose dans un contexte qui est désormais celui de la France coutumière du XVI^e siècle

et qui conçoit davantage le conflit de lois comme un conflit entre les diverses coutumes du Royaume, conflit que la distinction entre statuts réels et statuts personnels a charge de trancher. Dumoulin est, à la fois, un héritier du courant de pensée bartoliste et un juriste gallican attaché à « traduire » les schémas de raisonnement bartolistes pour l'adapter au cadre français intercoutumier. C'est principalement grâce à lui que les idées de statut réel prohibitif et même de statut odieux commencent à se diffuser au sein de la doctrine française. La première phase de la recherche s'emploie à dégager les racines les plus lointaines des lois d'application impérative, en remontant aux théories statutistes italienne et française des XII-XVI^e siècles, et à mettre en perspective les statuts territoriaux par nature et les statuts prohibitifs (*Titre préliminaire*).

L'accueil qui est réservé en France ou aux Pays-Bas à partir des XVI^e et XVII^e siècles à ces statuts rigoureusement territoriaux et dotés d'une force impérative incontestable se fait au prix de leur insertion, plus ou moins naturelle, dans la division des statuts devenue l'articulation cardinale de la théorie des statuts : la distinction bipartite ou tripartite des statuts. Désormais, dans une Europe où s'étend le statutisme d'essence universaliste de l'époque médiévale pour le céder à un statutisme rénové qui s'enracine dans le droit national de chaque Etat ou dans le droit de chaque province, les juristes statutaires défendent une lecture du conflit de lois qui élève la territorialité au rang de principe suprême et qui relègue l'extraterritorialité au rang d'exception. En effet, le statut réel devient synonyme de statut territorial et le statut personnel se confond avec le statut extraterritorial : l'effet du statut, de la loi ou de la coutume l'emporte désormais sur toute autre considération. C'est que cette lecture nouvelle de la théorie des statuts prend directement appui sur une conception moderne de la souveraineté qui anime les Traités de Westphalie. Dans le prolongement de la défense acharnée du particularisme coutumier menée par Bertrand d'Argentré, les juristes de l'Ecole Hollandaise du XVII^e siècle se font les hérauts de cette conception intransigeante qui trouve encore un écho certain au siècle suivant en France, à travers les grands noms de la doctrine française des statuts que sont Bouhier et Boullenois. Sans renier Dumoulin, ni l'héritage italien, ces auteurs éclectiques n'hésitent pas à s'approprier les thèses des Hollandais à chaque fois qu'il leur faut justifier de l'application territoriale et impérative d'une coutume au détriment d'une autre ou, plus rarement, de la loi royale sur une disposition étrangère. En effet, cette souveraineté/territorialité considérant que chaque législateur étant souverain absolu sur son territoire, toute loi est, en théorie et abstraitement, une loi de police : ce n'est que par une marque de courtoisie que les exigences de l'Etat du for acceptent ou non de se relâcher en faveur d'un droit valablement acquis à l'étranger. La tolérance envers la loi étrangère est conditionnée au respect d'un ordre public que, par définition, la législation locale incarne dans sa généralité. C'est en vertu d'une conception absolutiste du droit international privé comme conflit de souverainetés, qui va perdurer jusqu'au vingtième-siècle, que des juristes comme Bouhier et Boullenois ressentent le besoin d'introduire la notion de « police » dans le droit des conflits et qu'ils instrumentalisent la vieille notion de statut prohibitif, voire de statut odieux, pour discerner les intérêts protégés par l'ordre juridique du for. Mais la loi de police en devenir, la loi pénale ou encore le statut prohibitif ne sont pas uniquement affaire de développements doctrinaux : l'étude approfondie et minutieuse de la jurisprudence des Parlements, enfin rendue accessible, pour la fin de l'Ancien Régime, à travers les recueils d'arrêts et les répertoires de jurisprudence offre l'occasion de mesurer l'écart éventuel entre

la théorie et la pratique et de vérifier que les magistrats sont aussi soucieux de l'ordre public coutumier ou national que le sont les juristes français. La deuxième étape de notre progression, qui renvoie directement aux origines immédiates des lois de police et de l'ordre public international, au cours des XVI^e-XVIII^e siècles, met en scène l'apparition de la souveraineté territoriale au sein même des conflits de lois et l'émergence des lois de police au sein de la doctrine et, de manière plus diffuse, de la jurisprudence (*Première partie*).

L'histoire de la rédaction de l'article 3, alinéa 1^{er} confirme que les Rédacteurs n'ont pas eu l'intention de codifier le droit international privé comme ils codifiaient le droit civil ; ils se sont même gardés de retranscrire les principes cardinaux de la théorie des statuts, y compris dans la version qui leur est parvenue à travers la doctrine et la jurisprudence du XVIII^e siècle. L'article 3 fut, avant tout, une déclaration de souveraineté de la loi française, en général – souveraineté sur le territoire et les personnes de la Nation – et cet état d'esprit répond aux aspirations qui étaient celles, un siècle plus tôt, de l'Ecole Hollandaise. Tout au long du XIX^e siècle, les juristes, français et étrangers, s'efforcent, dans leur grande majorité, de remettre au goût du jour les préceptes hollandais qui leur fournissent un cadre de pensée souverainiste qui leur paraît s'ajuster à merveille aux diverses législations nationales morcelant une Europe remodelée par le Congrès de Vienne et durablement marquée par l'influence du Code Napoléon. Or, la doctrine civiliste, puis, quelques décennies plus tard, la première doctrine internationaliste se laissent volontiers guider par la lettre de l'article, et leur attachement à la loi française fait de l'alinéa 1^{er} un emblème de la souveraineté/territorialité qui a vocation à évoluer dans un domaine beaucoup plus large qui déborde le cadre strict du droit public et du droit pénal et qui s'ouvre largement sur le droit privé. C'est alors qu'apparaît, dans les écrits doctrinaux comme dans le texte même des arrêts, la catégorie des « lois d'ordre public », qui rejoint, pour mieux l'absorber, celle des « lois de police et de sûreté ». En effet, elle offre l'avantage d'assurer la primauté de la loi française sur la loi étrangère et de permettre au juge d'en imposer les dispositions à chaque fois que celle-ci, encore regardée avec défiance, conduirait à un résultat qu'il réprouve. La première doctrine de droit international privé apporte son concours à ce mouvement en adhérant très largement, et souvent de manière bien plus assumée que Bouhier ou Boullenois, aux idées de l'Ecole Hollandaise. Cette ère de transition entre les conflits de coutumes et les conflits de lois, qui s'est traduite par une lente réappropriation des modes de raisonnement du droit international privé et les différentes règles de conflit, a coïncidé avec un usage très large des « lois d'ordre public » de l'alinéa 1^{er}.

La période qui s'ouvre à partir de 1880 jusqu'aux lendemains de la Première guerre mondiale est bien différente. Jurisprudence et doctrine s'ouvrent très largement aux lois étrangères et aux courants de pensées venus d'ailleurs : l'universalisme et l'internationalisme tentent de reprendre le pas sur le territorialisme et le nationalisme et le développement des idées personalistes, inspirées par l'Italien Mancini, conduit à un renversement du paradigme. La territorialité devient exception et la personnalité-extraterritorialité est érigée en principe. Les lois d'ordre public – ou l'ordre public international, ainsi que l'appellation commence à se diffuser – sont donc restreintes à un rôle de simple exception, qu'il faudra justifier notamment par la référence aux intérêts fondamentaux de l'Etat. La confusion entre loi de police et ordre public perdure très largement en doctrine comme en jurisprudence et cet amalgame, d'ailleurs, survivra encore un temps durant le XX^e siècle. Mais, déjà, les doctrines concurrentes qui se font jour, à la même époque, comme celles de

Pillet et Bartin, contribuent très largement à définir l'ordre public international, à en cerner les caractères et les limites, à en étudier les applications. Se plaçant dans la ligne des idées conflictualistes de Savigny, Bartin est sans doute celui qui travaille le plus à bien distinguer, au sein de l'alinéa 1^{er}, l'exception d'ordre public et les lois de police et de sûreté. Mais la consécration théorique de ces dernières, telle que l'assureront les travaux de Francescakis, doit certainement tout autant à Antoine Pillet. Au fur et à mesure de leur usage en jurisprudence, ces lois de police se préoccupent moins de préserver la souveraineté nationale et, s'emparant des intérêts privés, les plient à l'*utilitas communis*, garante de l'ordre politique, économique et social de la nation. La dernière étape de la réflexion revient sur la postérité immédiate de l'article 3, alinéa 1^{er} et s'efforce de se transporter jusqu'au vingtième siècle, lorsqu'après un lent travail d'intégration au sein du droit international privé renaissant, semble définitivement accueillie la distinction entre les deux mécanismes dérogatoires au jeu de la règle de conflit (*Titre second*).

TITRE PRELIMINAIRE

LES LOIS D'APPLICATION IMPERATIVE AU SEIN DES THEORIES STATUTISTES ITALIENNES ET FRANÇAISES : LES STATUTS TERRITORIAUX ET LES STATUTS PROHIBITIFS (XII^E-XVI^E SIECLES).

Les premiers développements de la science statutiste s'enracinent, à la fois, dans le contexte politique et juridique propre à l'Italie des XII^e-XIV^e siècles. Contrairement à la France capétienne qui, à la même époque, connaît un ordonnancement juridique dans lequel la multiplicité des coutumes est régulée et contenue par l'action unificatrice de la Royauté et de sa justice, l'Italie médiévale ne peut revendiquer, pour elle, ni unité politique, ni unité juridique, ni unité judiciaire. En effet, la subordination à l'égard du Saint-Empereur romain germanique est devenue toute théorique – malgré les efforts de certains titulaires du sceptre impérial pour se réimplanter dans la péninsule – et les villes italiennes, sorties renforcées du mouvement d'urbanisation et de développement économique des siècles précédents, ont acquis une autonomie, politique et juridique, qu'elles ont eu tôt fait de revendiquer comme une pleine et véritable indépendance. Ainsi, faute de pouvoir suprême suffisamment unitaire pour arbitrer les litiges, les conflits de droit privé – qui révèlent, en creux, les tensions qui peuvent exister entre entités de droit public – ne peuvent que s'exacerber et appeler ainsi, en réaction, une réflexion sur la manière la plus adéquate de régler et de trancher ces litiges et d'en assurer la bonne exécution. A la même époque, la redécouverte et l'enseignement du droit romain, sous la forme des compilations de Justinien, ne font que nourrir ces différentes tensions, puisque chaque partie y trouve les raisonnements et les argumentations nécessaires à sa cause. Les juristes, professeurs et/ou praticiens, peuvent ainsi y puiser, à loisir, les textes qui, avec le prestige qui leur est conféré, fourniront matière à défendre l'indépendance d'une ville, exalter la puissance de l'empereur (puisque le droit romain redevient le droit impérial qu'il était) ou du pape ou la cause d'un particulier. L'Italie médiévale, saisie dans sa pluralité, ne pouvait être qu'un terrain fertile pour le statutisme.

La France coutumière et féodale des Capétiens n'ignore sans doute pas de telles tensions, mais, parce que soumise désormais à un pouvoir royal qui affirme de manière toujours plus déterminée sa suzeraineté, puis sa souveraineté, elle dispense les litiges de droit intercoutumier d'exhiber pareille dimension publiciste. En effet, la coutume ne peut, par nature, être revendiquée pleinement par un quelconque pouvoir politique ou judiciaire. Le roi de France, s'il est gardien des bonnes coutumes et censeur des mauvaises, se retient d'interférer dans le champ de compétence reconnu, matériellement, à cette source du droit et veille, à cette fin, à faire un exercice tempéré de sa puissance législative, tant, en tout cas, que sa souveraineté ne sera pas davantage affirmée. En revanche, la qualité de sa justice et de ses agents de judicature – en tout premier lieu de ses « conseillers en sa cour de Parlement » –, ainsi que les moyens d'exécution dont il dispose lui permettent de forger les instruments et d'apporter les réponses nécessaires au conflit de coutumes. La jurisprudence du Parlement est, sans aucun doute, la source la plus importante de résolution

des conflits de coutumes, laissant la doctrine en retrait. Mais cela ne signifie pas que celle-ci se désintéresse de la question. Mettant à profit le double avantage d'être formés au droit romain dans leurs universités et d'être, en tant que praticiens, confrontés à la jurisprudence intercoutumière des Parlements, les Français, dès l'apparition de l'École d'Orléans de la fin du XIII^e siècle jusqu'à Charles Dumoulin, se mettent en mesure de rivaliser avec les Italiens. Transposée et acclimatée au cadre intercoutumier du Royaume de France, la théorie des statuts italienne a fini par évoluer dans un statutisme adapté à ce nouvel environnement, prenant désormais en compte la force de la coutume, les apports de la jurisprudence et la territorialisation toujours plus grande de la distinction entre statuts personnels et statuts réels. Qu'ils sacrifient pleinement à la doctrine en vigueur dans les écoles de droit ou qu'ils tentent d'en réajuster les canons à la réalité juridique du Royaume, les juristes français ne manquent jamais, à aucun moment de la période, d'apporter leur pierre à l'édifice statutiste.

La « théorie des statuts », telle que les juristes l'entendent encore au XIX^e siècle, doit aussi bien aux Italiens qu'aux Français et elle a, indiscutablement, servi de référence à tous les jurisconsultes européens qui, à la suite des Bartolistes, se sont lancés dans la délicate entreprise de résoudre les conflits de statuts. Il n'en demeure pas moins que c'est bien dans l'Italie médiévale qu'apparaît les premières formes de loi d'application territoriale, au XII^e et au XIII^e siècles, à travers les statuts pénaux et les statuts édictant une prohibition d'exportation des marchandises, avant que la figure des statuts prohibitifs odieux que Bartole met en avant dans sa doctrine, et que ses successeurs se chargeront ensuite d'affiner, ne prenne le relais à partir du XIV^e siècle. L'application territorialement impérative est, au fond, inhérente à des catégories juridiques, qui, par leur nature propre, appellent une extension des dispositions de la loi locale à tous, ressortissants locaux comme étrangers : les délits, le statut réel immobilier, les prohibitions édictées par la cité, les statuts prohibitifs odieux qui touchent, le plus souvent, la condition même de la personne. C'est aux auteurs médiévaux, français et italiens, que revient la délicate tâche de définir les caractères propres aux statuts qui y sont relatifs et les considérations de police territoriale qui en soutiennent les règles. Certes, la volonté du législateur de s'assurer l'exclusive application de ces statuts à toute situation née à l'intérieur du territoire ne suffit pas à les réputer automatiquement « lois de police » (avant la lettre), mais elle participe néanmoins de la construction intellectuelle d'une notion qui est alors en pleine gestation. En effet, « police » et « sûreté » ne sont assurément pas étrangères aux règles de conflit relatives aux statuts réels immobiliers et aux statuts délictuels. En définitive, à chaque fois que les considérations de police l'emportent, la théorie des statuts médiévale se retrouve face à des dispositions locales qui se veulent d'application territoriale et s'imposent aussi bien aux citoyens qu'aux étrangers.

Statuts locaux purement territoriaux et statuts prohibitifs odieux, telles sont les deux principales figures juridiques qui émergent à l'époque de la théorie des statuts et dont il nous faut retracer l'historique. Celui-ci s'insère dans l'évolution plus générale de cette même théorie des statuts, depuis ses origines jusqu'à sa consécration intellectuelle par les « Bartolistes ». Les séquences chronologiques commandent d'évoquer, tout d'abord, les débuts véritables de la réflexion doctrinale sur la territorialité des lois, par l'intermédiaire des canonistes, qui, dès le XII^e siècle et précédant en cela les Glossateurs, se lancent dans une étude approfondie de l'obligation faite, ou non, à l'étranger présent sur un territoire de suivre les prescriptions du législateur local : leurs conclusions sont destinées à exercer une influence profonde sur les civilistes, particulièrement

en matière pénale (*Chapitre I*). Bartole saura, ensuite, au XIV^e siècle, les recueillir dans la théorie qu'il échafaude et qui synthétise, de manière toute personnelle, les divers enseignements dont il a hérité des Glossateurs et des premiers Commentateurs, dont les Orléanais. Mais il saura aussi se projeter plus loin et aborder, frontalement, la question des statuts prohibitifs envisagés sous l'angle de leur conformité ou de leur contrariété au *jus commune*. Il apporte ainsi ses réponses au double défi évoqué ci-dessus et manifeste, au regard de notre sujet, combien la territorialité est saisie par le statutisme, tant au regard des statuts locaux purement territoriaux que des statuts prohibitifs odieux. Son autorité est telle que, par la suite, ses successeurs statutistes italiens, et, au premier titre d'entre eux, Balde, n'auront de cesse d'alimenter la discussion au sujet de ces emblèmes de la territorialité du droit (*Chapitre II*), soit en s'inscrivant dans les pas du maître de Pérouse, soit en faisant entendre leur petite musique, mais toujours en partant des éléments de réflexion que celui-ci aura su si brillamment mettre en perspective. Enfin, l'héritage bartolien, lui-même nourri par une longue histoire, est nécessairement amené à se confronter aux singularités des différents ordres juridiques qui composent le cadre de l'Europe des droits savants. L'apparition progressive d'un droit français, au XVI^e siècle, oblige les juristes du Royaume, Charles Dumoulin en tête, à adapter l'enseignement légué par Bartole et ses successeurs italien aux particularismes de l'ordre juridique national et à décider du sort des différents mécanismes que cette tradition a contribué à forger. A cet égard, transposés et acclimatés à l'ordonnement juridique qui régit le Royaume de France, les différents statuts impératifs constituent de précieux outils de préservation et de défense des divers ordres juridiques coutumiers susceptibles d'être repris et invoqués par la jurisprudence et la doctrine pour justifier le caractère impératif de certaines dispositions. Les enseignements de la doctrine italienne font ainsi l'objet d'une réception nuancée par le droit français des statuts, perpétuant et réajustant selon les besoins l'héritage bartoliste (*Chapitre III*).

CHAPITRE I – LA SOUMISSION DE L'ÉTRANGER AUX LOIS D'APPLICATION TERRITORIALE A TRAVERS LES DOCTRINES CANONISTE ET CIVILISTE DES XII^E ET XIII^E SIECLES.

La « théorie des statuts » désigne traditionnellement les enseignements des juristes civilistes de l'Italie médiévale, et, plus particulièrement, les Commentateurs, qui, des XII^e au XIV^e siècle et au-delà, nourrirent dans leurs œuvres, de manière continue, une réflexion sur les statuts, leur portée personnelle et territoriale et leur rapport avec le *jus commune*, à partir des orientations dégagées par l'École d'Orléans. Doctrine italienne d'inspiration française, elle a constitué, aux côtés de la jurisprudence, qui se développe en parallèle de manière parfaitement autonome, une étape décisive dans l'émancipation vis-à-vis de l'ancienne personnalité des lois et dans l'édification d'un système cohérent de règles de résolution de conflit de lois, ou, plus justement, de règles de répartition de compétence-reconnaissance, qui sont à la base même de ce statutisme.

Le *statutum* s'entend ici de la norme qui est édictée exclusivement par un ordre juridique particulier, qui est soumis, au moins formellement, à un ordre juridique supérieur ; en cela, il se distingue de la *lex*, c'est-à-dire d'une norme suprême et universelle qui ne peut émaner que d'une autorité suprême et universelle. Si l'on s'attache aux définitions qu'en donnent les civilistes médiévaux, il est entendu que le *statutum* ne peut jamais être que le produit normatif propre à une Cité italienne ou toute autre entité politique relevant de la souveraineté du Saint-Empire romain germanique et que la *lex* renvoie toujours au droit romain, en tant que droit impérial et universel¹⁵. En prétendant recueillir et assumer l'héritage de ses prédécesseurs romains, l'Empereur germanique assimile les *leges* tirées des compilations de Justinien au fruit de sa propre volonté normative. D'un point de vue formel et théorique, les *statuta* n'existent que parce que l'Empereur fait preuve à leur égard de tolérance envers ces normes qui requièrent son agrément, par sa *permissio* expresse ou par sa *patientia* tacite, et qui ne sont que l'expression de *potestates* subordonnées à son *auctoritas*. Mais la réalité s'est trouvée nettement moins conciliante avec les prétentions impériales et les Empereurs, le plus souvent absents d'Italie, ont été mis devant le fait accompli et contraints d'accepter le développement du phénomène municipal et l'émancipation politique des *civitates* qui en sont résultés. La redécouverte du droit romain à la fin du XI^e et au début du XII^e siècle, puis son enseignement dans les Universités, ont pu profiter aussi bien à l'Empereur qu'aux cités italiennes et même les Glossateurs comme les Commentateurs les plus attachés aux prérogatives impériales n'ont jamais pu méconnaître la puissance propre de ces cités italiennes, dont ils étaient, pour la grande majorité, issus et qui, parfois même, employaient leurs services. Les droits municipaux ne peuvent prétendre rivaliser avec le droit romain, tant en termes de rayonnement que de qualité formelle et de complétude matérielle. Mais, sans rechercher l'exhaustivité, ils se sont assurés de pouvoir, en certains points, venir en compléter, assouplir, renforcer les lois, voire même y déroger.

¹⁵ Pour reprendre la définition qu'en donne Francesco CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, Milan, 1954, p. 419 : « *Statutum* se dit au Moyen-Âge de la norme édictée par les organes constitutionnels institués à cette fin par les ordres juridiques particuliers, qui reconnaissent au-dessus d'eux l'autorité d'un *superior* : en opposition à la *lex*, qui est le terme techniquement réservé à la production normative issue, dans l'ordre juridique laïc, de l'autorité suprême et universelle, de laquelle, selon cette conception, tout autre pouvoir dérive, c'est-à-dire émanée de l'empereur » (traduction Bertrand ANCEL, *Éléments*, *op. cit.*, p. 123). Eduard-Maurits MEIJERS, dans son « Histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, p. 592, se contentait, à son époque, d'une définition plus large : « une prescription de droit ordonnée par un législateur qu'il rattachait, pour l'époque médiévale, aux « communes italiennes ».

Sur les statuts en tant que produits normatifs des cités de l'Italie médiévale, voir Mario ASCHERI, « Formes du droit dans l'Italie communale : les statuts », *Médiévales*, 2000, volume 19, n° 39, pp. 137-152.

Les autorités municipales, et les juristes avec elles, doivent répondre à un double défi : déterminer, respectivement, le champ d'application (extra)territorial et le champ d'application personnel de chaque statut. En l'occurrence, le statut édicté par l'autorité locale peut-il, et, si oui, dans quelles limites, s'imposer à une personne qui n'est pas citoyenne et qui ne lui est, *a priori*, pas liée par allégeance ? Le statut édicté par l'autorité locale peut-il, et, si oui, jusqu'où, suivre un ressortissant qui s'éloigne du territoire de la cité ? Cette interrogation double qui consiste à se demander qui est, en chaque circonstance, le véritable sujet du statut est tellement centrale dans la théorie des statuts qu'elle est le point d'entrée qu'utilise Bartole, sous une formulation à peine différente, pour exposer toute sa doctrine des conflits de lois, dans son fameux commentaire sur la glose *Quod si Bononiensis* relative à la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1)¹⁶. Les Commentateurs, en menant à bien ce travail de répartition de compétence-reconnaissance, indispensable pour l'harmonie du système statutiste, ont, par conséquent, non seulement cherché à mesurer l'extension personnelle et territoriale d'un statut, mais aussi les limites de cette extension, à partir de la directive lancée, au début du XIII^e siècle, par un Glossateur qui pourrait être Carlo de Tocco ou un élève de Jean Bassien : *statutum non ligat nisi subditos*¹⁷.

Pour que de tels défis soient relevés, il fallait s'assurer que les statuts municipaux puissent s'exporter en dehors des limites du territoire soumis à l'autorité qui les ont édictés. Or, comme le remarquent assez tôt les auteurs, l'inconvénient du *statutum* est qu'il ne peut, *de proprio vigore*, avoir d'effet au-delà du territoire et des personnes qui lui sont assignés. Il convient donc de s'en remettre à un vecteur qui en assure l'extraterritorialité éventuelle, afin de permettre la bonne circulation des actes, des décisions et des statuts personnels à travers les territoires des différentes cités. Ce vecteur doit s'avérer suffisamment fort, politiquement et juridiquement, pour transcender la multiplicité des *jura propria* et les inféoder sous sa seule bannière. Naturellement, les juristes, praticiens comme théoriciens, vont tous se tourner vers les seuls droits qui ont une valeur suprême et universelle, les droits romain et canonique, dont la réunion donne, selon le vocabulaire employé à l'époque de Bartole, le *jus commune*. Ce dernier est appelé à jouer pleinement son rôle d'arbitre, autant d'un point de vue politique, en raison de la souveraineté de l'Empire sur les cités italiennes, que d'un point de vue juridique, en raison de la supériorité des droits universels sur les droits particuliers.

Par conséquent, la place des lois d'application territoriale dans l'écheveau de la théorie des statuts doit s'évaluer par rapport à ce double défi. Une première réponse, relativement ancienne, doit être trouvée dans l'assimilation du sort du ressortissant étranger à celui du citoyen, du seul fait de sa présence *intra territorium*, ce qui revient, concrètement, à soumettre ce même étranger à la *potestas* du législateur local. Si elle traduit une indiscutable influence de la territorialité du droit renaissant, cette assimilation n'est pourtant pas systématique dans la théorie statutiste et c'est en cela que les statuts locaux purement territoriaux dont l'application est fortement teintée d'impérativité doivent, d'abord, attirer notre regard : c'est le cas des statuts relatifs à la condition des immeubles et des statuts pénaux. Les considérations de police et de sûreté ont contribué à forger les solutions pérennes qui font autorité en ces deux matières. Mais une seconde réponse, qui ne se dégage pleinement qu'à partir de l'époque de Bartole, réside dans la manière dont est assurée l'exportation d'un statut local à l'étranger et dans le recours qui est fait, à cette occasion, à

¹⁶ Ce commentaire a été traduit par le professeur Bertrand Ancel, traduction à laquelle nous nous référerons dans les pages qui suivent : voir Bertrand ANCEL, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* sur la glose *Quod si Bononiensis*, mis en français », *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, 2009, pp. 53-74, et *Eléments*, *op. cit.*, pp. 165-187, spéc. n°13. Cette traduction française s'appuie sur les éditions imprimées de BARTOLE, *In primam Codicis partem Praelectiones*, Lyon, 1546 et de BARTOLE, *In primam Codicis partem Commentaria*, Turin, 1589.

¹⁷ Sur la maxime *statutum non ligat nisi subditos*, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 57-68.

l'intermédiation du *jus commune*. Dépassant le niveau interstatutaire pour se porter à la hauteur d'une perspective suprastatutaire, le droit commun, investi de sa fonction d'arbitre, fournit la référence matérielle à l'aune de laquelle doit être appréciée par le juge du for la reconnaissance d'un statut en dehors de ses terres. Selon que le *jus proprium* remplit, ou non, les conditions de conformité imposées par le *jus commune*, il doit se voir accorder le bénéfice de l'extraterritorialité ou, au contraire, être refoulé et confiné dans les strictes limites de son territoire. Le statut est alors qualifié d'*odiosum*. Ce rôle de filtre joué par le droit commun – qui, appelé à se développer, annonce la moderne exception d'ordre public – a pour conséquence d'installer, dans le paysage doctrinal, l'idée qu'un statut peut s'insérer dans un ensemble plus vaste et, néanmoins, conserver, pour des raisons de préservation d'ordre interne, un effet étroitement territorial. Le statut prohibitif odieux, s'il n'est pas directement à l'origine des lois de police, participe néanmoins de la prise de conscience, pour le juge, de la nécessité de toujours disposer de mécanismes de régulation destinés à préserver son ordre juridique dans le libre jeu du conflit de lois. Sa contribution n'est donc pas moins fondamentale que celle des statuts locaux purement territoriaux.

L'effervescence intellectuelle qui gagne les villes d'Italie, dans un contexte de développement urbain, d'affirmation d'autonomie municipale et d'essor économique, contribue, de manière essentielle, à une double renaissance d'un point de vue juridique : celle du droit romain, à travers la redécouverte des compilations de Justinien, et celle du droit canonique, grâce à l'action de la Réforme grégorienne et son désir de remettre en ordre le fonctionnement des institutions et du droit de l'Église. Les écoles de droit, patronnées par le pouvoir politique, tirent indiscutablement profit de ce double mouvement et les doctrines canoniste et civiliste qui en sont issues puisent leurs sources d'inspiration, souvent de manière croisée, dans les textes qui sont soumis à leur étude. Enseignés de manière concomitante dans les mêmes Universités, « l'un et l'autre droit » étaient destinés à se confronter, à se rejoindre et même à se conjoindre pour donner naissance au *jus commune*.

En matière de conflits de lois, et, plus particulièrement, en matière de réflexion d'ensemble sur la territorialité du droit, les Décrétistes ont précédé les Glossateurs en apportant des solutions nouvelles qui ont durablement influencé la théorie des statuts naissante, particulièrement en matière de lois d'application territoriale¹⁸. Leur tâche a été facilitée par le travail de compilation et de mise en ordre des sources du droit canonique que Gratien a effectué dans les années 1130-1140 à Bologne et qui a donné lieu à sa fameuse *Concordia discordantium canonum*, plus connue sous le nom de « Décret de Gratien ». Ainsi, au lieu de partir, comme ce fut le cas pour leurs contemporains glossateurs, d'un seul texte, la loi *Cunctos Populos* placée en tête du Code (C.1.1.1), les canonistes ont pu, d'emblée, prendre appui sur les textes que leur fournissait le Décret. A la différence des civilistes, aux prises avec une constitution impériale qui regardait, avant tout, l'obligation faite aux peuples soumis à l'Empereur Justinien d'observer et de respecter les dogmes de la Sainte Trinité et de la foi catholique, ils choisirent de traiter la question de la soumission de l'étranger aux lois

¹⁸ Les développements qui suivent doivent beaucoup aux travaux de Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois en droit canonique depuis Gratien (vers 1140) jusqu'à Jean Andreea († 1348) », *TVR*, n°3, 1922, pp. 277-332 et Willy ONCLIN, dans sa thèse de doctorat, *De territoriali vel personali legis indole. Historia doctrinae et disciplina Codicis iuris canonici*, Gembloux/Louvain, 1938, ainsi que dans ses articles : « La contribution du Décret de Gratien et des décrétistes à la solution des conflits de lois », *Studia Gratiana*, n°2, 1954, pp. 115-150 et « Le statut des étrangers dans la doctrine canonique médiévale », *Recueils de la Société Jean Bodin, tome X, L'étranger*, II, Bruxelles, 1958, pp. 37-64. En plus des travaux précités, voir Louis RIGAUD, « La contribution des canonistes aux plus anciennes doctrines du droit international privé et l'influence de celui-ci sur le *Codex juris canonici* », *Actes du Congrès de droit canonique. Cinquantenaire de la faculté de droit canonique*, à Paris, 1947, Paris, 1950, pp. 376-386.

particulières du lieu où il se trouve¹⁹ en partant de trois textes de Saint Augustin qui figurent dans le Décret et qui forment, depuis lors, le siège de la matière : les canons *Quae contra* (Distinction VIII, canon 2), *Illa* (Distinction XII, canon 11) et *Quisquis* (Distinction XLI, canon 1).

La force qui s'attache à ces trois textes ne tient assurément pas au caractère obligatoire que leur aurait reconnu le droit de l'Église. Pour prestigieuse et considérable que soit l'autorité de Gratien, son Décret n'en demeure pas moins une compilation à caractère privé, qui réunit des solutions qui ne sont pas l'expression officielle des règles de l'Église. Mais la force de ces textes tient, en revanche, aux principes mêmes qu'ils énoncent, de manière générale et, parfois, incertaine, et au travail d'interprétation qu'ils ont suscité dans la doctrine canonique²⁰. Dès la parution du Décret, en effet, leur sens et leur portée ont été abondamment discutés par les Décrétistes et les Décrétalistes, qui n'ont pas hésité, pour nourrir leurs commentaires, à faire appel aux autres textes du Décret, aux décrétales et aux ressources qu'offrait le *Corpus juris civilis*. Ils ont été encouragés, en ce sens, par l'activité législative des Papes, qui, faisant écho à cette intense activité doctrinale, ont promulgué certaines décrétales destinées à intervenir dans le débat et à en trancher les points les plus litigieux. A cet égard, les décrétales *A nobis* de Clément III (ou de Célestin III), en 1193, et *Ut animarum* de Boniface VIII de 1298 constituent certainement les apports les plus décisifs du droit canonique depuis les textes du Décret. Les juristes ont été également encouragés, en ce sens, par leur étude conjointe des deux droits, canonique et romain, particulièrement à Bologne, et par les influences réciproques que les doctrines canoniste et civiliste ont pu exercer l'une sur l'autre. S'il apparaît, à l'examen, que les juristes de droit canonique ont, les premiers, tracé une voie dans laquelle s'engagent, à leur suite, les civilistes, il apparaît tout autant qu'ils ont eu, toujours davantage, au fil du temps, recours à l'autorité du droit romain pour soutenir leurs propres thèses²¹.

L'étude des différentes opinions qui, dans le droit canonique médiéval, ont prévalu au sujet de l'obligation faite, ou non, à l'étranger de se soumettre aux lois particulières du territoire où il se trouve offre l'intérêt de pouvoir être mise en parallèle avec la réflexion qui se développe, au même moment ou avec un temps de décalage, parmi les civilistes. L'évolution des doctrines qui furent successivement reçues sur cette question montre que les auteurs ont fini par adopter des positions plus nuancées et plus soucieuses de la personne de l'étranger, qui se détachent progressivement – sans jamais l'abandonner complètement – avec la radicalité du principe premier de l'assimilation à peu près complète de l'étranger avec le ressortissant local. En effet, dans le prolongement des textes de Saint Augustin, interprétés avec la plus grande rigueur, les premiers Décrétistes ont pu considérer, dans un premier temps, que l'étranger était contraint de se soumettre aux lois locales particulières sans que cela ne souffrît exception (1). Mais, dès la fin du XII^e siècle, les Décrétistes,

¹⁹ Cette « législation particulière » désigne tout aussi bien les lois particulières à chaque lieu, comme les statuts synodaux, qui ressortissent du pouvoir législatif que l'évêque peut exercer à l'égard de la communauté de son diocèse, clercs comme laïcs. Mais la réflexion des canonistes médiévaux s'étend également aux *praecepta*. Ces « préceptes » peuvent être aussi bien généraux (auquel cas ils s'adressent à l'ensemble de la communauté) ou particuliers (auquel cas ils s'adressent à une ou plusieurs personnes nommément désignées). Enfin, les auteurs intègrent également dans leur réflexion le sort des décisions judiciaires, ou *sententiae*. Sur cette terminologie, voir Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, note 1, p. 302, ainsi que les autorités qu'il cite.

Cette « législation particulière » peut donc s'assimiler aux *statuta* tels qu'ils se distinguent du *jus commune*. Ce parallèle entre droit canonique et droit romain a, précisément, facilité les dialogues constants que les juristes de l'*utrumque jus* ont entretenus sur les mêmes questions de droit.

²⁰ Sur l'importance du travail d'interprétation auquel s'est livrée, durant cette période, la doctrine canonique dite « classique », voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « L'autorité de la doctrine en droit canonique classique », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2007, n°27, pp. 443-457.

²¹ Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « Le rôle des canonistes dans la formation d'un « droit commun » romano-canonique », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2008, n°28, pp. 215-222.

et notamment Huguccio, se mettent à combattre cette doctrine et à rejeter de manière absolue le principe de l'obligation de l'étranger pour plaider, au contraire, en faveur du principe adverse : l'exemption de l'étranger vis-à-vis des lois locales et la restriction du pouvoir de celles-ci aux seuls sujets qui y sont domiciliés (2). A la même époque, les Glossateurs, ayant abandonné la thèse de l'application systématique de la *lex fori* aux conflits de lois, parviennent à la même conclusion sous la forme de la maxime : *statutum non ligat nisi subditos*. Mais cette adhésion au principe de l'exemption ne se fait pas sans réserves, ni dérogations, afin de ne pas priver les juridictions locales de tout pouvoir sur les étrangers. Certaines considérations *pro communi utilitate et instante necessitate* justifient que l'étranger soit, en toutes circonstances, et indépendamment de son exemption, soumis aux lois pénales qui ont cours sur le territoire sauf ignorance excusable de ces lois particulières (3). Les Décrétalistes contribuent ainsi, pour bonne part, à la consécration doctrinale de la *lex loci delicti* en matière pénale au XIII^e siècle, entraînant dans leur sillage les Commentateurs. Par ce travail de maturation intellectuelle, la doctrine canonique médiévale est la première à poser en principe que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire ».

Section 1^{ère}. L'apparition de la doctrine de la soumission absolue de l'étranger à la loi particulière du territoire chez les premiers Décrétistes et les Glossateurs.

La théorie développée par les premiers Décrétistes à partir des textes de Saint Augustin insérés dans le Décret de Gratien considère que tous les étrangers présents sur le territoire, fussent-ils de passage, sont tenus d'observer les lois particulières qui y ont cours sans distinction. En cela, ces Décrétistes entendent demeurer fidèles à la lettre même des directives contenues dans les écrits augustinien, desquels ils retiennent une interprétation stricte et absolue. Le respect dû au pouvoir du législateur particulier impose, selon eux, que l'étranger soit assimilé au ressortissant local domicilié sur le territoire et que sa condition juridique soit entièrement déterminée par les lois particulières qui viennent ainsi s'ajouter aux lois générales de l'Eglise, qu'elles soient pontificales ou conciliaires. Parce qu'elles sont l'expression de ce pouvoir législatif local, elles peuvent compléter, nuancer ou atténuer ces mêmes lois générales, mais elles ne précisent pas toujours si elles s'adressent uniquement aux sujets du territoire ou si elles étendent leurs prescriptions aux étrangers, qui s'y trouvent à titre temporaire. C'est là tout l'enjeu du débat qui s'engage à partir des textes de Saint Augustin et qui va susciter des doctrines bien diverses. Les canonistes du milieu et de la fin du XII^e siècle, et qui s'expriment juste après la publication du Décret, apportent une réponse indéniablement marquée sous le sceau de la territorialité, qui leur semble la plus conforme aux vues de l'évêque d'Hippone et à celles de Gratien.

La démarche même suivie par la doctrine canonique, puis civiliste, impose de revenir plus en détail sur ces textes de Saint Augustin qui furent réunis par Gratien pour tenter d'en déterminer le sens et la portée (§ 1). La teneur même de la doctrine défendue par les partisans de la territorialité absolue s'éclairera à la lumière de ces textes : après le temps des textes, vient celui de l'interprétation (§ 2).

§ 1. Les textes du Décret de Gratien : les canons *Quae contra, Illa et Quisquis*.

Le Décret de Gratien comprend seulement trois textes relatifs à la question de l'obligation faite, ou non, à l'étranger de se soumettre aux lois particulières du territoire où il est de passage. Ces trois textes, tous issus de l'œuvre de Saint Augustin, semblent, à première vue, se rejoindre

pour imposer une telle obligation dans le chef de l'étranger et sont compris sous les canons *Quae contra, Illa et Quisquis*²² :

1° Le canon *Quae contra* (Distinction VIII, canon 2, *Adversus naturale jus nulli quicquam agere licet* : « Nul n'est autorisé à commettre quoi que ce soit de contraire au droit naturel ») est emprunté au chapitre VIII du livre III des *Confessions* de Saint Augustin :

Pour les délits contraires aux coutumes particulières, ils se doivent éviter selon la diversité des mœurs : le pacte social établi dans une cité, chez un peuple, par l'usage ou la loi, ne saurait être enfreint suivant le caprice d'un citoyen ou d'un étranger. Il y a difformité dans toute partie en désaccord avec son tout²³.

Dans ce texte, le caractère juridique de la règle qu'énonce Saint Augustin ne prête pas à discussion : elle impose bien à l'étranger de se soumettre, au même titre que le citoyen, en matière pénale, aux lois et usages qui ont cours sur le territoire de la cité, au risque, sinon, d'en menacer les fondements. Les *flagitia* dont il est question dans cet extrait renvoient bien à l'idée de crimes et autres actions infamantes de nature délictueuse et le contenu qui est leur donné peut, évidemment, varier d'un territoire à l'autre : *pro diversitate morum*. Par conséquent, si l'étranger ne saurait être exempt de la répression qui s'attache à leur commission, c'est bien parce qu'il est soumis, et s'est soumis, par sa seule présence sur le territoire, au *pactum inter se civitatis*. En effet, ce dernier serait gravement mis en péril si jamais l'acte délictueux perpétré demeurerait impuni. Dès lors, se dessine, avec Saint Augustin, la première définition d'un ordre public territorial qui s'impose aussi bien aux membres de la communauté civique qu'aux ressortissants étrangers et dont la coloration pénale ne saurait être mise en doute. Cette conception augustiniennne semble considérer que le respect des lois et usages locaux n'est pas incompatible avec l'observation des lois générales imposée par les autorités suprêmes, qu'elles soient politiques ou ecclésiastiques.

2° Le canon *Illa* (Distinction XII, canon 11, *Quod enim neque contra fidem, neque contra bonos mores esse convicitur, indifferenter est habendum* : « ce qui n'est ni contraire à la foi, ni contraire aux bonnes mœurs doit être tenu pour indifférent ») provient de l'épître de Saint Augustin à Januarius, *epistola* LIV, *caput* II :

Il y a des choses qui changent selon les lieux et les contrées : c'est ainsi que les uns jeûnent le samedi, d'autres non... Les observances de ce genre vous laissent pleine liberté ; et pour un chrétien grave et prudent, il n'y a rien de mieux à faire en pareil cas que de se conformer à la pratique de l'église où il se trouve. En effet, ce qui n'est ni contraire à la foi, ni aux bonnes mœurs doit être tenu pour indifférent et observé par égard pour ceux au milieu desquels on vit. Ma mère, m'ayant suivi à Milan, y trouva que l'église n'y jeûnait pas le samedi : elle se troublait et hésitait sur le parti à prendre. Je consultai là-dessus Saint Ambroise, cet homme de très heureuse mémoire. Il me répondit : quand je

²² L'édition de la *Concordia canonum discordantium*, ou Décret de Gratien, qui a été utilisée est celle qui a été publiée par Emil Albert FRIEDBERG, dans son édition scientifique du *Corpus juris canonici*, parue à Leipzig de 1879 à 1888, dont le premier volume est consacré au Décret.

²³ GRATIEN, *Décret*, première partie, distinction VIII, canon 2 (édition de Friedberg, *op. cit.*, pp. 13-14) : *Quae autem contra mores hominum sunt flagitia, pro morum diversitate vitanda sunt ; ut pactum inter se civitatis aut gentis consuetudine vel lege firmatum nulla civis aut peregrini libidine violetur. Turpis enim omnis pars universo suo non congruens* (SAINT AUGUSTIN, *Confessions*, livre III, chapitre VIII ; traduction de Louis Moreau, 1864, reprise par Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, pp. 284-285).

suis à Rome, je jeûne le samedi ; quand je suis ici, je ne jeûne pas. Fais-en de même : suis l'usage de l'église où tu te trouves, si tu ne veux pas scandaliser ou être scandalisé²⁴.

La règle suggérée par Saint Augustin s'inscrit dans la continuité de celle qu'il évoquait dans ses *Confessions*, mais ce n'est pas tant le sens à accorder à ce texte que sa portée qui a été source de difficultés pour les interprètes. L'évêque d'Hippone ne se situe pas, dans cette lettre, d'un point de vue juridique, mais bien plutôt du point de vue de la théologie morale. Il n'est plus question, ici, de se soumettre à la loi pénale particulière du lieu où l'on se trouve, mais, plus généralement, de conseiller à celui qui est étranger à la communauté de suivre les diverses observances – dont le jeun est un exemple parmi d'autres – qui sont prescrites par l'église locale. Y a-t-il lieu de tirer de ce qui semble, à première vue, n'être qu'une règle de conduite morale une véritable règle de droit ? Son insertion dans le Décret peut déjà fournir un élément de réponse, même si ladite règle ne se cantonne pas à la matière pénale comme le faisait, de manière plus spécifique, le canon *Quae contra*. Un autre élément peut être trouvé dans le motif qui soutient la doctrine de Saint Augustin sur ce point : s'il faut « se conformer à la pratique de l'église où [l'on] se trouve », quand on lui est étranger, c'est par crainte de susciter le scandale. L'enjeu se déplace alors sur le terrain de cette notion même de « scandale » qui se trouve au cœur même de la règle. Comment apprécier ce qui est scandaleux et ce qui ne l'est pas ? Qui en a la responsabilité ? Il faut supposer que cela relève des attributions des autorités ecclésiastiques locales et que c'est à ces dernières qu'il appartient de déterminer si l'étranger peut être excusé, ou non, de ne pas se soumettre à l'observance qui est imposée aux membres de la communauté. Ainsi, même dans l'hypothèse où la règle du canon *Illa* ne serait considérée comme imposant une obligation à l'étranger de passage, il n'en reste pas moins que ce texte participe, comme le canon *Quae contra*, à définir les premiers linéaments d'une théorie de l'ordre public international, entendu *lato sensu*, en exposant des mécanismes intellectuels qui sont fort similaires à ceux que l'on rencontre dans une loi de police et de sûreté.

3^o Le canon *Quisquis* (Distinction XLI, canon 1, *Pro moribus eorum, cum quibus vivimus, alimentis uti debemus* : « nous devons nous nourrir conformément aux usages de ceux parmi lesquels nous vivons ») est tiré du chapitre XII du livre III du *De doctrina christiana* de Saint Augustin :

User des choses passagères avec plus de modération que ne le font habituellement ceux qui vous entourent, c'est agir sans mesure ou par superstition. Mais dépasser dans cet usage les bornes où se renferment habituellement les hommes vertueux, c'est une conduite qui est ou un mystère, ou un crime²⁵.

²⁴ GRATIEN, *Décret*, première partie, distinction XII, canon 11, § 1 et 2 (édition de Friedberg, *op. cit.*, pp. 29-30) : *Alia vero quae per loca terrarum regionesque variantur, sicuti est quod alii jejulant sabbato, alii non... Totum hoc genus rerum liberas habet observationes ; nec disciplina ulla est in his melior gravi prudentique christiano, quam ut eo modo agat quo agere viderit Ecclesiam ad quam forte devenerit. Quod enim neque contra fidem, neque contra bonos mores esse convicitur, indifferenter est habendum, et propter eorum inter quos vivitur societatem servandum est. Mater mea Mediolanum me consecuta, invenit Ecclesiam sabbato non jejulantem ; coeperat perturbari et fluctuare quid ageret : ... consului de hac re beatissimae memoriae virum Ambrosium ; respondit mihi... Cum Romam venio, jejuno sabbato ; cum hic sum, non jejuno. Sic etiam tu, ad quam forte Ecclesiam veneris, ejus morem serva, si quicquam non vis esse scandalo, nec quemquam tibi. (SAINT AUGUSTIN, *Epistolae*, épître CXVIII, ad *Januarium*, capita I et II ; traduction revue de Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, p. 285).*

²⁵ GRATIEN, *Décret*, première partie, distinction XLI, canon 1 (édition de Friedberg, *op. cit.*, p. 148) : *Quisquis rebus pretereuntibus restrictius utitur quam sese habent mores eorum, cum quibus vivit, aut intemperans, aut supersticiosus est. Quisquis vero sic eis utitur, ut metas consuetudinis bonorum, inter quos versatur, excedat, aut aliquid significat, aut flagitiosus est (SAINT AUGUSTIN, *De doctrina christiana*, livre III, chapitre XII ; traduction revue de Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, p. 286).*

Ce dernier canon, beaucoup plus vague et général encore que les deux précédents, semble motivé par des finalités morales plutôt que juridiques. En tout état de cause, il ne parle en rien de l'étranger, ni de l'obligation qui serait faite à celui-ci de se soumettre aux lois du territoire où il se trouve. Cela ne dissuadera pas les canonistes d'y faire, par la suite, occasionnellement appel et de le réunir aux canons *Quae contra* et *Illa* pour étayer leurs positions respectives sur cette question de droit. Son utilité en la matière peut, semble-t-il, se justifier par la considération selon laquelle la parole de Saint Augustin, ici, a essentiellement en vue de dénoncer et de fustiger l'écart de conduite par rapport au modèle défini par les « hommes vertueux », qui seraient l'équivalent de la notion plus juridique de « bonnes mœurs ». Quiconque s'éloignerait, par son comportement, des exigences portées par l'ordre public d'un lieu se rendrait ainsi coupable d'un « crime », c'est-à-dire d'un tort causé à l'ensemble de la communauté qu'il lui faudrait réparer. Comme pour le canon *Illa*, selon que l'on parte du principe que le canon en question a une consonance morale (comme semble l'avoir voulu l'auteur de la *Doctrine chrétienne*) ou juridique (comme semble l'indiquer son insertion dans le Décret), il pourra être invoqué dans le sens de la territorialité absolue de la loi locale ou de l'exemption qui autorise l'extraterritorialité de la loi personnelle de l'étranger.

La conjonction de ces trois canons, extraits du Décret de Gratien, semble ainsi livrer, à des degrés certes, divers, une approche de la question de la condition de l'étranger marquée par un territorialisme des plus intransigeants. La volonté d'assimiler, sur ce point, l'étranger au citoyen, que ce soit par égard à l'ordre public local (*Quae contra*) ou par crainte envers le scandale (*Illa*), à supposer d'ailleurs que les deux doivent être dissociés, sert ainsi de base de réflexion pour la doctrine canoniste, qui, sur le fondement de ces mêmes textes, mais aussi en alimentant la discussion par de nouveaux textes, vont ainsi disserter sur la portée et la limite à apporter à cette obligation *a priori* absolue. Il n'en pas moins remarquable de constater que les adversaires de cette dernière théorie vont répondre à ses partisans, en se réclamant toujours de l'autorité de ces trois textes. Tout est, là encore, question d'interprétation.

§ 2. La doctrine de la soumission absolue de l'étranger à la loi particulière (XII^e - début du XIII^e siècle).

Jusqu'à la fin du XII^e siècle, et encore au début du XIII^e siècle, Décrétistes et Glossateurs ont soutenu, et enseigné, la doctrine de la soumission absolue de l'étranger à la loi particulière du territoire, selon les premiers, ou à la *lex fori*, pour les seconds²⁶. Les canonistes furent, sans surprise, les premiers à défendre leur approche territorialiste, sur le fondement de la lecture qu'ils donnaient des trois canons reçus par le Décret et, en particulier, du canon *Quae contra*. Sans faire preuve de hardiesse théorique, ils se signalent, tout du moins, par leur fidélité absolue à l'esprit du temps que cette territorialité semblait parfaitement exprimer (A.), jusqu'à ce que Huguccio, à la toute fin du XII^e siècle, n'en décide autrement. Quant aux civilistes, faute de texte, dans les compilations justiniennes, qui aborde frontalement ce problème, ils mirent plus de temps à réagir. Toutefois, certains d'entre eux, comme Azon ou encore le jeune Accurse, laissent transparaitre, à travers certaines gloses portant sur des points de droit très précis, leur adhésion à ce même esprit du

²⁶ Si la terminologie n'est pas la même selon les canonistes et selon les civilistes, cela n'est pas innocent : il faut rappeler que, d'un point de vue abstrait, la *lex fori* – en tant que loi du juge saisi – ne se confond pas nécessairement avec la loi du territoire. Mais, à l'époque des premiers Glossateurs, au XII^e siècle, la liaison organique qui existait entre la compétence judiciaire et la compétence législative, en particulier dans un environnement urbain plus jaloux de son indépendance que soucieux de ménager ses relations avec l'extérieur, conduisait à entendre la *lex fori* dans un sens exclusivement local, signifiant la fermeture envers la loi étrangère.

temps (B.). Que d'autres de leurs confrères commencent, à la même époque, à faire entendre des voix dissonantes n'empêche pas cette sensibilité territorialiste, ou *lex foriste*, de triompher jusque dans les premières décennies du XIII^e siècle.

A. Les premiers Décrétistes.

Dans la mesure où le Décret de Gratien se présentait à eux en leur fournissant des canons qui, une fois réunis, semblaient tous abonder dans le même sens, il n'est guère étonnant que les premiers Décrétistes qui eurent à traiter de la question dans leurs *Sommes sur le Décret* aient repris la thèse de la soumission absolue de l'étranger à la loi canonique, ou à la coutume, particulière du lieu où il se trouve²⁷. Ce faisant, ces glossateurs du Décret n'ont fait que reprendre ce qui leur semblait être l'orientation prise par les canons ainsi mis en avant par la grande œuvre qu'ils avaient à interpréter. Rufin, le premier, dans les années 1160, suivi en cela par Jean de Faenza, au début des années 1170, semble confirmer la portée strictement territoriale qu'il convenait d'assigner à ce type de loi. Mais Rufin et Jean de Faenza le font encore de façon tacite plutôt qu'expresse, en supposant le principe plutôt qu'en l'affirmant. En témoignent les gloses que Rufin consacre aux termes *Quae contra* et *non contra societatem* du canon 2 de la VIII^e Distinction :

[Canon 2] *Quae contra*, jusqu'aux mots *Turpis... congruens*. Comprends, de l'emploi de ces termes, qu'ils ont en vue les usages qui ne vont pas à l'encontre de la raison, et cela vaut, excepté dans les cas où celui qui ne veut pas se conformer est tenu par la loi spéciale du vœu ou de l'ordre ou des lois du même genre.

Et si non contra societatem, etc. Le sens de cet écrit est le suivant : et si l'on obéit à celui-ci (le roi), il est sous-entendu que cela ne va pas à l'encontre de la société propre à cette cité ; au contraire, si l'on n'obéit pas à celui-ci, il est sous-entendu que cela va, naturellement, à l'encontre de la société des hommes : car la société des hommes exige qu'il nous faut obéir aux rois²⁸.

La glose de Rufin sur le canon *Quae contra* est reprise, quasiment mot pour mot, par Jean de Faenza²⁹. Dans les deux cas, la confirmation du principe se fait de manière incidente, puisque les

²⁷ Comme le rappellent Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, p. 287, note 1, et Willy ONCLIN, « La contribution du Décret de Gratien », *op. cit.*, p. 127, note 24, les plus anciens Décrétistes ne se sont pas prononcés sur la question et ne livrent pas, par conséquent, d'opinion particulière à ce sujet : c'est le cas de Paucapalea et Rollando Bandinelli (Magister Rollandus) pour les professeurs bolonais, de Etienne de Tournai (qui rédige sa *Somme* vers 1165) et de l'auteur de la *Summa Coloniensis Decreti* (1169-1170) pour les professeurs parisiens.

²⁸ RUFIN, *Summa decretorum*, Distinction VIII, canon 2 (éd. Heinrich Singer, Paderborn, 1902, p. 22) : [Cap. 2.] *Que contra usque Turpis. . . congruens. In his intelligas, que spectant ad mores rationi non obviantes, et nisi ille, qui non vult congruere, speciali lege voti vel ordinis et similium teneatur. Et si non contra societatem etc. Littere ordo hic est: et si obtemperatur ei, non fit, subaudi contra societatem eius civitatis; immo, si non obtemperatur ei, fit, subaudi contra societatem, humanam scilicet; societas namque humana hoc exigat, ut regibus obtemperemus.*

Rufin (†1191), originaire du midi de la France, a enseigné à Bologne, avant de devenir évêque d'Assise, puis archevêque de Sorrente après le troisième concile de Latran (Rome, mars 1179). Sa *Somme* doit beaucoup au glossateur Rogerius. Sur Rufin, voir André GOURON, « Sur les sources civilistes et la datation des sommes de Rufin et d'Etienne de Tournai », *Bulletin Of Medieval Canonical Law*, n°16, 1986, pp. 55-70, et Aryeh GRABOIS, « Une approche canonistique au XII^e siècle à l'égard des *alieni* dans la *societas christiana* : Rufin », *Cristianità ed Europa, miscellanea di studi in onore di Luigi Prosdocimi*, vol. I, tome II, Rome, Fribourg et Vienne, 1994, pp. 497-509.

²⁹ Jean DE FAENZA, *Summa Decreti*, Distinction VIII, canon 2 (*Codex latinus Monacensis*, 3973, folio 4^v, col. 2) : *Quae contra mores sunt, etc. usque turpis est enim pars universo suo non congruens* [Canon *Quae contra*, 2, D. VIII] : *toto, scilicet majori parti non conveniens; in his intelligas quae spectant ad mores rationem non oberiantes* [Rufin : *rationi non obviantes*] *et nisi ille qui non vult congruere spiritali* [Rufin : *speciali lege ut voti vel*] *ordinis et his similium teneatur*].

Jean de Faenza (Johannes Faventinus, †1190), a enseigné à Bologne aux alentours de 1170. Il devint chanoine de Faenza en 1174, puis évêque en 1177. Sa *Summa*, composée vers 1171, emprunte beaucoup à Rufin et à Etienne de Tournai. Elle connut un grand succès et servit longtemps de somme de référence pour les canonistes.

auteurs mettent davantage l'accent sur les cas où il peut être dérogé – sans distinction entre étranger et citoyen – aux lois territoriales : le vœu, les règles d'un ordre monastique et autres lois du même genre. Mais insister de la sorte sur les exceptions ne signifie pas que l'on démente le principe. Sans s'approprier ouvertement le principe de la soumission de l'étranger aux lois territoriales, les deux canonistes n'émettent aucune objection envers l'interprétation qui peut être donnée en ce sens des textes du Décret et semblent ainsi l'approuver.

Simon de Bisignano, qui rédige sa *Summa* dans les années 1170, se fait plus affirmatif et reprend le principe que l'étranger est soumis aux lois qui régissent la cité :

Quae contra mores, etc., jusqu'à universo non congruens. De ce passage, l'on peut déduire l'argument selon lequel l'étranger est tenu de suivre les lois de la cité dans laquelle il se trouve, ainsi que, naturellement, les actes législatifs des empereurs, et que le moine qui aura été fait évêque devra conformer son genre de vie et son aspect extérieur à ceux qui ont cours là où il vit, d'où la référence dans le présent texte : *universo, et, infra, au canon Quisquis* (Distinction XL1, canon 1)³⁰.

L'intérêt du texte ne réside pas tant dans la reprise du principe de la soumission de l'étranger que dans le soin qu'il prend à détailler les prescriptions qui s'imposent à tous, citoyens comme étrangers. En précisant qu'il faut les entendre comme les *constitutiones civitatis* et, *a fortiori*, passant du particulier à l'universel, les *capitula per principum*, Simon ne restreint pas sa réflexion au seul droit canonique, mais étend l'empire de la territorialité aux lois municipales et impériales. Par conséquent, le *peregrinus* n'est pas tenu d'observer seulement le *jus commune*, mais il se doit, également, lorsqu'il se trouve à l'intérieur d'une cité, d'en respecter les lois. Le décrétiste rappelle, incidemment, que les clercs ne sont pas uniquement soumis à l'autorité pontificale : ils sont tout autant, dans le contexte de l'Italie médiévale de la fin du XII^e siècle, des sujets de l'Empereur.

Après les années 1170, la thèse de la soumission absolue de l'étranger aux lois particulières du territoire va décliner au profit de conceptions plus nuancées. Toutefois, elle n'est pas encore complètement abandonnée, comme l'attestent quelques occurrences parfois bien postérieures chez les Décrétistes-Décrétalistes et les Décrétalistes, qui témoignent ainsi de l'influence que peuvent encore conserver des positions qui furent soutenues en leur temps par les Décrétistes Rufin, Jean de Faenza et Simon de Bisignano. Ainsi, dans la *Glose ordinaire sur le Décret* de Jean le Teutonique, achevée vers 1215 et complétée par la suite par le décrétaliste Barthélémy de Brescia après la parution des *Décrétales de Grégoire IX* en 1234, se trouvent deux gloses, dont une est de Barthélémy, qui reprennent la conception traditionnelle, alors même que la majeure partie de la doctrine canoniste a, à cette époque, embrassé le parti adverse. Les gloses se trouvent, cette fois-ci, aux canons *Illa* et *Quisquis* et semblent se placer dans le sillage de Simon de Bisignano :

[Canon *Illa*] *Societate*. L'on soutient que chacun est tenu de vivre conformément à la coutume de ceux parmi lesquels il vit, comme le démontrent déjà, *supra*, les canons *Quae contra* (Distinction VIII, canon 2) et *Quisquis* (Distinction XLI, canon 1). B[arthélémy de Brescia]. D'où les vers suivant :

« Si tu te trouves à Rome, vis selon les usages romains,

³⁰ Simon DE BISIGNANO, *Summa Decreti*, Distinction VIII, canon 2 (Manuscrit de Bamberg, canon 38 (P. II, 20) fol. 2^v, 2 colonne) : *Quae contra mores, etc. usque universo non congruens. Argumentum potest hinc colligi quod peregrinus tenetur sequi constitutiones civitatis in qua manet, scilicet per principum capitula, et quod monachus factus episcopus conformabit se eis in victu et habitu cum quibus vivit, ut ibi : universo, et infra D. XLI, Quisquis.*

Professeur à Bologne dans les années 1170, Simon de Bisignano est l'auteur de gloses et d'une *Summa* qu'il complète jusque vers 1179, comme le prouve l'utilisation qu'il fait de certaines décrétales d'Alexandre III.

Et, si tu te trouves ailleurs, vis selon les usages qui y ont cours »³¹.

[Canon *Quisquis*] *Vivit*. Note que chacun devra se comporter comme le font les habitants de la cité en ce qui concerne le repas et les mœurs, comme le démontrent les canons *Quae contra* (Distinction VIII, canon 2) et *Illa* (Distinction XII, canon 11).³²

B. Les premiers Glossateurs.

A l'époque où s'expriment Rufin, Jean de Faenza et Simon de Bisignano, soit dans les années 1160-1170, les Glossateurs sont, quant à eux, encore bien en peine de proposer une doctrine véritablement développée et argumentée à ce sujet³³. Ils se contentent, pour l'essentiel, de relayer des solutions qui sont fort proches de celle défendue par les premiers Décretistes. Confrontés à une véritable inflation normative, entre le droit romain, les coutumes locales et les statuts municipaux qui sont alors en plein essor, les civilistes mettent du temps à se libérer de leur attachement à la vieille règle de l'application systématique de la *lex fori*, ou loi du juge saisi. Les plus anciens de ces Glossateurs ne font pas même allusion au problème que pose la coordination de toutes ces sources de droit. Encore à la moitié du XII^e siècle, la position qui semble prévaloir quand la question est abordée est celle qui est exprimée, de façon sommaire, par *Lo Codi*, cette somme rédigée en provençal peu avant 1162, sans doute par un élève de Rogerius. En effet, selon l'auteur, qui s'exprime à propos du titre *Quae sit longa consuetudo* (C. 8.52), le juge doit statuer :

... Selon la longue coutume qui est toujours suivie sur le territoire où se situe son tribunal³⁴.

Les titres à l'application systématique de la *lex fori* sont multiples et font, sans nul doute, forte impression auprès de ces premiers Glossateurs. La conviction que le juge, institué à cet office par les autorités publiques pour trancher les litiges qui naissent au sein de la société, ne peut appliquer que les lois du territoire dans lequel il siège est certainement encore très ancrée dans la conscience de ces juristes, particulièrement en milieu urbain où les statuts s'affirment de plus en plus, renforçant la singularité de chaque cité. Mais les questions de compétence judiciaire, comme souvent déterminantes en matière de conflits de lois, ont également pesé en faveur du maintien de

³¹ Jean LE TEUTONIQUE (et Barthélémy DE BRESCIA), *Glose ordinaire sur le Décret*, Distinction XII, canon 11, v^o *Societate* (édition du *Corpus juris canonici*, Rome, 1582, disponible en ligne sur le site de la bibliothèque de l'Université de Californie à Los Angeles : <http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html>) : *Societate. Argumentum quod quilibet tenetur vivere secundum consuetudinem illorum inter quos versatur, ut supra*, V III D. *Quae contra* et XLI D. *Quisquis*. B[artholomaeus Brixienis]. *Unde versus* :

*Si fueris Romae, Romano vivito more,
Et si fueris alibi, vivito sicut ibi.*

Jean Le Teutonique († 1245) a enseigné à Bologne de 1210-1212 jusque vers 1218. C'est durant cette période bolonaise qu'il a rédigé sa *Glose ordinaire*.

³² *Eod. loc.*, Distinction XLI, canon 1, v^o *Vivit* : *Vivit. Nota quod quilibet se conformabit sociis suis in cibo et in moribus*, ut D. VIII, *Quae contra* et D. XII, *Illa*.

³³ Sur les débats qui agitent les Glossateurs à la fin du XII^e siècle et au début du XIII^e siècle, voir les analyses très fouillées que leur consacre Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, pp. 45-68, ainsi que les textes versés au débat.

³⁴ *Lo Codi*, livre III, titre L, « *Quae sit longa consuetudo* », *Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus der Mitte des XII. Jahrhunderts*, t. 1, in *der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus*, Fitting, éd., Halle, 1906, pp. 322-323 : ... *debet judicari secundum longam consuetudinem quae semper est observata in illa terra in qua est illud placitum*. Dans les éditions modernes du Code, la référence au titre *Quae sit longa consuetudo* est désormais : C., 8, 52 et non plus 50. Sur cette référence, voir Karl NEUMEYER, *Die Gemeine rechtliche Entwincklung des internationalen Privat und Statfrect bis Bartolus*, 2 vol., 1901-1916, vol. 2, p. 58.

Sur l'auteur, l'origine et la date de *Lo Codi*, voir André GOURON, « Du nouveau sur *Lo Codi* », *TVR*, n^o43-2, 1975, pp. 271-277.

cette solution. Certaines gloses au Code comme celles qui portent sur la loi *Praeses provinciae*, au titre *Quae sit longa consuetudo* (C. 8.52.1) ou sur l'Authentique *Qua in Provincia*, insérée au titre *Ubi de criminibus agi oportet* (C. 3.15.), reflètent très bien l'influence que la compétence judiciaire peut avoir sur le choix effectué au bénéfice de la *lex fori*, qui, dans ces textes, correspond à la loi territoriale, et non forcément à la loi personnelle³⁵.

Jusque dans les premières décennies du XIII^e siècle, la doctrine majoritaire semble avoir opiné en faveur de la *lex fori*. Ainsi, si l'on en croit les témoignages concordants d'auteurs parfois bien postérieurs, Azon semble avoir nettement pris parti pour l'application inconditionnelle de la *lex fori*, mais aucune des gloses qui sont alléguées dans ce sens ne comporte, en réalité, une telle prise de position³⁶. Son élève Accurse se place, dans un premier temps, dans le droit fil de l'enseignement de son maître Azon, comme le révèlent certains passages de sa *Glose ordinaire* qui reflètent encore cette conception traditionnelle du conflit de lois, avant que l'opinion du glossateur n'évolue vers une approche plus nuancée. Parmi les gloses qui semblent avoir le mieux résisté à l'évolution de la pensée d'Accurse, figurent, parmi d'autres, sa glose à la loi *Praeses provinciae* au titre *Quae sit longa consuetudo* (C. 8.52.1) ou, mieux encore, sa glose à la loi *Si lex municipii* au titre *De emancipationibus liberorum* (C. 8.48.1). Cette constitution de Dioclétien et de Maximien, en date de 290, accordait, en effet, le pouvoir au magistrat municipal de présider à l'émancipation d'un ressortissant étranger pour en garantir la régularité. Selon Accurse, il faut l'interpréter comme suit : l'étranger est soumis, en la matière, à la loi du lieu et non à sa loi personnelle :

De même, tu noteras l'argument selon lequel les droits et statuts du lieu où le jugement est prononcé doivent être fidèlement observés, même dans le cas où le demandeur est originaire d'un autre lieu³⁷.

³⁵ La prise de position en faveur de la *lex fori*, en tant que loi territoriale, prend sans doute plus d'envergure si l'on garde à l'esprit qu'en matière pénale, les solutions admises au XIII^e siècle en matière de compétences judiciaire et législative ne sont pas aussi tranchées en pratique. La compétence du juge du domicile du prévenu, « juge naturel » de ce dernier, fait concurrence à celle du juge du lieu de commission de l'infraction, particulièrement en France : de fait, le statut (ou la coutume) du domicile dispute au statut (ou à la coutume) du lieu de commission de l'infraction pour connaître de cette dernière. En alléguant ainsi les textes de droit romain, et, en particulier, l'Authentique *Qua in Provincia*, les Glossateurs inclinent volontiers vers la double compétence du judex et de la *lex loci delicti* et délaissent progressivement la référence au domicile. De ce point de vue, la *lex loci delicti*, en tant que *lex* du juge du lieu de commission de l'infraction, triomphe plus tôt en doctrine qu'en pratique.

³⁶ AZO (AZON) († vers 1225 ou 1230) est l'une des plus grandes figures de la doctrine civiliste du début du XIII^e siècle et son nom demeure attaché à la méthode de la glose, qu'il a pratiquée avec un art consommé, multipliant à l'envi les références aux textes du *Corpus juris civilis* et aux œuvres de ses pairs. Sa *Summa super Codicem*, publiée entre 1208 et 1210, est restée une des principales références de la doctrine médiévale. Il fut l'élève de Jean Bassien, avec lequel il est, semble-t-il, en désaccord sur cette question du caractère inconditionnel ou non de la *lex fori* en matière de conflits de lois.

Les témoignages de juristes, parfois bien postérieurs à Azon, qui soulignent son parti-pris en faveur de la *lex fori* sont ceux de ODOFREDO († vers 1265), *Lectura super Digesto veteri*, aux lois *Si se subiciant* (D. 5.1.1) et *Cum iudicio* (D. 22.1.1) ; Alberto GALEOTTI († vers 1285), dans son *Aurea margarita ac pene divina*, Cologne, 1595, chap. XXIV, n°29, p. 159 ; Jacques DE REVIGNY (v. 1230-1296), *Lectura Digesti veteris*, Leyde (BU Leyde, Ms. coll. d'Ablaing 2, fol. 270^a), à la loi *Cum iudicio* (D. 22.1.1) et Alberico DA ROSATE (v. 1290-1360), *Commentarii in primam Digesti veteris partem*, à la loi *Si se subiciant* (D. 5.1.1).

Sur ces témoignages, voir Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux... », *op. cit.*, pp. 593-594 et les notes. Sur la position prêtée à Azon, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 46-48, et les références en notes 83 et 84.

³⁷ ACCURSE, *Glossa ordinaria*, à la loi *Si lex municipii* au titre *De emancipationibus liberorum* (C. 8. 48. 1), v° *Duumviris : Item nota hic argumentum quod iura et statuta illius loci, ubi agitur iudicium, sunt conservanda, licet actor aliunde sit* (*Corpus juris civilis Justiniani cum commentariis Accursi*, Lyon, 1627, 6 volumes, volume n°4, livre 8, titre 49 (48), 1, p. 2251).

Accursio da Bagnolo (1182-1258), élève d'Azon, est l'un des grands maîtres de l'École de Bologne, où il enseigne à partir de 1215. Sa notoriété tient surtout à son œuvre majeure : la fameuse *Glose ordinaire*, ou *Grande Glose*, sur le *Corpus Juris Civilis*. Dans cet ouvrage, il réunit, condense et confronte les opinions de ses prédécesseurs et, à cette occasion, fait part de ses propres réflexions. La rédaction de la *Glose ordinaire* s'étalant sur une longue période de temps, la pensée

De même que la *Glose ordinaire* de Jean le Teutonique, quelques années auparavant, pour le droit canonique, la *Glose ordinaire* d'Accurse – dont la version définitive date de 1228 – contient ainsi quelques reliquats de l'époque où la territorialité absolue et, par conséquent, la soumission de l'étranger à la *lex fori* étaient envisagées comme les seules réponses adéquates à la question des conflits de lois. Mais à l'époque des deux *Gloses ordinaires*, cette conception semble bien révolue. Dès la fin du XII^e siècle, certains professeurs, de droit canonique comme de droit romain, abandonnent peu à peu le principe initial de l'application systématique et inconditionnelle de la loi du for, car ils y voyaient une négation pure et simple du conflit de lois et un obstacle trop grand qui s'opposerait au développement des cités et aux différentes formes de commerce juridique et économique qu'elles et leurs ressortissants pouvaient entretenir alors. Cela se traduit, de part et d'autre, par la recherche de solutions plus nuancées et plus mesurées qui prennent davantage en compte le facteur d'extranéité et qui invitent le juge à manifester un esprit d'ouverture envers la loi étrangère. Chez les canonistes, ce nouveau souffle se traduit par un renversement brutal du principe initial, au profit de la thèse adverse, beaucoup plus favorable à la loi étrangère : l'esprit du temps sera ici incarné par les positions novatrices de Huguccio. Chez les civilistes, l'éclosion est légèrement plus tardive. Dans le sillage de l'enseignement de Jean Bassien, plusieurs de ses successeurs s'appuient sur la glose *Quod si Bononiensis* (à la toute fin du XII^e siècle) pour se démarquer du dogme traditionnel alors incarné par Azon. Par l'intermédiaire de cette glose, ils sont à même de proposer, par un jeu subtil d'interprétations, de libérer le juge du for et le ressortissant du carcan imposé par la double compétence absolue, judiciaire et législative, de la territorialité.

Section 2^{ème}. Le principe de l'exemption de l'étranger vis-à-vis de la loi particulière du territoire : la doctrine de Huguccio et la glose *Quod si Bononiensis*.

Point de rencontre entre le *jus antiquum* et le *jus novum*, l'œuvre de Huguccio symbolise une émancipation de la doctrine canoniste vis-à-vis de l'enseignement traditionnel, encore marqué par une lecture extrêmement littérale des directives contenues dans les trois canons du Décret et, en particulier, celle transmise par le canon *Quae contra*. Usant d'un jeu de combinaison qui s'inscrit en rupture avec celui qui était pratiqué jusqu'alors, le célèbre Décrétiste libère la voie pour que puisse s'exprimer pleinement le conflit de lois, en encourageant le juge à prendre en compte la légitimité de la loi étrangère. A partir de Huguccio, l'étranger se retrouve ainsi exempté, sous certaines réserves, de l'obligation de se soumettre, absolument et complètement, aux ordres portés par la loi particulière du territoire (§ 1.). A cet égard, il faut souligner la bonne fortune qu'a pu connaître sa thèse, puisque, par la suite, elle reçut non seulement l'assentiment de ses successeurs, mais aussi une consécration légale à travers les décrétales *A nobis* (1193) et *Ut Animarum* (1298). Les Glossateurs, quant à eux, connaissent également, à la même époque que Huguccio, leur émancipation au travers de la glose *Quod si Bononiensis*, qui pose, entre autres fondements, que l'étranger n'est pas tenu d'observer la loi particulière du territoire, puisque « un statut ne lie que les sujets » (§ 2.). Le travail de sape ainsi effectué contre les murailles de la territorialité absolue conduit, insensiblement mais inexorablement, canonistes et civilistes à faire le départ entre les règles de conflit qui demeurent territoriales et celles qui sont vouées à ne plus l'être.

d'Accurse connaît donc des évolutions et des infléchissements, ce qui se retranscrit, notamment, par son émancipation progressive à l'égard de la doctrine de son maître.

§ 1. La doctrine de Huguccio : la formulation du principe de l'exemption de l'étranger.

La rupture, brutale et franche, avec la territorialité absolue que préconisaient encore, avec parfois quelques nuances, les premiers commentateurs du Décret de Gratien est indiscutablement liée à la figure de Huguccio³⁸. Le célèbre Décrétiste livre, dans sa *Summa Decreti*, qui date des années 1180, une interprétation des trois textes fondamentaux du Décret qui tranche radicalement avec la lecture qui en était couramment donnée. Il y soutient que l'étranger n'est pas tenu d'observer les lois et les coutumes du territoire sur lequel il se trouve simplement de passage : ce faisant, il renverse complètement le principe traditionnel pour lui préférer le parti opposé. A partir de Huguccio, c'est désormais l'exemption qui est de principe et la soumission qui devient l'exception. Si la solution de celui-ci a pu être, par la suite, discutée ou aménagée, jamais elle ne s'en est trouvée démentie par les canonistes qui lui succéderont.

Pour arriver à fonder une telle interprétation à partir des textes du Décret, Huguccio choisit, contrairement à ses prédécesseurs, de déplacer le centre de gravité de la réflexion du canon *Quae contra* au canon *Illa*. Alors que, avant lui, la doctrine considérait que les canons *Illa* et *Quisquis* ne faisaient que confirmer et préciser la portée du canon *Quae contra*, le raisonnement de Huguccio s'inscrit dans une logique inverse, qui consiste à mettre en retrait l'obligation juridique faite à l'étranger exprimée par le canon *Quae contra* et à mettre en avant la simple exhortation morale portée par le canon *Illa* :

[Canon *Quae contra*] L'argument soutenu ici est que les étrangers et les étudiants doivent vivre et être jugés selon la coutume de la cité dans laquelle ils se trouvent. Ce qui n'est vrai que s'ils expriment la volonté de s'y installer à demeure ou si l'on craint qu'ils n'y donnent le scandale, en vertu des canons *Illa* (Distinction XII, canon 11) et *Quisquis* (Distinction XLI, canon 1)³⁹.

[Canon *Illa*] Il est dit dans ce canon que l'on doit croire que les règles non écrites qui sont, pourtant, observées généralement par l'Eglise ont été instituées par les apôtres ou par les conciles. De telles règles doivent être observées généralement par tous, mais d'autres, qui ne sont pas observées généralement par tous – comme, par exemple, les coutumes particulières – peuvent être observées librement par les étrangers qui n'habitent pas le territoire dans lequel une telle coutume est établie, sauf si, en ne l'observant pas, l'on devait être une cause de scandale pour les autres. C'est ce que nous montre l'exemple de la mère de Saint Augustin, à laquelle le bienheureux Ambroise a conseillé de ne pas observer la coutume de Rome qui consiste à jeûner le samedi à Milan, où il n'existe pas la coutume d'un tel jeun...

Liberus [« pleine liberté »] : en ce qui concerne les étrangers. En effet, si la coutume particulière doit être obligatoirement observée par ceux chez qui elle s'applique, elle peut être observée librement par ceux qui sont lui étrangers – soit qu'ils se trouvent ailleurs, soit qu'ils ne soient que de passage –, sauf

³⁸ HUGUCCIO de Ferrare (vers 1130–1210), est sans aucun doute, parmi les Décrétistes, la grande figure de l'école de Bologne. Il y donne ses leçons de droit canonique durant les années 1170 et 1180 et s'impose, à l'époque, comme la référence majeure de l'enseignement. Il devient, par la suite, évêque de Ferrare. Sa *Somme sur le Décret*, qu'il a composée entre 1185 et 1188, a exercé une influence considérable sur la doctrine canonique, comme l'atteste, entre autres exemples, son parti-pris en faveur de l'exemption de l'étranger. Témoignant d'un esprit rigoureux et intransigeant, son œuvre se distingue par la place qu'il accorde, dans ses gloses, aux Décrétales, manifestant ainsi un intérêt pour le *ius novum* jusque dans ses commentaires sur le Décret, et par celle qu'il accorde à la théologie et au droit romain. Son usage fréquent des lois romaines est, surtout, pour lui, l'occasion de rappeler que les *canones* l'emportent toujours sur les *leges*. Sur Huguccio, voir la thèse de Wolfgang P. MÜLLER, *Huguccio, the life, works, and thought of a twelfth-century jurist*, Washington, 1994.

³⁹ HUGUCCIO, *Summa Decreti*, Distinction VIII, canon 2, *Quae contra*, v^o *Peregrini : Argumentum quod peregrini et scolares debent vivere et iudicari secundum consuetudinem civitatis, in qua inveniuntur. Quod verum est, si volunt habitare vel timetur scandalum. Argumentum D. XII, Illa et D. XLI, cap. 1* (Codex vaticanus, 2280, fol. 8^r, colonne 1; Codex latinus Monacensis 10247, fol. 7^v, colonne 2, d'après Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, p. 290, note 1).

s'ils viennent se fixer à demeure sur le territoire ou sauf si, en ne l'observant pas, ils causent un scandale.

Habendum [« doit être tenu »] : par les étrangers et non par les sujets auxquels s'applique ordinairement ladite coutume.

Indifferenter : c'est-à-dire tenu pour indifférent, à savoir que cela peut être observé ou non observé librement.

Et tamen pro eorum inter quos vivunt (sic) [« par égard pour ceux au milieu desquels ils vivent »] : « ils », c'est-à-dire les étrangers qui sont de passage.

Servandum [« observé »] : par les étrangers, si, en n'observant pas la coutume particulière, l'on donne lieu à scandale ; il est plutôt question ici d'un conseil et d'une opinion et l'argument est alors que chacun doit vivre selon les coutumes de ceux parmi lesquels il habite. Au soutien de cet argument, les deux canons *Quae contra* (Distinction VIII, canon 2) et *Quisquis* (Distinction XLI, canon 1).

Jejuno sabbato [« je jeûne le samedi »] : en me conformant à la coutume des Romains, que je n'étais pourtant pas tenu d'observer, sauf si, en agissant autrement, le scandale était manifeste.

Serva [« suis »] : c'est bien là un conseil ; le précepte se présente de deux manières : « suis », si, en agissant autrement, tu es cause de scandale, d'où il s'ensuit : *si cuiquam, etc.* ; ou bien « suis », si tu viens en ce lieu pour t'y fixer à demeure. L'argument soutenu ici est que, si quelqu'un se transporte d'une église à une autre, il doit suivre la coutume de l'église dans laquelle il se transporte tant pour les offices que pour les autres matières. De même, l'argument soutenu ici est que, si jamais un clerc qui est originaire d'une église orientale se transporte vers une église située en Occident ou inversement, il doit observer la coutume de l'église dans laquelle il se transporte en ce qui concerne le célibat, ce qui ne se vérifie pas tout le temps s'il fait partie des ordres majeurs. L'argument soutenu ici est que personne ne doit s'affranchir de la coutume générale de ceux parmi lesquels il vit. Par conséquent, les étudiants doivent vivre selon la coutume de la région dans laquelle ils font leurs études. Au soutien de cet argument, les deux canons *Quae contra* (Distinction VIII, canon 2) et *Quisquis* (Distinction XLI, canon 1)⁴⁰.

[Canon *Quisquis*] Il apparaît d'abord que chacun doit s'alimenter selon les mœurs qui sont pratiquées parmi ceux vers lesquels on vit. D'où il s'ensuit que : l'on doit avoir rigoureusement égard, tout à la fois, au lieu, à l'heure de la journée où l'on se trouve, aux personnes avec lesquelles on vit et aux modes d'alimentation qui y sont pratiqués...

Cum quibus vivit [« ceux qui vous entourent »] : l'argument soutenu est que chacun doit se conformer aux usages de ceux avec lesquels il vit en ce qui concerne l'alimentation et bien d'autres choses. Au

⁴⁰ HUGUCCIO, *Summa Decreti*, Distinction XII, canon 11, *Illa* : *In hoc capitulo dicitur, quod illa que non sunt scripta et generaliter tamen observantur ab ecclesia, credendum est esse statuta ab apostolis vel conciliis. Talia generaliter ab omnibus servanda sunt, alia vero, que non generaliter observantur ab omnibus, sicut sunt particulares consuetudines, liberam habent observantiam quoad alios qui non inhabitant locum illum, in quo statuta est talis consuetudo, nisi non observando generetur scandalum aliis, et hoc ostenditur exemplo matris Augustini, cui consuluit beatus Ambrosius, ut consuetudinem Romanorum de jejunando sabbato non observaret Mediolani, ubi non est consuetudo de tali jejunio...*

V^o *Liberas* : *quantum ad extraneos. Particularis enim consuetudo necessariam habet observantiam quoad illos apud quos obtinet, set quoad extraneos habet liberam, sive alibi sint sive illuc veniant, nisi veniant moraturi, vel nisi non observando generent scandalum.*

V^o *Habendum* : *quoad extraneos, non quoad illos apud quos obtinet illa consuetudo.*

V^o *Indifferenter* : *id est pro indifferenti, scilicet ut libere possit observari vel non observari.*

V^{is} *Et tamen pro eorum inter quos vivunt* (sic) : *ipsi extranei ad tempus.*

V^o *Servandum* : *ab extraneis, si non observando [scandalum] generatur, vel loquitur de consilio et persuasione et est argumentum quod aliquis debet vivere secundum eos inter quos habitat. Argumentum. D. VIII, Que contra, et D. XLI, Quisquis.*

V^{is} *Jejuno sabbato* : *conformans me consuetudini Romanorum, ad quod tamen non tenebatur, nisi aliter faciendo scandalum pareret.*

V^o *Serva* : *Consilium est, vel fit preceptum duobus modis : serva, si aliter faciendo parias scandalum, inde sequitur : si cuiquam, etc. ; vel serva, si veneris causa perpetuo inhabitandi. Argumentum quod si quis de una ecclesia transit ad aliam ecclesiam, et in officiis et in aliis debet sequi consuetudinem illius ecclesiae, ad quam transit. Item argumentum, quod si quis clericus de orientali ecclesia transeat ad occidentalem vel e converso, illius ad quam transit consuetudinem debet observare in continentia, quod non usquequaque est verum, si est in majoribus ordinibus. Item est argumentum quod non debet quis discrepare a generali consuetudine eorum inter quos vivit. Debent ergo scolares vivere secundum consuetudinem regionis in qua degunt. Argumentum D. VIII, Que contra et D. XLI, Quisquis (Codex vaticanus 2280, fol. 11^v, colonne 2 ; Codex latinus Monacensis 10247, fol. 11^v, colonne 1, d'après Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, p. 290, note 1)*

soutien de cet argument, les deux canons *Quae contra* (Distinction VIII, canon 2) et *Illa* (Distinction XII, canon 11)⁴¹.

La doctrine de Huguccio, longuement développée dans ces quelques gloses, peut se résumer en quelques traits⁴² : l'étranger qui est seulement de passage sur un territoire est exempté de l'obligation d'observer les lois particulières qui y ont cours, qui ne s'adresse qu'aux seuls habitants du territoire. Le canon *Quae contra* ne doit donc pas être interprété comme l'énoncé d'une règle de droit qui soumettrait, tout ensemble, les ressortissants locaux et les ressortissants étrangers au respect de ces lois particulières, mais comme un conseil que Saint Augustin a voulu prodiguer à l'intention des étrangers : celui de se conformer aux mœurs, usages et lois propres au lieu où, d'aventure, ils peuvent se trouver. La justification s'en trouve dans le canon *Illa* : en ne respectant pas certaines de ces prescriptions et en se singularisant trop ostensiblement par rapport aux habitants du lieu, l'étranger risque de troubler l'ordre qui y est établi et de prêter, par son comportement déviant, à scandale. Il est ainsi sous-entendu que, tant qu'il ne prête pas le flanc au *scandalum*, l'étranger de passage est libre de ne pas observer les lois particulières. C'est donc le canon *Illa* qui fournit la clé d'interprétation de la pensée de Saint Augustin, et, par extension, des textes du Décret de Gratien, et non plus le canon *Quae contra* : il vient tempérer les termes de ce dernier en en atténuant la portée juridique et en en accentuant la valeur d'injonction purement morale. Comme le souligne à dessein Huguccio, Saint Augustin n'a jamais entendu que prodiguer un conseil à l'étranger de passage : « c'est bien là un conseil » (*consilium est*).

Le principe de l'exemption, tel qu'il est formulé par le célèbre Décrétiste, ne se comprend toutefois que s'il est assorti des deux exceptions qu'il développe dans ces mêmes gloses, si l'on veut bien mettre de côté les situations propres aux clercs qui se transportent d'une église de rite grec à une église de rite latin, ou inversement, et aux étudiants :

1° Les étrangers ne sont pas tenus par une des lois particulières « sauf s'ils viennent se fixer à demeure sur le territoire » (*nisi veniant moraturi*). L'établissement de leur domicile à l'intérieur du territoire suffit à les faire passer de la condition d'étrangers à celle de sujets. Il ne s'agit pas là d'une simple affirmation tautologique, mais bien d'une distinction que Huguccio juge essentielle, entre l'étranger simplement de passage sur un territoire et l'étranger qui s'y trouve avec l'intention d'y fixer son domicile. Cette distinction, qui apparaît pour la première fois en doctrine, est appelée à prendre par la suite une importance capitale, car elle prélude, en matière de lois de police, à toute une réflexion qui va précisément porter sur la question de la sujétion temporaire de l'étranger de passage.

2° Les étrangers ne sont pas tenus par une des lois particulières « sauf si, en ne l'observant pas, il causent un scandale ». La notion de *scandalum*, qui est centrale dans la pensée de Huguccio, ne donne pourtant pas lieu à une définition particulière qui en préciserait le sens et la portée. Le caractère vague de l'injonction permet de réserver, tout à la fois, les cas où le scandale serait de nature purement morale (ainsi que le montre l'exemple de l'avis dispensé par l'évêque de Milan,

⁴¹ HUGUCCIO, *Summa Decreti*, Distinction XLI, canon 1, *Quisquis*, V° *Quisquis* : *Primo ostendit quod debet unusquisque uti cibo pro moribus eorum inter quos conversatur. Unde et locus et tempus, in quo est, et persone, cum quibus conversatur diligenter ab eo sunt attendenda, in utendo cibis...*

⁴² Cum quibus vivit : *Argumentum quod quisquis debet se conformare in cibis et in aliis moribus eorum cum quibus vivit. Argumentum D. VIII, Que contra et D. XII, Illa.* (*Decretum Gratiani cum Glossa*, Venise, 1572).

⁴² Sur la doctrine de Huguccio, voir Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, pp. 289-290, et Willy ONCLIN, « La contribution du Décret de Gratien », *op. cit.*, pp. 132-137, spéc. p. 132.

Saint Ambroise, à l'intention de Sainte Monique à propos du jeûne) et les cas où ce scandale contreviendrait à l'ordre juridique local⁴³.

Le prestige qui s'attache à l'autorité intellectuelle de Huguccio suffirait aisément à expliquer la postérité de ses idées parmi la doctrine canoniste ultérieure⁴⁴. Mais le Décretiste a également connu, dès le début du XII^e siècle, le renfort de Jean le Teutonique, qui, dans sa *Glose ordinaire* sur le Décret, parue dans les années 1210, défend également la thèse de l'exemption de l'étranger, mais à l'aide d'une argumentation bien différente. En effet, la glose de Jean au canon *Quae contra* révèle une sensibilité marquée envers le principe nouveau, malgré la présence, dans d'autres extraits, de prises de position en faveur du maintien du principe traditionnel :

[Canon *Quae contra*] *Peregrini* : les étrangers et les étudiants sont-ils tenus de suivre la coutume de ceux parmi lesquels ils séjournent ? L'on peut, sur ce point, répondre par la positive si l'on se réfère aux canons *Illa* (Distinction XII, canon 11) et *Quisquis* (Distinction XLI, canon 1). Mais l'on peut soutenir le contraire, parce que les voyageurs ne ressortissent pas au tribunal du lieu par lequel ils passent, comme le deuxième paragraphe de la loi *Heres absens* du titre *De iudiciis* du Digeste le démontre (D. 5.1.19.2). Et l'on peut rajouter l'argument que seuls ceux qui vivent à perpétuelle demeure sont liés par les lois de la cité, comme le prouve la loi *Debitor* du titre *De pignoribus* du Digeste (D. 20.1.32)⁴⁵.

La démonstration de Jean le Teutonique révèle sans doute la perméabilité du décrétiste-décétaliste aux idées défendues, dès la fin du XII^e siècle, par Huguccio. Mais, contrairement à son illustre prédécesseur, le canoniste ne s'appuie plus sur les textes du Décret ; il trouve ses justifications dans l'invocation de textes issus du Digeste : par un paradoxe qui ne saurait complètement surprendre de la part d'un docteur *utrumque juris*, ce sont même ces derniers qui appuient sa thèse et non les canons du Décret, qui ne sont cités que pour justifier la thèse combattue par l'auteur. La *Glose ordinaire* témoigne, ainsi, de la pénétration des lois romaines dans l'argumentaire développé par les canonistes et la formation de ce fonds commun de références qui va former le patrimoine de la doctrine romano-canonique classique⁴⁶.

⁴³ Le terme même de *scandalum* fait bien l'objet d'une des gloses de Huguccio qui portent sur le canon *Illa*, mais celle-ci se contente, en réalité, de lier le scandale à la notion de réparation, qui peut être tout aussi bien morale que juridique. Voir HUGUCCIO, *Summa Decreti*, Distinction XII, canon 11, *Illa*, V^o *Scandalum* : « L'argument soutenu ici est que, relativement aux scandales, ceux-ci doivent être soumis à la réparation ou effacés par elle. Au soutien de cet argument, les canons *De his vero* (Distinction I, canon 34), *In sacerdotibus* (Distinction LXI, canon 2), et *Presbiter* (D. LXXXII, canon 5) » (*argumentum quod propter scandalum multa debent fieri vel omitti. Argumentum D. L, De his vero, et D. LXI, In sacerdotibus, et D. LXXXII, Presbiter*).

⁴⁴ Les idées de Huguccio semblent avoir d'autant plus conservé leur autorité que, plus d'un siècle après, Guido da Baiso, plus communément appelé l'Archidiaque, reproduit encore, de façon très fidèle, la thèse soutenue par Huguccio dans son *Rosarium*, qui se veut un véritable commentaire qui s'évertue à compiler et discuter les différentes gloses sur le Décret, rédigé entre 1296 et 1302. Voir Guido da BAISO, *Rosarium super Decreto*, gloses au canon *Illa*, Distinction XII, canon 11, v^{is} *Serva* et *Consuetudine* (citées par Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, p. 291, note 1 et Willy ONCLIN, « La contribution du Décret de Gratien », *op. cit.*, p. 133, note 44). Les termes de ces deux gloses sont, très manifestement, la reprise quasi littérale de ceux qu'employait son prédécesseur décrétiste.

⁴⁵ Jean LE TEUTONIQUE (et Barthélémy DE BRESCIA), *Glose ordinaire sur le Décret*, Distinction VIII, canon 2, *Quae contra*, v^o *Aut peregrini* (édition du *Corpus juris canonici*, Rome, 1582, disponible en ligne sur le site de la bibliothèque de l'Université de Californie à Los Angeles : <http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html>) : *Numquid ergo peregrini et scolares tenentur sequi consuetudinem illorum inter quos commorantur ? Argumentum videtur hic quod sic et XII D. Illa, et XLI D. c. 1. Argumentum contra, quia viatores non sortiuntur forum illius loci per quem transeunt, ut ff. de iudiciis, 1. Heres, § 2. Et est argumentum quod soli perpetuo habitantes obligantur legi civitatis, ut ff. de pignoribus, 1. Debitor.*

Sur l'attribution de cette glose à Jean le Teutonique, voir Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois... », *op. cit.*, p. 291, note 3. Sur l'auteur, voir, *supra*, p. 14, note 31.

⁴⁶ Sur ce fonds commun de références mis à disposition des canonistes et civilistes, voir Anne LEFEVBRE-TEILLARD, « Le rôle des canonistes dans la formation d'un « droit commun » romano-canonique », *op. cit.*, spéc. pp. 221-226.

La thèse de l'exemption a également pu réussir sa percée en doctrine parce qu'elle a été, par ailleurs, dès 1193, reprise et consacrée – non sans ambiguïtés, cependant – par la décrétale *A Nobis* de Clément III (ou de Célestin III), en date de 1193, qui s'intéresse directement à la matière pénale. Là où le célèbre Décrétiste formulait encore un principe très général, la confirmation légale va, en effet, entraîner un nouveau rebondissement dans la discussion. Dès lors, les canonistes du XIII^e siècle s'attacheront à discuter la teneur et la portée de l'exemption, les conduisant à délimiter sur les limites qu'il convient de lui apporter, sans se circonscrire d'ailleurs à la matière pénale.

§ 2. La glose *Quod si Bononiensis* : l'exemption chez les Glossateurs.

A la même époque que celle à laquelle Huguccio rédige sa *Summa Decreti*, une voix discordante se fait entendre parmi les Glossateurs pour dénoncer le dogme de la territorialité absolue et se démarquer de la doctrine traditionnelle encore défendue par Azon. En effet, la glose *Quod si Bononiensis* (vers 1200), dont la paternité peut être attribuée soit à Carlo di Tocco, soit à un élève de Jean Bassien, s'inscrit dans le droit fil des enseignements dispensés par ce dernier, qui critiquait l'exclusivisme de la *lex fori* et par son collègue Aldricus, qui préconisait d'appliquer au conflit de lois la « loi la plus puissante et la plus utile » à la cause (*potior et utilior lex*), livrant ainsi celle-ci à la discrétion du juge. Ces opinions dissidentes se rejoignent pour mettre en avant une préoccupation commune : sortir du carcan de la compétence indistincte reconnue à la *lex fori* pour soustraire le ressortissant étranger, présent sur le territoire, à l'application automatique et indistincte de la loi qui y a cours⁴⁷.

La glose *Quod si Bononiensis*, qui porte, comme il est d'usage, sur la première loi du Code, *Cunctos Populos* (C. 1.1.1), au titre *De Summa Trinitate*, se fait le relais de cette doctrine nouvelle, qui reflète, chez ces Glossateurs de la fin du XII^e siècle et du début du XIII^e siècle, un souci prononcé de respecter les statuts particuliers de chaque Cité et d'en organiser leur concurrence sur des bases équitables :

[V^o *Clementiae*] La clémence est une composante de la justice et, ainsi, l'Empereur n'a pas voulu que d'autres que ses sujets soient tenus par son pouvoir, comme l'atteste, *infra*, la loi *Rem non novam*, en son premier paragraphe (C. 3.1.14.1), et, dans ce *responsum*, ceci est soutenu contre les coutumes de la cité qui prétendent contraindre par leurs dispositions même les étrangers, et preuve en est que, si un Modenais est en procès contre un Bolognais dans cette ville [de Bologne], le statut de la ville ne peut nuire au Modenais⁴⁸.

C'est à partir de cette glose que s'est forgée la maxime *statutum non ligat nisi subditos* (« le statut ne lie que les seuls sujets »). Par un raisonnement *a fortiori*, l'auteur est parti du constat que, si l'Empereur romain, dans la loi *Cunctos Populos*, se refuse à appliquer les lois romaines à ceux qui ne sont pas soumis à son pouvoir, il ne peut être question de reconnaître pareille prétention aux coutumes ou statuts particuliers. La réflexion se porte, en l'espèce, sur la question de la compétence législative et sur la définition du *statutum* par rapport à la *lex* impériale. Dans la

⁴⁷ Sur les opinions dissidentes émises, à la fin du XII^e siècle, par Jean Bassien et Aldricus, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 45-59.

⁴⁸ Glose *Quod si Bononiensis* à la loi *Cunctos Populos* au titre *De Summa Trinitate* (C. 1.1.1.), v^o *Clementiae*, dans *Glossae ad Codicem*, BN, lat. 4546, fol. 2^{rb} : *Species est iusticie clementia et hinc non quia alios voluit ligare nisi subditos imperio suo, et est argumentum, infra, de iudiciis l. rem primo responso, et responso est autem hoc contra consuetudines civitatis quae etiam alios constringere volunt cum suis statutis, et est argumentum, si litigat Mutinensis contra Bononiensem in hac civitate quod statutum non noceat Mutinensi* (traduction revue de Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, p. 57)

conception romaniste de l'époque, le *statutum* n'est encore perçu que comme l'expression d'un pouvoir normatif, propre aux autorités locales, mais délégué et concédé par l'autorité impériale⁴⁹. Fruit du pacte civique qui scelle l'union de tous les habitants, qui y ont expressément ou tacitement adhéré, l'ordre juridique local doit se borner à régir les relations entre *cives*. L'étranger présent sur le territoire, n'ayant pas manifesté son allégeance personnelle envers cette organisation municipale, ne doit plus être présumé se soumettre et se conformer aux prescriptions de cette dernière⁵⁰. Par conséquent, celles-ci n'ont de caractère territorialement et personnellement contraignant que pour les seuls habitants.

Une telle position emporte, immédiatement, plusieurs conséquences, liées l'une à l'autre, et amenées à connaître d'amples développements et alimenter la doctrine des conflits de lois :

1° Le juge du for doit désormais s'abstenir d'appliquer systématiquement sa propre loi à tous litiges comprenant, au moins, un étranger. *Statutum non ligat nisi subditos* emporte donc, éventuellement, une dissociation entre compétence législative et compétence juridictionnelle. Leur coïncidence parfaite avait, jusqu'alors, justifié le monopole de la *lex fori*. Désormais, le juge du for est autorisé à faire usage de règles qui ne sont pas celles de sa cité si la résolution du litige l'exige. Un élève d'Azon, rallié à la nouvelle doctrine, Jacopo Balduini, en tirera toutes les conséquences, dès le début du XIII^e siècle, en établissant la distinction entre les normes *ad ordinendam litem* (règles de procédure, toujours soumises à la loi du for) et les normes *ad decidendam litem* (règles substantielles)⁵¹.

2° A partir du moment où le juge peut juger selon un droit qui n'est pas le sien, il convient de déterminer dans quels cas et pour quels motifs il devra choisir un droit plutôt qu'un autre. Les différentes lois municipales étant – théoriquement – mises sur un pied d'égalité et tenues pour équivalentes, il lui faut trouver un critère qui lui permette de faire le départ entre les lois potentiellement concurrentes pour connaître de tel ou tel litige. Le travail conjoint de la doctrine, canoniste et civiliste, et de la jurisprudence doit aboutir à proposer et imposer des solutions qui soient à même de satisfaire les intérêts en cause : or, ceux-ci ne sont pas seulement ceux des personnes privées, mais également celles des autorités publiques, qui peuvent, ou non, souffrir la concurrence de leurs paires. Pour faciliter l'arbitrage entre ces divers *statuta*, les auteurs civilistes n'auront d'autre recours que de s'adresser au *jus commune*, seul ensemble normatif ayant une véritable vocation universelle.

3) Le recul de la *lex fori* ne signifie pas qu'elle n'a plus de titre à s'appliquer à un ressortissant étranger. Comme vont rapidement s'en rendre compte les canonistes et les civilistes, la force de certaines traditions et de certains ancrages se révèle, en diverses matières, telle que la loi locale ne va pas abdiquer, loin de là, ses prétentions à régenter les situations de conflit de lois. Si libératrice

⁴⁹ Voir, *supra*, pp. 4-5.

⁵⁰ Il faut, bien entendu, réserver, ici, le cas du demandeur étranger qui intente, de lui-même, son action devant le tribunal du for.

⁵¹ Jacopo BALDUINI (Jacobus Balduinus, †1235), qui fut un des élèves de Azon, est l'un des grands noms de l'Université de Bologne en ce début de XIII^e siècle. Jurisconsulte vers 1210, puis docteur en loi en 1213, il enseigne ensuite à l'Université, où il donne des cours à Odofredo et au futur canoniste Henri de Suse (Hostiensis), jusqu'à ce qu'il soit nommé podestat de Gênes, de 1229 à 1230, afin de mettre sa science au service d'une réforme des statuts de la cité ligure. Sa parfaite aisance dans le maniement des concepts juridiques explique son originalité et son esprit d'indépendance, notamment à l'égard de son maître. Il a exercé une profonde influence sur ses élèves et, par-delà, sur l'École d'Orléans de la deuxième moitié du XIII^e siècle. Sur Balduini, voir Eduard-Maurits MEIJERS, « L'université d'Orléans au XIII^e siècle », *Études d'histoire du droit*, éd. Robert Feenstra, Leyde, 1959, vol. 3, pp. 3-148 ; Roberto ABBONDANZA, « Baldovini Iacopo », *Dizionario biografico degli Italiani* (dir. A.M. Ghisalberti), Rome, volume 5, 1963, pp. 521-525 et Filippo LIOTTA, « Notizie su Iacopo Baldovini e Bartolomeo da Saliceto », *Studi senesi*, 1964, vol. 13, pp. 501-517.

que soit l'opinion soutenue par la glose *Quod si Bononiensis*, elle ne peut faire en sorte de battre en brèche la dimension publiciste du conflit de lois et elle ne peut dissuader certains juges d'appliquer leur propres lois quand il y va de l'intérêt supérieur de la cité. Il arrivera donc que le règlement du conflit de lois se fasse en faveur de la loi locale, territorialement compétente et étendue aux étrangers de passage, sans qu'il soit nécessairement fait allusion à la *lex fori*. De cette manière de penser, la matière pénale en offre un bel exemple.

Ce sont ces diverses considérations, conformes à l'esprit du temps en ce début du XIII^e siècle, qui emportent l'assentiment de la doctrine civiliste, qui aura désormais toute licence pour solliciter la richesse du *Corpus* et aboutir à des solutions argumentées. Ainsi, Accurse et Jacopo Balduini, élèves d'Azon qui, sur ce point, s'inscrivent en rupture avec leur maître, appuieront cette opinion de leur autorité dans leurs gloses parues dans les années 1220⁵². A partir de la glose *Quod si Bononiensis*, tous, qu'ils soient glossateurs ou commentateurs, porteront leur étude sur le conflit de lois à partir du principe fondamental : *statutum non ligat nisi subditos*, sans jamais plus le démentir.

Section 3^{ème}. Les dérogations au principe de l'exemption (XIII^e – début XIV^e siècles) : la soumission à la loi pénale particulière *pro communi utilitate* et l'interdiction d'exporter les marchandises.

L'abandon du dogme de la territorialité absolue, au profit d'une véritable théorie sur le conflit de lois – qu'elle prenne l'apparence, chez les canonistes, du principe de l'exemption de l'étranger ou, chez les civilistes, celle de la maxime *statutum non ligat nisi subditos* – imposait, de toute évidence, à tous les juristes du début du XIII^e siècle de reconsidérer le statut de l'étranger présent sur le territoire et, partant, l'étendue de l'empire auquel peut prétendre la loi locale. Que l'idée traditionnelle fût ainsi renversée pour avoir été jugée excessive est une chose ; qu'elle soit disqualifiée au profit d'un retour à un régime de personnalité des lois en est une autre et jamais il ne fut question chez les juristes de l'*utrumque jus* de franchir un tel pas. Ils étaient trop conscients de la force que conservait le principe de territorialité pour s'en détacher pleinement. En revanche, puisque celui-ci était devenu relatif et non plus absolu, il leur était désormais possible d'entamer, à travers leurs gloses, une étude approfondie par matière et de déterminer ainsi les *jura propria* (lois particulières ou statuts) qui pouvaient encore, selon les cas, prétendre à être d'application territoriale.

⁵² ACCURSE, *Glossa ordinaria*, à la loi *Cunctos Populos* au titre *De Summa Trinitate* (C. 1. 1. 1), v^o *Quos* : « L'argument soutenu ici est que, si le Bolognais est assigné à Modène, il ne doit pas être jugé selon les statuts de Modène, auxquels il n'est pas soumis, puisqu'il est dit ici : « ceux que régit l'empire de notre clémence » » (*Argumentum quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae, quibus non subest: cum dicat « Quos nostrae clementiae regit imperium »*, *Corpus juris civilis Justiniani cum commentariis Accursi*, Lyon, 1627, 6 volumes, volume n^o4, livre 1, titre 1, p. 13). Sur Accurse, voir, *supra*, pp. 15-16, et note 37.

JACOPO BALDUINI, *Glossa ad Codicem*, à la loi *Cunctos Populos* au titre de *De Summa Trinitate* (C. 1. 1. 1) : « De cette loi, l'on peut induire que, si le ressortissant d'une cité citait en justice le ressortissant d'une autre cité que celui qui intente la citation, les statuts de la cité dans laquelle il est cité ne devraient point lui porter préjudice. Il est vrai que l'on soutient le contraire en se basant sur la loi *Juris* du titre *De jurisdictione omnium judicium et de foro competentis* (C. 3.13.2), où il est dit que : *actor sequitur forum rei*, donc à ses propres dépens. Cependant, il semble plus vrai de soutenir la première proposition et c'est ainsi qu'il doit être jugé, même s'il est Bolognais. Ja[copo Balduini] » (*Ex ista lex potest elici argumentum quod, si aliquis civis alicujus civitatis citare fecerit civem alicujus alterius civitatis quod illi civi qui citat, non debeant noceri statuta civitatis in qua citatus est. Verum tamen est contra argumentum infra De jurisdictione omnium judicium et de foro competentis, lex Juris, ubi dicitur quod actor sequitur forum rei, ergo cum suo onere. Videtur tamen quod primum esse verius et ita debet judicari quamvis aliud sit Bononie. Ja[cobus Balduinus], Glossae ad Codicem*, Londres, British Museum, XI, Plut., VII (fol. 5), rapportée par Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, aux pp. 595-596. Sur Balduini, voir, *supra*, p. 22, note 51.

Dans un élan commun, mais par des trajectoires différentes, canonistes et civilistes vont s'attacher, tout au long du XIII^e siècle et jusqu'au XIV^e siècle encore, à aménager le nouveau principe d'exemption de l'étranger en rappelant quelles en sont les exceptions. Dans certaines matières, et particulièrement quand viennent se mêler au conflit de lois des considérations d'intérêt public, l'étranger est assimilé, quant aux effets de la loi locale, au membre de la communauté ou au citoyen et soumis à la même *potestas statuendi*. Parmi ces matières où l'empire de la loi locale s'impose d'évidence à leurs yeux, comme les contrats ou les biens immobiliers, il convient d'en distinguer ceux où, de l'aveu propre de ces juristes, cet empire est justifié par « l'utilité commune ou publique » : la loi pénale, qui contraint l'étranger *ratione delicti*, et, plus propre à la doctrine civiliste, l'interdiction d'exporter des marchandises à l'étranger, pour prévenir les cas de pénurie. Cette prohibition, édictée par les autorités publiques, répond à un impératif majeur de préservation de l'ordre juridique et économique du for, autorisant ainsi son extension aux ressortissants étrangers présents sur le territoire. C'est donc tout à la fois en application et en réaction par rapport au nouveau principe que se discernent, en creux, les figures annonciatrices des « lois de sûreté » et des « lois de police ».

Toutefois, si, dans le cas de l'interdiction d'exportation, l'application impérative de la loi territoriale ne suscite ni difficulté, ni contestation, la soumission de l'étranger à la loi locale en vertu de l'application de la *lex loci delicti*, elle, nourrit de longues discussions entre les divers intervenants tout au long du XIII^e siècle afin d'en cerner les contours et, surtout, les limites qui doivent en tempérer la rigueur. Le principe d'exemption est désormais trop bien ancré dans les consciences pour que les canonistes, et les civilistes après eux, ne soient pas mus par volonté d'épargner à l'étranger l'application d'une loi locale qui lui serait inconnue. Dans cette question de la connaissance ou de l'ignorance du droit local, le *jus commune* est alors appelé à jouer un rôle d'étalon-maître, chez les canonistes comme chez les civilistes.

Dans une période d'intense travail doctrinal, au terme duquel les règles de conflit parviennent à maturité, la *lex loci delicti*, davantage que la règle relative à l'interdiction d'exportation, connaît ainsi une destinée des plus singulières. Les termes mêmes de la décrétale *A nobis*, promulguée en 1193, qui intervient en matière délictuelle pour consacrer le principe d'exemption de l'étranger, font naître une controverse parmi les canonistes sur son interprétation et sur le type d'acte qu'il vise : cette controverse ne trouve son terme qu'avec une deuxième décrétale, *Ut animarum*, prise par Boniface VIII en 1298. La soumission de l'étranger à la loi pénale particulière ne fait dès lors plus aucun doute, mais elle est désormais assortie de l'excuse d'ignorance légitime qui peut être accordée ou refusée à un tel justiciable (§ 1). Chez les civilistes, en revanche, les deux lois d'application territoriale, qui concernent l'interdiction d'exportation et la *lex loci delicti*, sont, pendant longtemps, communément acceptées sans soulever d'intenses débats parmi les différents auteurs. C'est sous l'influence de la doctrine canonique que leur conception de la loi applicable aux délits commence à s'infléchir et à évoluer vers une articulation qui prene désormais en compte la conformité au droit commun et l'excuse d'ignorance légitime (§ 2).

§ 1. La soumission de l'étranger à la loi pénale particulière *pro communi utilitate* chez les canonistes.

La doctrine de Huguccio, qui formulait, dès la fin des années 1180, le principe de l'exemption de l'étranger à l'égard des lois particulières du territoire, a trouvé sa consécration quasi immédiate dans la décrétale *A nobis* en date de 1193, même si le type d'acte normatif visé par ce

texte a été sujet à débat. En vertu de l'autorité qui émane de la loi pontificale, le principe ne fut plus jamais remis en cause par la doctrine canonique ultérieure. Les canonistes s'en sont bien plutôt servis pour en faire le vrai point de départ de leurs développements en matière de conflits de lois. Si grande que soit la valeur de la règle officiellement consacrée, elle n'épuisait pas, à elle seul, toutes les réflexions sur le sujet. Bien au contraire, doctrine et législation se sont accordées sur la nécessité de l'assortir d'exceptions justifiées par la considération des intérêts en cause et des matières concernées. Grâce au travail patient de la doctrine canonique du XIII^e siècle, soutenue par les textes pontificaux, le principe s'est avéré, au moins, aussi riche des exceptions qui lui ont été reconnues que des déclinaisons qui en ont été faites.

Parmi ces exceptions, qui touchent à des domaines importants de la vie juridique (lois pénales, contrats, immeubles, formes des actes juridiques), la loi pénale se distingue, très tôt, par l'unanimité qui se dégage pour reconnaître la territorialité de principe qui la caractérise et qui peut se réclamer de l'autorité du canon *Quae contra*⁵³. La décrétale *A nobis*, qui semble, à première vue, soutenir le contraire en matière pénale, offre ainsi l'occasion à l'ensemble de la doctrine de disserte sur le sens, la portée et les limites à accorder à ce texte (A). Le débat qui s'engage, tout au long du XIII^e siècle, sur ce texte fondamental, n'est définitivement tranché que par une seconde décrétale, la décrétale *Ut animarum* prise par Boniface VIII en 1298. Si ce dernier texte réaffirme le principe de la soumission de l'étranger à la loi pénale du territoire, il tire le bénéfice d'un siècle de réflexion doctrinale et affine la règle de conflit en lui reconnaissant une possible dérogation, dans le cas où l'étranger peut se prévaloir d'une ignorance du droit local pour s'excuser de son inobservation (B). Les commentateurs de la décrétale, en particulier Guy de Baiso et Jean André, contribueront à en éclaircir les termes et à poser les fondements du droit canonique en la matière.

A. De la décrétale *A nobis* (1193) à la décrétale *Ut animarum* (1298) : l'obligation indirecte de l'étranger et sa soumission à la loi particulière *ratione delicti*.

La décrétale *A nobis*, promulguée en 1193 par le pape Clément III ou par son successeur Célestin III, demeure l'un des textes fondamentaux du droit canonique en matière de conflits de lois. Elle a même trouvé sa consécration en étant insérée, dès 1234, dans le *Liber Extra*, ou *Décrétales de Grégoire IX*, au canon 21, au livre V, au titre XXXIX *De sententia excommunicationis*. Le canon *A nobis* a été, par la suite, allégué par la plupart des Décrétalistes pour justifier le principe de l'exemption, mais son interprétation n'a pas été de tout repos. En effet, il doit sa notoriété autant pour la confirmation qu'il apporte officiellement à la doctrine professée, à la même époque, par Huguccio, que pour la controverse que ses termes mêmes ont pu susciter parmi ses commentateurs :

[Canon *A nobis*] Tu nous as demandé si, au cas où quelqu'un a statué en ce sens : « Que celui qui se sera rendu coupable de vol soit excommunié », pareille sentence générale se réfère aux sujets de celui qui l'a prononcée ou si l'on doit en étendre les termes à tous ceux qui ne se trouvent pas sous sa juridiction. A cela, nous répondons que ceux qui ne sont pas ses sujets ne sont pas tenus par une

⁵³ Sur chacune de ces dérogations au principe de l'exemption de l'étranger aux lois particulières du territoire, voir Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, pp. 307-321 et Willy ONCLIN, *De territorialitati vel personali legis indole*, *op. cit.*, pp. 23-100, ainsi que son article : « Le statut des étrangers dans la doctrine canonique médiévale », *op. cit.*, spéc. pp. 52-62.

Sur le droit pénal canonique, voir aussi les quelques pages qu'y consacre Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, 1922, pp. 81-93 (ci-devant : *Introduction*).

telle sentence, sauf dans le cas où des pouvoirs plus grands et plus étendus lui auraient été déferés par le déléguant.⁵⁴

Davantage que le sens de cette disposition, c'est son champ d'application qui a soulevé de nombreuses questions que la doctrine canonique du XIII^e siècle s'est donnée pour mission de résoudre. Quelle portée convenait-il d'accorder à la règle qui est formulée et à la règle contre laquelle elle semble s'ériger ? En effet, si la décrétale semble s'intéresser exclusivement à la question de la sentence d'excommunication et, ainsi, intégrer les dispositions à caractère pénal, il semble bien que l'intention du législateur ait été, ici, de se conformer à l'enseignement de Huguccio et de donner son assentiment au principe que celui-ci avait formulé quelques années auparavant et qui tranchait avec la doctrine qui était traditionnellement reçue jusqu'alors.

Les canonistes qui, dès avant même son insertion dans le *Liber Extra*, ont eu à commenter cette décrétale, n'ont pas manqué de procéder à un jeu de distinctions pour tenter de percer à jour ce que ce texte avait de plus sibyllin. Pour déterminer l'étendue de l'obligation à laquelle l'étranger est soumis à l'égard de la loi particulière qui a cours sur le territoire où il se trouve, les canonistes ont ainsi distingué entre l'obligation directe de la loi, c'est-à-dire celle qui résulte de la *potestas statuendi* et qui s'applique à ses seuls sujets, et l'obligation indirecte, c'est-à-dire celle qui trouve sa justification en dehors de la loi même. Cette distinction essentielle, lentement dégagée tout au long du XIII^e siècle et, sans doute, déjà aperçue par Huguccio, nous est rapportée par le canoniste Guillaume Durand dans son célèbre *Speculum judiciaire*, rédigé dans les années 1270 :

Et tu noteras qu'une loi n'oblige que ceux qui sont les sujets du législateur... Mais, évidemment, cela est contraire à ce qu'enseigne la Distinction VIII, canon 2, *Quae contra mores...* D'aucuns soutiennent, par conséquent, que, même si une loi n'oblige pas ceux qui ne sont pas sujets de manière directe, elle les oblige cependant de manière indirecte. Car, si un Biterrois conclut un contrat avec un Narbonnais à Narbonne, il doit suivre les statuts et la coutume de Narbonne, car le demandeur doit se soumettre au tribunal et au droit du défendeur...⁵⁵

L'étranger n'entrant pas dans le périmètre de la sujétion à l'égard du législateur local, il est, en principe, exempt de l'observation des dispositions qui émanent de ce même législateur : il n'est donc soumis à aucune obligation directe par rapport aux autorités publiques du lieu. En revanche, en vertu des actes qu'il peut passer ou des faits qu'il peut commettre sur ce territoire, il est tenu par une obligation indirecte, qui le rend justiciable des tribunaux du lieu, ainsi que des lois qui y ont

⁵⁴ *Liber Extra*, canon 21, *A nobis*, au livre V, titre XXXIX *De sententia excommunicationis*, 1 : *A nobis fuit ex parte tua quaesitum utrum si quis ita pronunciaverit : « quisquis furtum fecerit excommunicatus sit » : haec generalis clausula ad ipsius excommunicatoris subditos referatur, an generaliter extendatur ad omnes qui non sunt de iurisdictione illius ? Ad quod dicimus, quod hac sententia non nisi subditi obligantur, nisi forte plus contulerit maior et largior auctoritas delegantis.*

⁵⁵ Guillaume DURAND, *Speculum judiciaire*, livre IV, Ière sous-partie, *De constitutionibus*, n°5 et 6, § *Et nota : Et nota quod constitutio solum ligat subjectos constituentis ... Sed evidenter est contra VIII Distinctio, Quae contra mores... Unde dicunt alii quod licet constitutio non liget directe non subjectos, ligat tamen indirecte. Nam si Bitterensis convenit Narbone Narbonensem, sequitur statuta et consuetudinem narbonensem, nam actor forum rei et jura fori sequi debet ... (Speculum juris cum J. Andreae, Baldi et aliorum additionibus, t. III et IV, Venise, 1585, pp. 79-80).*

Guillaume Durand l'Ancien (v. 1230-1296), dit le *Speculator*, se présente comme le docteur de la *juris practica*, qui tente d'appréhender les règles canoniques, et l'interprétation que la doctrine leur donne, à travers des problèmes pratiques. Dans son œuvre majeure, le *Speculum judiciaire* (ou *juris*), rédigé dans les années 1270 et révisé jusque dans les années 1290, il s'appuie fortement sur les œuvres de ses prédécesseurs, et, en particulier, celle de son maître Hostiensis, et il les confronte, sans faire toujours preuve de beaucoup de soins et sans toujours chercher à en faire la *concordia*. Il est évêque de Mende de 1285 jusqu'à sa mort en 1296. Sur Guillaume Durand et le *Speculum judiciaire*, voir Franck ROUMY, « DURAND (*Durantis*) Guillaume, l'Ancien », in Patrick ARABEYRE, Jean-Louis HALPERIN et Jacques KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^{ème} édition, Paris, 2015, pp. 281-283.

cours. Si la décrétale *A nobis* ne fait, au fond, que consacrer le principe de l'exemption de l'étranger, elle n'épuise pour autant pas l'entière du débat et elle n'apporte pas une réponse claire à une question qui agite beaucoup la doctrine canonique : la règle de l'exemption qu'elle pose doit-elle s'étendre à tout le champ du droit pénal ?

Huguccio, le premier, semble-t-il, a soutenu explicitement, dès la fin du XII^e siècle, que, en dépit de l'exemption dont il devait bénéficier d'une manière générale, l'étranger était néanmoins soumis au respect d'un certain nombre de lois particulières et, notamment, des lois pénales qui ont cours sur le territoire. Pour cela, le célèbre Décrétiste a pris appui sur le canon *Ibi* (cause III, question III, 1) du Décret pour énoncer la règle en question et, en guise d'illustration, développer le cas de l'archevêque dont le comportement hors de son archidiocèse est délictueux au regard des règles posées par les autorités locales. Huguccio décide alors que l'archevêque délinquant peut être jugé par ces autorités locales, quand bien même il n'est pas soumis à leur pouvoir, et ainsi encourir la peine d'excommunication qu'elles auront édictée par une disposition générale contre les auteurs de telles infractions :

[Canon *Ibi*] Car l'étranger qui commet le délit dans un territoire est justiciable du tribunal où siège le juge de ce territoire, à raison du délit qu'il a commis. Car quelqu'un peut être attrait devant le tribunal d'un juge étranger pour de multiples raisons : à raison d'un délit, à raison d'un contrat, à raison de son domicile, à raison du lieu de situation d'un bien... Que doit-on décider lorsqu'un archevêque commet semblable délit dans l'archidiocèse d'un autre archevêque ou dans le diocèse de l'évêque suffragant d'un autre métropolitain ? Je concède qu'il pourrait être excommunié par ledit archevêque ou ledit évêque suffragant dans le diocèse desquels il a commis son délit. Je prends argument du canon *Duo* (distinction XCVI, canon 10), dans lequel Saint Ambroise a excommunié l'empereur (Théodose) pour un crime qu'il avait commis à l'intérieur de son diocèse, ce qu'il n'aurait pas osé faire autrement. Mais, par exemple, un évêque jette comme anathème : « quiconque se rendra coupable d'une pareille arrogance se rend passible d'excommunication », et, ensuite, l'évêque d'un autre diocèse ou son propre archevêque ou un autre archevêque encourt ainsi ladite sentence d'excommunication. Mais est-ce que la sentence de l'évêque du lieu les oblige ? Non, parce que celui qui appartient à un autre diocèse, et qui va à l'encontre de cette sentence, ne sera pas lié par cette sentence, parce que cette sentence qui aura été prononcée par celui qui n'est pas son juge n'aura pas de force à son égard, ainsi que le démontrent les premiers canons de la question I de la Cause II du Décret. Mais il encourt la sentence d'excommunication par la seule autorité du canon, parce qu'il se rend passible d'un fait déjà condamné et quiconque se rend coupable d'un fait déjà condamné par une sentence d'excommunication doit être jugé de la peine de l'excommunication, en vertu de l'autorité du canon, ainsi que les prouvent les questions I, II et III de la Cause XXIV⁵⁶.

Il ne fait aucun doute que la glose sur le canon *Ibi* traite principalement de la compétence judiciaire en matière de délits et, donc, en l'espèce, de la compétence de l'évêque du lieu à connaître du délit perpétré par l'étranger. Mais Huguccio insiste tout autant sur la compétence législative :

⁵⁶ HUGUCCIO, *Summa Decretii*, glose au canon *Ibi*, cause III, question VI, 1 : *Nam extraneus qui delinquit in alterius territorio, ratione delicti, efficitur de foro iudicis illius loci. Nam multis rationibus sortitur quis forum alterius iudicis, ratione delicti, ratione contractus, ratione domicilii, ratione rei sitae... Quod si archiepiscopus committat tale crimen in parochia archiepiscopi vel episcopi suffraganei alterius archiepiscopi, concedo quod possit excommunicari ab illo episcopo vel archiepiscopo in cuius episcopatu delinquit. Argumentum Dist. XCVI, duo, ubi Ambrosius ratione criminis in sua parochia commissi excommunicavit imperatorem, quod aliter non auderet. Sed ecce episcopus generaliter anathematisat : quicumque incidit in tali superbia excommunicationem incidit et postea alius episcopus vel archiepiscopus suus vel alienus incidit in excommunicationem sic. Sed numquid ligatur sententia illius episcopi. Non quia nec et aliquis parochianus alterius, si contra fecerit, ligabitur ejus sententia, quia sententia a non suo iudice non valet, ut C. II, qu. I, in princ. Sed auctoritate canonis sententiam excommunicationis incurret, quia incidit in factum jam damnatum, iudicatur a canone excommunicatus. Argumentum C. XXIV, qu. 1, 2 et 3 (Codex Parisianus, 3891, fol. 121^r, col. 2, cité par Willem ONCLIN, « La contribution du Décret de Gratien », *op. cit.*, pp. 138-139, note 59).*

l'évêque du lieu a parfaitement le pouvoir de soumettre *auctoritate canonis* l'étranger délinquant à la sentence générale qu'il a portée et à laquelle il donne la valeur d'une loi. La solution préconisée par Huguccio a ainsi pour conséquence de faire entrer la matière pénale dans la catégorie des exceptions au principe général d'exemption et de soumettre l'étranger à la loi et la juridiction du lieu *ratione delicti*.

La *Glose ordinaire au Décret*, par l'intermédiaire de Jean le Teutonique et Barthélémy de Brescia, souscrit à l'opinion de Huguccio, qu'elle rapporte, et elle n'hésite pas, pour cela, à recourir à l'autorité d'une loi romaine, la loi *Praeses provinciae* (D. 1.18.3), qui, en vérité, est relative à la détermination du juge compétent. Son attitude confirme que, dès la première moitié du XIII^e siècle, la doctrine canonique s'est convaincue que, soumis à la loi pénale territoriale, l'étranger est, sur ce point, complètement assimilé au sujet du législateur. En particulier, deux gloses, respectivement au canon *Ibi* (cause III, question III, 1) et au canon *Illud* (distinction XII, canon 4), portent la marque de Barthélémy de Brescia, qui, dans la lignée de son prédécesseur Huguccio, lie compétence judiciaire (*forum loci delicti commissi*) et compétence législative (*lex loci delicti commissi*) :

[Canon *Ibi*] V^o *Causa*. De même, considère le cas dans lequel l'évêque porte la sentence suivante : « que celui qui a commis tel fait soit excommunié ». Huguccio nous dit : même si un archevêque commet tel fait dans le diocèse d'un évêque, il doit être excommunié, non pas en raison de l'autorité personnelle de l'évêque, mais en raison de l'autorité même du canon, parce que la sentence poursuit un fait qui a déjà été condamné, comme le veut le canon XXIV, question I, aux canons 1, 2 et 3. Mais l'on peut alléguer dans le sens inverse le canon *A nobis* (X. V, XXXIX *De sententia excommunicationis*, 21). Laurent d'Espagne dit, à ce propos, que l'archevêque ne relèverait pas du tribunal de l'évêque, parce que lui-même serait le juge ordinaire de toute la province, en s'autorisant du deuxième canon de la question III de la cause IX et du canon *Quoniam* (Distinction LXV, canon 7) du Décret. Donc, l'évêque ne peut excommunier l'archevêque, mais il peut excommunier n'importe quel autre évêque, sans, pour autant, pouvoir le déposer. Je[n] le Teutonique].

Je crois, pour ma part, que Huguccio a décidé justement, parce que, en ce qui concerne le crime, l'archevêque devient le sujet de l'évêque pour les raisons alléguées ci-dessus. Voir, à ce sujet, la loi *Praeses provinciae*, au titre *De officio praesidis* (D. 1.18.3). B[arthélémy de Brescia].⁵⁷

[Canon *Illud*] V^{is} *contrario more*. Je crois, pour ma part, que le juge jugera selon la coutume du défendeur, en vertu de la règle *actor sequitur forum rei*, comme le prouve le canon *Quum sit generale du Liber Extra* (X. II, II, 8), sauf s'il est conduit devant un tribunal étranger, en raison d'un contrat ou d'un délit, parce que, en ce cas, l'on observera la coutume du lieu où il a contracté ou du lieu où il a commis un délit, comme le prouvent le canon *Quae contra mores* (distinction VIII, canon 2) du Décret et le canon *Licet ratione delicti* du titre *De foro competenti du Liber Extra* (X. II, II, 20). Bar[thélémy de Brescia].⁵⁸

⁵⁷ Jean LE TEUTONIQUE (et Barthélémy DE BRESCIA), *Glose ordinaire sur le Décret*, cause III, question VI, canon 1, v^o *Causa* (édition du *Corpus juris canonici*, Rome, 1582, disponible en ligne sur le site de la bibliothèque de l'Université de Californie à Los Angeles : <http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html>) : *Item pone quod si tulerit Episcopus sententiam : Qui hoc fecit, sit excommunicatus. Dicit H[uguccio] : etiamsi Archiepiscopus hoc fecit in dioecesi, est excommunicatus non ab homine, sed a canone, quia sententia sequitur factum jam damnatum, C. 24, qu. 1, c. 1.2.&3. Sed contra, Extra, De sententia excommunicationis, c. A nobis. Laurentius dicit quod Archiepiscopus non sit de foro illius, cum ipse sit iudex ordinarius totius provinciae, C. 9, qu. 3, c. 2 et 65 Dist., c. quoniam. Unde eum non potest excommunicare, sed alium quemlibet Episcopum potest excommunicare, non tamen deponere. Ioa[n]nes Teutonicus].*

Ego credo H[ugucionem] bene dicere, quia, propter crimen, efficitur subjectus Episcopi propter rationes superius allegatas. B[artholomeus Brixienensis]. ff. de officio praesidis. l. 3.

⁵⁸ Jean LE TEUTONIQUE (et Barthélémy DE BRESCIA), *Glose ordinaire sur le Décret*, Distinction XII, canon 4, *Illud*, v^{is} *Contrario more* (édition du *Corpus juris canonici*, Rome, 1582, disponible en ligne sur le site de la bibliothèque de l'Université de Californie à Los Angeles : <http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html>) : *Ego credo quod iudex iudicabit secundum consuetudinem rei, cum actor forum rei sequatur, ut extra. de for. compe. quum sit generale, nisi ratione contractus vel*

Si, dès Huguccio et la *Glose ordinaire*, la doctrine canonique s'accorde, de manière unanime, sur le fait que la soumission aux lois pénales est l'une des plus certaines dérogations que puisse connaître le principe de l'exemption, elle doit néanmoins composer avec l'interprétation de la décrétale *A nobis*, puisque cette dernière semble, à première vue, étendre les effets de ladite exemption à la matière pénale. Par conséquent, comment concilier la décrétale avec l'obligation indirecte de l'étranger née du délit qu'il a commis à l'intérieur du territoire ? Les canonistes du XIII^e siècle vont ainsi s'efforcer de trouver la manière la plus adéquate d'allier ces deux directives en apparence contradictoires.

Preuve, s'il en fallait, que ce travail d'interprétation n'était pas des plus aisés, les décrétalistes proposent, successivement, plusieurs explications qui n'emporteront pas toujours l'adhésion de leurs pairs et successeurs. A cet effet, ils mobilisent aussi bien les ressources du droit canonique que du droit romain pour soutenir leurs opinions. Tancrede, le premier, qui rédige son apparat sur la *Compilatio secunda* dans les années 1210, tente de lever la difficulté en préconisant, dans sa glose au canon *A nobis*, que l'évêque mentionne expressément que sa sentence s'applique au diocèse s'il veut l'étendre aux étrangers. Par conséquent, et à cette condition, elle est considérée comme d'application territoriale :

[Canon *A nobis*] V^o *Restititur* : à raison du délit, l'on devient le sujet et le paroissien d'un autre, comme le prouvent les canons *Episcopus* (cause VI, question III, canon 1) et *Ibi* (cause III, question VI, canon 1) du Décret, ainsi que le titre *Ubi de criminibus agi oportet* du Code (C. 3.15), l'authentique *Qua in Provincia* (Nouvelle 69, 1, sous C. 3.15.2) et la loi *Quicumque* (C. 3.24.1). Par conséquent, tous sont obligés, étant donné qu'ils sont les sujets de celui-ci. Je réponds : si les termes sont mentionnés de manière générale : « Que celui qui se sera rendu coupable de vol dans n'importe quel lieu », alors, seulement, ses sujets seront liés, dans la mesure où il est dit ici qu'ils ont commis un vol ailleurs que dans sa province. C'est ainsi que je comprends ce qui est dit, dans pareil cas. Mais, s'il est dit : « Que celui qui se sera rendu coupable de vol dans mon diocèse », alors, à raison du délit, tous ceux qui ont commis un délit ici sont liés par cette sentence pour la raison évoquée précédemment⁵⁹.

Cette distinction entre application extraterritoriale et application territoriale voulue par le législateur particulier a pu produire son impression sur les successeurs de Tancrede, comme Innocent IV ou Hostiensis, mais sans que ceux-ci jugent nécessaire de reprendre à leur compte son interprétation. En fin de compte, c'est en introduisant, par l'intermédiaire de Innocent IV, une distinction entre la loi ou le statut, d'une part, et le précepte pénal ou la sentence générale – la seule expressément visée par la décrétale *A nobis* –, de l'autre, et en séparant les deux cas de figure que les canonistes vont finir par trouver la solution.

malefici factus sit de foro alterius, quia tunc servabitur consuetudo loci ubi contraxit vel ubi delinquit, ut. D. VIII Quae contra mores & extra. de for. compe. c. ult. Bar[tholomeus Brixienensis].

⁵⁹ TANCREDE, *Glosa ad compilationem IIam*, livre V, titre XVIII, canon 10, *A nobis*, V^o *Resistitur* : *Ratione delicti efficitur quis subditus et parochianus alterius, ut C. 6, Quaestione 3, c. 1; Causa 3, quaestione 6, c. 1; Codex III, 15; Auth. Qua in provincia; Codex, III, 24, L. 1; ergo universi ligantur, cum sint ejus subditi. Respondeo : si generaliter protulit verbum « quisquis furtum fecerit ubicunque », tunc solummodo subditi ligantur, sicut hic dicitur, quod alibi quam in ejus provincia furtum fecerunt. In quo casu intelligo quod hic dicitur. Si vero dixerit : « si quis furtum fecerit in parochia mea », tunc ratione delicti omnes, qui ibi delinquant, ligantur illa sententia ratione prius dicta* (Bibliothèque de Bamberg, Ms. can. 19 (P II 6), fol. 115, reproduit par Karl NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, II, p. 139).

Tancrede (†1235), élève de Laurent d'Espagne, et professeur à Bologne est le premier à se consacrer uniquement aux commentaires de décrétales. Il est connu pour avoir commenté les trois premières des *quinque Compilationes antiquae* (qui précèdent immédiatement les Décrétales de Grégoire IX) et pour être l'auteur de la cinquième, la *Compilatio quinta* sur l'ordre du pape Honorius III (1216-1227). Auteur très fécond, il meurt peu après la publication des Décrétales de Grégoire IX, sans avoir eu le temps de reprendre ses commentaires sur les Compilations.

En effet, Innocent IV, qui écrit vers 1245, considère que l'étranger est soumis aux coutumes et aux lois qui ont cours sur le territoire *ratione delicti*, à condition qu'il ne bénéficie pas d'un privilège qui l'en exempterait. En revanche, la sentence générale ou le précepte pénal n'oblige, conformément aux termes de la décrétale, que les seuls sujets. Dans son *Apparatus in quinque libros decretalium*, le principe qu'il énonçait déjà brièvement dans la rubrique *De consuetudine* (X. 1.4.6) est repris, complété et nuancé dans son commentaire sur le canon *A nobis* :

[Rubrique *De consuetudine*, n°6] Note bien cependant que l'on doit observer la coutume du lieu où le contrat est conclu... et la coutume du lieu où le délit est perpétré, comme le prouve la loi *Sunt quaedam* du Digeste (D. 47.11.9)⁶⁰.

[Canon *A nobis*] V° *Furtum* : il en irait autrement s'il avait précisé : « quiconque dans mon diocèse », parce que, dans ce cas, il était en son pouvoir de porter une sentence contre les étrangers à raison du délit qu'ils ont commis, comme le prouvent la loi *Quaestiones* du titre *Ubi de criminibus agi oportet* du Code (C. 3.15.1.) et l'Authentique *Qua in provincia* sous la Nouvelle 69. De même, toujours dans cette hypothèse, si un de ses sujets commet le vol en dehors des limites de son diocèse, il n'est pas obligé. Mais il en va différemment dans le cas où l'évêque porte une sentence, selon les termes mêmes de la décrétale, sans préciser à qui elle s'adresse : parce que, dans ce cas, quel que soit l'endroit où un de ses sujets commet le vol, il est obligé. Cependant, on pourrait dire, sans erreur, que c'est une chose que de prendre une loi (pénale) qui oblige également les non-sujets, selon le canon *Quae contra* (distinction VIII, canon 2), sous réserve qu'une telle loi l'emporte sur les droits particuliers, selon le canon *Erit* (distinction IV, canon 2). Ainsi, si un archevêque prend une loi selon laquelle tout archevêque qui porte la croix dans sa province doit être excommunié, la loi n'aura aucune valeur, parce qu'elle n'est pas générale et parce qu'elle ne vise pas des sujets, dans la mesure où aucun archevêque ne compte d'archevêques qui lui soient subordonnés, mais vise seulement des étrangers, contre lesquels il n'est pas permis de faire des lois, à moins qu'ils ne soient autrement tenus d'observer les lois faites pour les sujets. Si, en revanche, il s'agissait d'un primat, qui, par hypothèse, compte des archevêques suffragants, il pourrait, à juste titre, faire ce genre de loi, parce que ceux-ci seraient comme ses sujets. De même, c'est une autre chose que de prononcer une sentence qui porte en connaissance de cause que n'importe qui peut lui être soumis à raison d'un délit déjà commis dans le diocèse, ainsi que le prouve l'Authentique *Qua in Provincia* (Nouvelle 69, 1, sous C. 3.15.2). Mais, à raison d'un délit qui doit être commis, il ne le peut pas. Par exemple, s'il dit : « je t'excommunie si tu as agi dans une autre juridiction » ; ou même s'il dit : « j'excommunie tous ceux qui ont agi ». *Auctoritas* : c'est-à-dire sauf si le pouvoir de contraindre aussi ceux qui ne sont pas ses sujets lui a été spécialement délégué par son supérieur direct⁶¹.

⁶⁰ INNOCENT IV, *In quinque libros decretalium apparatus seu commentaria*, Lyon, 1578, X., I, IV *De consuetudine*, n°6 : *Illud tamen not. quod consuetudo loci ubi contractus celebratus est servari debet... & loci ubi maleficium perpetratur, ut ff. de extraord. cri. l. pen. § sunt quidam* (sic).

Innocent IV, ou Sinibaldo Fieschi, est né à Gênes avant 1200 et a fait ses études à Bologne, en même que Hostiensis. Tous deux ont eu pour maîtres en droit canonique, Jean le Teutonique, Vincent d'Espagne, Jacopo de Albenga et, en droit civil, Azon et Jacopo Balduino, envers lequel il professe une grande considération. Juriste à la Curie dès 1226 et cardinal à partir de 1237, il est élu pape en 1243 et le demeure jusqu'à son décès en 1254. Excellent canoniste, il est surtout connu pour son *Apparatus in quinque libros Decretalium*, publié vers 1245.

⁶¹ INNOCENT IV, *In quinque libros decretalium apparatus seu commentaria*, Lyon, 1578, X., V, XXXIX, 21, V° *Furtum* : *Secus si dixisset : quicumque in dioecesi mea, quia tunc ratione delicti potuit in extraneos sententiam ferre. C. Ubi de criminibus agi oportet, 1 et in Authentica : Qua in provincia. Et tunc si subditus suus fecerit furtum extra dioecesim, non ligatur ; secus si ferat sententiam secundum verba decretalis, indeterminate, quia tunc ubicumque subditus suus furetur, ligatur. Posset tamen dici non male, quia aliud est legem facere, quae etiam ligat non subditos, VIII Distinctione, Quae contra, dummodo talis sit lex qualem jura precipiunt. Distinctione 4, Erit. Unde si aliquis archiepiscopus faceret legem quod quicumque archiepiscopus feret crucem in provincia sua, esset excommunicatus, lex non valeret, quia non est generalis, et quia non comprehendit subditos, quia nullus archiepiscopus habet subditos archiepiscopos, sed extraneos tantum, contra quos non licet facere legem, licet alias legem in subditis factam servare teneantur. Si autem patriarcha esset qui haberet archiepiscopos sugraganeos, ille hanc legem posset bene facere, quasi in subditis. Item aliud est sententiam ferre quae fertur causa cognita, quod quilibet potest ratione delicti jam commissi in dioecesi, ut in Authentica : Qua in provincia. Sed ratione committendi delicti facere non potest, puta :*

Dans cet extrait, Innocent IV rapporte l'interprétation de son prédécesseur Tancrède pour mieux imposer la distinction qui lui est chère, à grands renforts de textes romains. L'idée défendue en est que la loi pénale s'applique à tous ceux qui sont présents sur le territoire, étrangers comme sujets, pour peu qu'elle soit générale et ne se heurte pas aux privilèges, à la différence du précepte pénal (ou de la sentence pénale) qui n'oblige que les seuls sujets. Si un étranger, présent sur le territoire, devait manquer à l'observation d'un tel précepte, alors, il faudrait s'en remettre au droit commun de l'Eglise, si celui-ci a prévu des peines pour la commission d'une telle infraction, et, en aucun cas, à la législation locale⁶².

Si Hostiensis reprend, en grande partie, les éléments de réflexion livrés par son contemporain Innocent IV, c'est toutefois pour donner de la loi pénale une lecture bien différente, qui donne toute sa force au principe de territorialité qui caractérise cette loi. En effet, dans son œuvre-maîtresse *Lectura sive Apparatus super quinque libris Decretalium*, il considère qu'en matière pénale, la loi et le précepte obligent l'étranger *ratione delicti*, quand bien même la loi ne viserait que les étrangers. De même, il répond à l'argument de Tancrède, qui exigeait une mention expresse du caractère territorial du précepte pour que ce dernier puisse obliger les étrangers, en partant du principe que, le précepte ne pouvant viser que le délit commis à l'intérieur du diocèse, le caractère territorial est toujours sous-entendu et qu'il n'est nul besoin d'exprimer une telle restriction :

[Canon *A nobis*] Deuxième partie. « Ceux qui ne sont pas ses sujets » : ils le sont seulement à raison du domicile de leur personne ou de leur délit... Cependant, notre Maître [Jacopo de Albenga] note ici que les non-sujets ne peuvent être obligés pour le délit qui n'a pas encore été commis, mais ils peuvent seulement l'être pour le délit déjà consommé. Voyez le titre *Ubi de criminibus agi oportet* du Code (C. 3.15) et l'Authentique *Qua in Provincia* (Novelle 69, 1, sous C. 3.15.2), laquelle prend plutôt le parti contraire, puisqu'elle ne distingue pas d'où ils sont originaires : pour cette raison même, nous ne devons pas non plus distinguer. De même, [Jacopo] note que, si la sentence est formulée ainsi : « que celui qui, à l'intérieur de notre diocèse, commet un vol soit excommunié », alors, elle oblige le non-sujet qui vole à l'intérieur de ce diocèse, mais elle n'oblige pas le sujet s'il vole en dehors de ce même diocèse. Mais quand elle est ainsi formulée : « quelqu'un commet un vol », comme c'est le cas ici, alors, elle oblige partout le sujet qui a commis un vol à l'intérieur de son diocèse. Cependant, elle n'oblige pas le non-sujet qui vole à l'intérieur du diocèse, selon T[ancrède]. Ce qui n'est pas satisfaisant : en effet, je comprends, à moins qu'elle ne le précise autrement, que la sentence se restreint au diocèse ou au territoire de celui qui l'a prononcé, quant au lieu et, de même, quant aux délinquants, d'où qu'ils soient originaires. Les arguments sont tirés des lois *Praeses provinciae* et *Congruit* du Digeste (D. 1.18.3 et 1.18.13) et de l'Authentique *De collatoribus*, au paragraphe *jubemus* (Novelle 128, 2). Qu'en est-il lors qu'un archevêque excommunique tous ceux qui portent la croix devant eux dans sa province ? Est-ce qu'un archevêque étranger qui porte, dans cette province, la croix doit être excommunié ? Notre Maître dit que non, dans la mesure où un archevêque n'est pas en mesure de prendre une telle loi, parce qu'il n'a pas d'archevêques qui lui soient suffragants. Mais, si un primat prenait une telle loi, alors, elle obligerait, comme le prouve le canon *Quae contra mores* (distinction VIII, canon 2). Toutefois, qu'un archevêque puisse prendre ce genre de loi, l'on trouve un argument convaincant en ce sens dans ce qu'on lit et l'on note, ci-dessus, dans le canon *Ex tuarum* du titre *De auctoritate et usu palii* du *Liber Extra* (X. I, VIII, 5).⁶³

excommunico te, de aliena jurisdictione, si hoc egeris ; vel etiam si dicat : excommunico omnes qui hoc egerunt. - Autoritas. Id est nisi ex speciali auctoritate Superioris sibi concessum sit, quod etiam non subditi astringantur ejus sententia.

⁶² Sur la doctrine de Innocent IV en matière pénale, voir Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, pp. 304-315.

⁶³ HOSTIENSIS, *Lectura sive Apparatus domini Hostiensis super quinque libris Decretalium*, Paris et Strasbourg, 1512 (t. 2, livres 3-5), X. V, XXXIX, 21, canon *A nobis*, § *Ad quod dicimus : Secunda pars. Non nisi subditi ratione domicilii persone vel delicti.... Tamen Dominus noster* [Jacobus de Albenga] *notat hic quod ratione futuri delicti non potest ligare non subditum, sed ratione preteriti*

Ainsi, faisant appel aussi bien aux textes de droit romain qu'aux textes canoniques pour établir sa doctrine sur les plus solides fondements, Hostiensis révèle l'attachement des décrétalistes à la théorie de la soumission indirecte de l'étranger au regard des lois pénales, théorie que formule, peu de temps après sa *Lectura*, un de ses disciples, Guillaume Durand. Mais l'intransigeance de sa doctrine n'est pas absolue et le cardinal d'Ostie est aussi le premier de tous, canonistes comme civilistes, à envisager de tempérer la rigueur du principe par l'invocation de l'excuse d'ignorance de la loi applicable sur le territoire.

Celui des juristes qui témoigne le plus du travail commun que fournissent, par leurs échanges, les doctrines canoniste et civiliste est, sans nul doute, Bernard de Parme. Dans sa *Glose sur les Décrétales de Grégoire IX*, dont la modération et l'esprit de synthèse lui ont valu d'être tenue pour la Glose ordinaire sur les Décrétales, il témoigne d'une sensibilité marquée envers les thèses soutenues, à la même époque, par des civilistes comme Jacopo dell'Arena et Dino del Mugello⁶⁴. Leur conception en la matière s'articule autour d'une distinction, qui se construit autour de la conformité, ou non, de la loi pénale particulière avec le *jus commune*. Sans doute, cette dernière condition n'était pas complètement absente du souci dont ont fait preuve des canonistes comme Innocent IV d'exempter l'étranger de l'observation des préceptes pénaux ou des sentences générales : en effet, il aurait pu paraître inéquitable d'astreindre le non-sujet à se soumettre aux règles propres à un territoire, qui peuvent s'avérer fort éloignées de celles auxquelles il pouvait

tantum. C. Ubi de criminibus agi oportet ; Authentica Qua in provincia, quae potius facit contra, quia non distinguit unde sint, et ideo nec nos distinguere debemus, Item notat quod si sic dicat : quicumque infra nostram diocesim furtum fecerit sit excommunicatus, tunc ligatur non subditus intra eandem diocesim furans, subditus vero si furetur extra ipsam diocesim non ligatur. Quando vero dicit : quisquis furtum fecerit, ut hic fuit, tunc ligatur subditus ubicunque, sed intra suam diocesim tamen furans, non subditus vero intra eandem diocesim furans non ligatur, secundum T[ancredum]. Quod non placet : semper enim subintelligo, nisi aliud dicatur, quod sententia ad proferentis diocesim sive territorium restringatur quantum ad locum et quantum ad delinquentes ibidem, undecunque sint. Argumentum ff. de officio praesidis, 1. 3 et 1. Congruunt ; Authentica de collatoribus, § Jubemus 3, collatione IX. Quod si archiepiscopus excommunicet omnes ferentes crucem ante se in provincia sua et alius archiepiscopus fert ibi crucem, nunquid est excommunicatus ? Dixit Dominus noster quod non, cum hanc legem facere nequeat, quia non habet suffraganeos archiepiscopos. Si vero patriarcha hanc legem faceret, tunc ligaretur. Argumentum VIII Distinctione, Quae contra mores. Quod autem archiepiscopus hanc legem facere posset est efficax argumentum in eo quod legitur et notatur, Supra, de usu palatii, cap. antepenultimo in fine.

Enrico da Susa ou Henri de Suse, dit « Hostiensis », né à Suse en 1200, est l'un de plus grands noms de la doctrine décrétaliste du XIII^e siècle. Il a étudié à Bologne, en même temps que Sinibaldo Fieschi, futur Innocent IV. Il est envoyé après la parution des *Décrétales de Grégoire IX* à Paris, où il est archidiacre en 1239 et où il enseigne, avant d'aller transmettre son savoir à Oxford entre 1236 et 1243. En 1244, il est élu évêque de Sisteron, avant de devenir archevêque d'Embrun de 1250 à 1261. Proche du pape Innocent IV, il effectue des missions diplomatiques et fait de nombreux séjours à la Curie. En 1262, il devient cardinal-archevêque d'Ostie, ce qui lui vaut son surnom de « Hostiensis ». Il meurt à Lyon au couvent des Dominicains en 1271, après avoir mis sa dernière main à sa *Lectura*. Ses deux œuvres fondamentales sont la *Summa super titulis Decretalium*, publiée entre 1250 et 1253, dont le succès lui vaut le surnom de *Summa Aurea*, et la *Lectura sive apparatus magistri Hostiensis super quinque libros Decretalium*, publiée à Paris et Strasbourg, en 1512, et à Venise en 1581, qui représente la forme la plus achevée de son enseignement. Sur la figure de Hostiensis, voir Kenneth PENNINGTON, « Enrico da Susa, detto l'Ostiense (Hostiensis, Henricus de Segusio o Segusia) », *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 42, Rome, 1993, pp. 758-763.

⁶⁴ Jacopo DELL'ARENA, né à Parme dans la première moitié du XIII^e siècle, et mort en 1296, fit ses études à Padoue, peut-être à partir de 1261, sous la direction de Guido da Suzzara. Il fut lui-même professeur à Sienne, Bologne et Reggio, avant de revenir à Padoue où il présente une série de *Disputationes* relatives aux conflits de lois, qui seront reprises par la suite par Bartole. Outre ces *Disputationes*, il est l'auteur de nombreuses additions à la glose ordinaire d'Accurse, aux neuf premiers livres du Code et au Digeste.

Dino DEL MUGELLO († 1300), ou Dino de Rossoni, est un juriste originaire de Florence, qui fut professeur à Pistoia (1279), Bologne (1284) et, plus tard, à Sienne. Il est surtout connu pour avoir été appelé, en 1297, à Rome par le pape Boniface VIII pour participer à la confection du Sexte et, plus probablement, du titre *De regulis juris*. Célèbre à son époque, et apprécié de ses étudiants, dont Cino da Pistoia et Oldrado da Ponte, il se distingue par l'originalité de sa pensée par rapport à l'héritage accursien. Il est l'auteur, entre autres, de commentaires sur le Digeste et sur le Code, d'un petit traité *De glossis contrariis*, d'un apparat sur le titre *De regulis juris* du Sexte et de traités portant sur diverses matières de droit privé.

raisonnablement s'attendre. Bernard, sans aller jusqu'à invoquer le *jus commune*, tient un raisonnement proche de celui des deux civilistes dans sa glose sur le canon *A nobis*. Comme eux, Bernard reconnaît le caractère territorial de la loi pénale, mais en l'assortissant d'une condition, qui tient à ce que le fait délictueux reproché à l'étranger doit avoir déjà fait l'objet d'une sentence d'excommunication :

[Canon *A nobis*] V^o *Non nisi subditi* : mais il semble qu'il faille prendre le parti contraire, parce que, à raison de la commission d'un délit, l'on devient sujet de la juridiction de l'évêque qui a porté la sentence, comme le prouvent les canons *Placuit* (cause VI, question III, canon 4) et *Ibi causa* (cause III, question VI, canon 1). Par conséquent, à cet endroit, tous sont obligés, dans la mesure où, relativement à la commission du délit, tous sont sujets. Je réponds que, si l'évêque entend de manière générale : « celui qui a commis un vol en n'importe quel lieu », cette règle ne se réfère qu'aux seuls sujets, comme il est dit dans ce texte, puisqu'il n'a aucune juridiction en dehors de son diocèse : de là, cette sentence n'étend pas ses effets au-delà des limites de sa juridiction, comme le prouvent la loi *Extra territorium* du Digeste (D. 2.1.20) et le canon *Novit* du *Liber Extra* (X. I, XXX, 7).

Par là, l'évêque ne vise seulement que les sujets qui ont également commis un délit à l'intérieur de son diocèse, dans la mesure où, de ce fait même, ils sont ses sujets : en effet, à raison de la commission d'un délit, l'on relève de son tribunal, comme le prouvent le canon *Licet ratione delicti* du *Liber Extra* (X. II, II, 20) et les concordances précitées, car le gouverneur de la province exerce son pouvoir sur les étrangers, lorsqu'ils ont commis quelque méfait, comme le prouve la loi *Praeses provinciae* du Digeste (D. 1.18.3), et l'on ne distingue pas d'où ils sont originaires, comme c'est le cas ici.

Mais il semble que, par une telle sentence, ne sont pas obligés ceux qui viennent d'une autre province, quand eux-mêmes ignorent l'existence d'une telle sentence, bien qu'ils commettent en ce lieu quelque délit et qu'ils soient justiciables du tribunal de l'évêque du lieu, de sorte que, pour cette raison même, il pourrait les punir. En effet, la sentence n'oblige pas ceux qui l'ignorent et, principalement, ceux pour qui elle n'a pas été publiée, ainsi que le prouvent les canons *Proposuisti* (distinction LXXXII, canon 2) et *Quod dicitis* (distinction XVI, canon 14) du Décret.

Tu diras qu'ils sont bien excommuniés, parce qu'ils ont commis un fait condamné et que quiconque commet un fait déjà condamné par une sentence d'excommunication est frappé de ladite peine, comme s'il l'était par un canon, comme le veulent les trois premiers canons de la première question de la cause XXXIV du Décret.

Et, à propos du délit commis dans cette province, il faut comprendre « dans son diocèse », et c'est pour cela qu'ils sont excommuniés ; et ils n'en sont point excusés, ceux qui disent qu'ils ignorent la sentence, parce qu'ils se trouvent aussitôt en faute, à partir du moment qu'ils commettent une chose illicite et interdite, et ils peuvent faire l'objet d'une instruction pour cette chose.⁶⁵

⁶⁵ BERNARD DE PARME, *Glose ordinaire sur les Décrétales de Grégoire IX*, livre V, titre XXXIX, canon 21, *A nobis*, vis *Non nisi subditi* (édition du *Corpus juris canonici*, Rome, 1582, disponible en ligne sur le site de la bibliothèque de l'Université de Californie à Los Angeles : <http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html>) :

Sed videtur quod per talem sententiam non sunt ligati alii de alia provincia, cum ipsi ignorent talem sententiam, licet ibi delinquant et efficiantur de foro illius, ut per hoc illos possit punire. Sententia enim non ligat ignorantes et precipue illos quibus publicata non est. 82 Distinctione, Proposuisti ; XVI Distinctione, Quod dicitis. Dicitur quod bene sunt excommunicati, quia incidunt in factum damnatum et quicumque facit factum jam per sententiam excommunicationis damnatum indicatur excommunicatus quasi a canone. Argumentum (Causa) 34, Quaestione 1, c. 1, 2 et 3. Et propter delictum ibi commissum intelliguntur esse a parochia sua et sic excommunicati sunt ; nec excusantur ex eo quod dicunt se ignorasse sententiam, quia ipsi dum rem illicitam et prohibitam faciunt statim sunt in culpa, et potuerunt quaerere de hoc.

Bernard de Parme ou de Botone, né à la fin du XII^e ou au début du XIII^e siècle, a étudié à Bologne, suivant l'enseignement de Tancrede, qu'il reprend souvent, comme c'est le cas ici. Il a lui-même enseigné à Bologne et, toute sa vie, a remanié sa *Glose sur les Décrétales de Grégoire IX*, dont la première version date de 1241 et la dernière de 1263. En 1247, il est chapelain du pape Innocent IV, son collègue à Bologne. Il meurt en 1266.

Sa *Glose* va devenir, au fil du temps, la « Glose Ordinaire » des Décrétales de Grégoire IX. Il n'hésite pas à exprimer sa dette envers ses prédécesseurs et expose toujours les diverses opinions avant de donner sa synthèse par le sigle « Ber. ».

Bernard de Parme – qui part des mêmes prémices que son maître Tancrède – se démarque de l'interprétation émise par Hostiensis, et ce sur deux points qui sont intimement liés dans sa pensée. Le premier tient à ce que la *sententia excommunicationis* prononcée par l'évêque du lieu est assimilée à un canon (*quasi a canone*) et doit, pour cette raison même, produire les mêmes effets. L'explication doit en être trouvée dans la considération que la peine portée par la sentence d'excommunication particulière ne doit pas échapper à la prévisibilité du délinquant étranger. Une sentence locale peut parfaitement, par sa singularité, être inconnue de celui qui n'est pas le sujet naturel du législateur particulier, alors qu'un tel constat ne peut être fait à l'égard d'un canon. Le second consiste, par conséquent, à refuser, pour l'étranger auteur d'un fait *illicitum et prohibitum*, le bénéfice de l'excuse d'ignorance. Ne pouvant être pris par surprise par la sentence, qui s'inscrit dans la lignée d'un précédent, l'étranger ne peut plus alléguer ce facteur d'exemption.

Dès la seconde moitié du XIII^e siècle, un constat s'impose : quelle que soit la théorie avancée par cette succession de canonistes, la soumission de l'étranger à la loi pénale du territoire, envisagée comme l'une des déclinaisons de la soumission indirecte, n'est plus remise en cause. Les discussions se concentrent plutôt sur l'étendue, les conditions et les limites qui sont reconnues à cette soumission de principe. Pour nourrir les réflexions qu'ils développent à partir du canon *A nobis*, les différents auteurs recourent aussi bien aux textes romains chers aux civilistes – ainsi de l'Authentique *Qua in Provincia* (Novelle 69, 1, que l'on retrouve sous C. 3.15.2) et de la loi *Praeses provinciae* (D. 1.18.3) – qu'aux textes de droit canonique : ils sollicitent ainsi, au mieux, les ressources que leur offrent le Décret de Gratien et les Décrétales de Grégoire IX.

De tous les textes de droit canonique que ces auteurs ont pu citer, l'un d'entre eux se singularise par son importance, aux côtés du canon *A nobis*, car il est, à leurs yeux, le texte de référence en matière de soumission de l'étranger *ratione delicti* et, certainement, celui qui en exprime le mieux la justification. Le canon *Placuit* (cause VI, question III, canon 4), qui reproduit le canon 8 du concile de Compiègne de 884, dispose, en effet, de la sorte :

[Canon *Placuit*] L'utilité commune et la pressante nécessité commandent que nul évêque ne s'offusque de ce que son sujet (son paroissien) soit excommunié par un autre évêque pour cause de pillage⁶⁶.

Ainsi, c'est bien l'*utilitas communis* qui justifie que les dispositions de la loi pénale du territoire soient étendues, par dérogation au principe d'exemption, à l'étranger de passage commettrait un délit à l'intérieur des frontières. Cette notion d'origine romaine, qui fut, en son temps, très prisée des Carolingiens et revenue en faveur, par l'intermédiaire de la réforme grégorienne, dans le droit de l'Eglise, consono de manière parfaite, jusqu'à la quasi-synonymie, avec l'*utilitas publica*⁶⁷. L'autorité publique, ecclésiastique comme laïque, peut y trouver matière à justifier ses interventions et à assujettir le ressortissant étranger à la *lex* et au *forum loci delicti*.

⁶⁶ GRATIEN, *Décret*, deuxième partie, cause VI, question III, canon 4 (édition de Friedberg, *op. cit.*, p. 563) : *Placuit [nobis et fidelibus nostris] pro communi utilitate et instante necessitate, ut nullus episcoporum graviter ferat, si ejus parochianum pro depredationis causa alter episcopus excommunicaverit* (canon 8 du concile de Compiègne du 22 février 884 sous Carloman II, *Monumenta Germaniae Historica, Legum sectio*, I, Hanovre, 1835, p. 552).

⁶⁷ Sur la notion d'*utilitas communis*, son évolution et les liens très forts qu'elle entretient avec celle d'*utilitas publica*, voir, entre autres, Jean GAUDEMET, « *Utilitas publica* », *RHD*, n°29, 1951, pp. 465-499 (repris dans *Études de droit romain*, II, Naples, 1979, pp. 161-197) et Corinne LEVELEUX-TEIXEIRA, « *L'utilitas publica* des canonistes, un outil de régulation de l'ordre juridique », *RFHIP*, n°32, 2010/2, pp. 259-276, qui cite HOSTIENSIS, *Lectura sive Apparatus domini Hostiensis super quinque libris Decretalium*, Paris et Strasbourg, 1512 (t. 2, livres 3-5), X. I.V.III, n°6 : *Et sic publica seu communis utilitas praefertur private* (« L'utilité publique, ou commune, doit être préférée à l'utilité privée »).

La définition de la *lex loci delicti* en tant que « loi de sûreté », progressivement affinée par les canonistes, n'a, toutefois, pas atteint son point d'achèvement. En effet, pour prétendre la qualité de « lois de sûreté », la loi pénale, en droit canonique, devrait afficher une rigueur telle dans son application territoriale qu'il ne serait pas loisible au délinquant étranger de pouvoir s'y soustraire. L'étranger ne doit pas pouvoir, du fait de son obligation indirecte, exciper d'un quelconque privilège pour échapper à la loi pénale de droit commun, qui, par définition, est la même pour les sujets comme pour les étrangers. Pourtant, les décrétalistes du XIII^e siècle semblent vouloir prendre en considération l'iniquité qu'il pourrait y avoir à soumettre au même sort le sujet et l'étranger : il y a là, certainement, la marque d'un attachement au principe premier d'exemption. Pour cette raison, certains d'entre eux n'hésitent pas à offrir à ce dernier la possibilité de demander au *judex loci delicti* à bénéficier de l'excuse d'ignorance de la loi particulière applicable.

C'est à Hostiensis qu'il revient, le premier, d'avoir explicitement plaidé en faveur de cette circonstance procédurale, prenant le contrepied de la thèse défendue par Jacopo Balduini, son maître civiliste, qui, sans aller jusqu'à l'excuse, préconisait pour l'étranger une mitigation de la peine⁶⁸. Dans son commentaire sur le canon *A nobis*, et juste après avoir rappelé le principe de la *lex loci delicti*, qu'il entend de manière inconditionnelle, Hostiensis répond à l'opinion de son contemporain Bernard de Parme qui rejetait la prise en compte de l'ignorance éventuelle de la loi applicable⁶⁹. Le cardinal d'Ostie développe, à cette occasion, toute une doctrine sur l'excuse d'ignorance, que peut invoquer l'étranger pour se soustraire à l'application du droit local. Par l'intermédiaire de cette excuse, l'étranger n'est certes pas lavé de sa culpabilité, mais il peut néanmoins échapper à la peine qui est fixée pour les faits dont il s'est rendu coupable. L'excuse a donc un effet absolu :

[Canon *A nobis*] Qu'en est-il s'il ignorait cette sentence ? L'ignorance probable l'en verrait tout excusé, comme le prouve, ci-dessus, le canon *Apostolicae* (X. V, 27, 9). Voir ce que j'ai noté à ce propos dans cette Somme, au paragraphe *Quoniam constitutio* du titre *De constitutionibus* (X. I, II, 13). D'autres disent que même l'ignorant est obligé, parce que, du simple fait d'avoir commis une chose illicite et interdite ou un acte condamné, il est obligé aussitôt, comme le prouvent les quatre premiers canons de la distinction XXX et les trois premiers de la première question de la cause XXXIV du Décret. Et il faut le lui imputer, parce que, pour ses agissements, il ne s'est pas informé de cela, comme le prouve le canon *Non omnis* (distinction XXXVII, canon 16). Cependant, tu diras que le bon juge arbitrera la question en considérant le caractère récent de son entrée sur le territoire ou en considérant le temps qu'il a passé dans le pays : en effet, je ne dirai pas que celui qui est entré depuis peu, même s'il est reconnu coupable, parce qu'il a fait une chose illicite, est obligé de subir sa peine, comme le prouvent, ci-dessus, le canon *Cum* (X. IV, XVIII, 6) et la loi *Si ea* du Code (C. 9.9.22), parce qu'à cette peine, il n'est pas astreint, s'il ne savait pas. Voyez, ci-dessus, dans le présent titre, le canon *Significasti* (X. V, XXXIX, canon 18). Et il ne faut pas le charger au motif qu'il ne s'est pas informé, parce que l'on est bien d'accord sur le fait qu'il n'était pas en mesure de pénétrer les secrets d'un royaume étranger, comme le veut la loi *Mercatores* du Code (C. 4.63.4). Cependant, s'il a séjourné longuement sur le territoire, il faut présumer le contraire, comme le prouvent les lois *Late* (D. 50.16.223) et *Regula* (D. 22.6.9) du Digeste et le canon *Quod dicitis* du Décret (distinction XVI, canon 14). Mais, dans le doute, il semble qu'il doit être cru sur la foi de son serment. Il faut dire ce que nous avons déjà noté plus haut, dans le présent titre, au deuxième paragraphe du canon *Cum desideres* (X. V, XXXIX, 15) et au canon *Si vero aliquis* (X. V, XXXIX, 4) et ce que nous avons déjà noté à

⁶⁸ Sur Jacopo Balduini, voir Guillaume DURAND, *Speculum Judiciale*, livre IV, Ière sous-partie, rubrique *De constitutionibus*, § *Constitutiones*, *infra*, pp. 36-38.

⁶⁹ Sur Bernard de Parme, voir, *supra*, pp. 32-34.

propos d'une question similaire, plus loin, dans le même titre, au canon *In audientia* (X. V, XXXIX, 25)⁷⁰.

A partir du moment où Hostiensis envisage l'hypothèse où l'étranger a pu entrer depuis peu sur territoire et n'a pas eu le temps de s'informer de la teneur de la loi pénale locale, il admet, par là même, qu'il peut bénéficier ou non de la présomption d'ignorance en cas de commission d'une infraction. Les deux questions auxquelles doit alors répondre le *judex loci delicti* portent :

1° sur la détermination, parmi les dispositions pénales, de celles qui sont susceptibles d'être raisonnablement ignorées par l'étranger et de celles qui ne le sont pas ;

2° sur la détermination du délai au terme duquel l'ignorance de la loi applicable ne peut plus se justifier au regard du juge.

En l'occurrence, si l'on suit Hostiensis, le délinquant étranger ne peut se prévaloir de son ignorance que s'il ignorait, de bonne foi, la sentence émise par l'évêque du lieu. Dès lors, la question de la conformité au droit commun se pose nécessairement, car, selon que la sentence se place dans le droit fil du *jus commune* ou qu'elle s'en éloigne, l'ignorance sera appréciée de manière plus ou moins sévère. Le délit qui peut ainsi souffrir la prise en compte de l'excuse d'ignorance doit donc s'avérer suffisamment « particulier » pour échapper à la prévisibilité de l'étranger, qui ne sera pas nécessairement, en entrant sur le territoire, au fait de tous les mœurs et usages qui se pratiquent au lieu où il se trouve. Mais l'argument ne peut pas tenir indéfiniment et il arrive un moment où cette ignorance n'est plus excusable.

C'est donc sur le terrain du caractère vraisemblable ou non de l'ignorance que se déplace alors le débat. Comment fixer la frontière entre ce qui est vraisemblable et ce qui ne l'est pas ? Le système de présomptions qui est préconisé par Hostiensis suppose donc que le juge s'en remette à des critères tels que « le caractère récent de son entrée sur le territoire » ou « le temps qu'il a passé dans le territoire ». « S'il a séjourné longuement sur le territoire, il faut présumer » qu'il a eu le temps de s'informer des lois particulières locales et qu'il ne peut plus bénéficier d'aucune excuse. Enfin, s'il y a doute sur la pertinence du critère, c'est au serment de l'inculpé que le juge doit s'en remettre.

A l'époque où écrit Hostiensis, aux alentours de la moitié du XIII^e siècle, la doctrine de l'ignorance excusable de la loi applicable en matière délictuelle ne fait pas encore l'unanimité au sein de la doctrine romano-canonique. Toutefois, dans la deuxième moitié du siècle, elle s'installe progressivement parmi les canonistes, puis parmi les civilistes. Guillaume Durand, l'élève de Hostiensis, rapporte, dans son *Speculum Judiciale*, rédigé entre 1271 et 1276, les différentes opinions en la matière, qu'elles soient favorables ou hostiles à cette excuse d'ignorance. Après avoir

⁷⁰ HOSTIENSIS, *Lectura sive Apparatus domini Hostiensis super quinque libris Decretalium*, Paris et Strasbourg, 1512 (t. 2, livres 3-5), X. V, XXXIX, 21, canon *A nobis*, § *Ad quod dicimus* : *Quod si hanc sententiam ignoraret, redderet ipsum probabilis ignorantia excusatum. Argumentum supra, de clerico excommunicato ministrante, Apostolice. Super quo vide quod notatur in Summa, de constitutionibus, § Quando constitutio. Alii dicunt quod etiam ignorans ligatur, quia facit rem illicitam et prohibitam et incidit in factum damnatum, unde statim ligatur. Argumentum 30 Distinctione, c. 1, 2, 3 et 4; [Causa] 34, Quaestione 1, c. 1, 2 et 3, et est ei imputandum, quia de hoc non quaesivit. Argumentum 37 Distinctione, § finali. Tu tamen dicas quod hoc arbitrat bonus judex ex novitate adventus vel ex mora quam contraxit in terra : nec enim intransit de novo, etsi obligetur ad culpam, quia rem facit illicitam, dicam obligatum ad penam. Argumentum supra, Qui matrimonium accusare possunt, c. fin. ; C. de adulteriis, Si ea, quia ad ipsam non astringitur, nisi sciens. Supra, Eodem, c. Significasti ; nec est ei imputandum si statim non quaesivit, quia nec alieni regni convenit secreta rimari. C. de commertis et mercatoribus, Mercatores. Si vero magnam moram contraxerit, praesumendum est contra ipsum. Argumentum ff, de verborum significatione, Late ; ff. de iuris et facti ignorantia, Regula ; XVI Distinctione, Quod dicitis. Sed in dubio videtur quod ipsius juramento credendum sit. Quod dic ut notatur, supra, eodem (titulo), Cum desideres § 2. et cap. Si vero aliquis. Et de simili materia notatur, infra, eodem (titulo), In audientia.*

Cet extrait prend place immédiatement après celui qui figure, *supra*, aux pages 31-32 (et à la note 63).

distingué entre obligation directe et obligation indirecte de l'étranger, il évoque le cas du Biterrois qui passe un contrat avec un Narbonnais dans la ville de Narbonne et poursuit en ces termes :

Et si le Biterrois allègue l'ignorance, face à laquelle le décret ne peut rien imposer, ainsi que le prouvent le canon *Cognoscentes* du *Liber Extra* (X. I, II, 2) et la loi *Municipii* du Digeste (D. 50.9.6), et qui est présumée, sauf si l'on arrive à prouver le contraire comme l'attestent la loi *Verius* du Digeste (D. 22.3.31) et les dernières lois du titre *De episcopali audientia* du Code (C. 1.4), on lui répondra qu'il ne doit pas être ignorant de la qualité de celui avec lequel il contracte, ainsi que l'établit la loi *Qui cum alio* du Digeste (D. 50.17.19.pr.). Mais il pourra très certainement répliquer au moyen de la loi *Utilitatem* du Digeste (D. 14.1.1.pr.). De même, en cette matière, fait autorité la loi *Si lex municipii* du Code (C. 8.48.1), mais, ici, il est question de juridiction volontaire, par laquelle sont établis d'autres droits, plutôt que de juridiction contentieuse, comme le prouve la loi *Praeses apud se* (D. 1.8.2) : dès lors, ce qui a été dit précédemment est des plus vrais, selon le droit strict, ainsi que le veut le canon *A nobis* du *Liber Extra* (X. V, XXXIX, 21). Le gouverneur de la province, en effet, ne peut rien statuer à propos des non-sujets, comme le prouve la loi *Periniquum* du Code (C. 3.13.17), et seuls les habitants à demeure sont obligés par la loi de la cité, comme le prouvent les lois *Debitor* (D. 20.1.32) et *Id vestimentum* (D. 15.1.25) et le paragraphe *Testes (sic)* de la loi *Ex facto* du Digeste (D. 28.5.35).

Considère donc l'exemple suivant : une cité prend un statut selon lequel, dorénavant, quiconque exporte du blé, ou quelque autre denrée qui puisse s'exporter, se voit confisquer blé et troupeau : voilà que quelqu'un d'étranger exporte du blé, est-ce qu'il perd la chose et le troupeau ? Il semble que non, comme le prouvent les premières concordances. De même, il l'a fait par ignorance : par conséquent, il ne tombe pas sous le coup de l'édit, comme le démontrent les lois *Ex maleficio* (D. 44.7.4), la loi *Lege Cornelia* du Digeste (D. 48.8.1) et la loi *Cognoscentes* précitée du *Liber Extra*. De même, même s'il a commis un délit, on ne doit pas, pour cette raison, lui confisquer la chose elle-même, qui n'a pas commis de délit, comme l'établit le paragraphe *Oportet* de l'Authentique *De mandatis principum* (Novelle 17, chapitre 1).

Jacopo Balduini décide le contraire, sur la foi des droits étrangers évoqués ci-dessus, car, en matière de délits, l'ignorance ne peut être alléguée, comme le prouve la loi *Lex (sic) Cornelia* (D. 48.8.1). Crasse, en effet, est une telle ignorance, dans la mesure où la promulgation s'est faite publiquement dans toute la cité, comme le prouvent les lois *Regula* et *Nec supina* (D. 22.6.9 et 22.6.6), le canon *Quod dicitis* (distinction XVI, canon 14) et le canon *Ad haec* du *Liber Extra* (X. I, V, 1) et le deuxième paragraphe de la loi *Interdum* du Digeste (D. 39.4.16.2). Cependant, il dit que la peine doit être mitigée, de sorte que, si la peine est double, elle est ramenée au simple ; si elle est simple, alors à la moitié.

Qu'en est-il si l'étranger commet un délit à l'intérieur de la cité ? Est-ce qu'il sera puni selon les statuts de cette cité ? Il semble, selon les prémisses de notre raisonnement, qu'il doit en être ainsi, parce que, en matière de délit, l'on suit le tribunal du lieu où celui-ci a été commis, comme le prouve la loi *Non dubium* du Digeste (D. 37.13.1)

Mais certains auteurs penchent pour la solution contraire, dès lors qu'il est puni conformément au droit romain, comme le prouve le paragraphe *Idem* de la loi *Licet tamen* du Digeste (D. 15.1.3.11) et la loi *Eum qui* du Digeste (D. 12.2.30.pr.). Et si, néanmoins, le juge le punit, il doit lui-même être puni, parce qu'il ne lui appartient pas d'inventer un autre mode de châtement, comme le prouve la loi *Capitalium* du Digeste (D. 48.19. 28).

Qu'en est-il si un étranger porte, en ce lieu, un couteau contre les manières en usage à l'intérieur du ban ? Certains [comme Hostiensis] distinguent ainsi : soit il a passé un certain temps ici, auquel cas il est vraisemblable qu'il ait pu s'informer de la teneur du ban et, dans ce cas, il tombe sous le coup du ban et doit être puni, comme le prouve le canon précité *Quae contra* (Distinction VIII, canon 2) ; soit, au contraire, il n'est pas là depuis suffisamment longtemps pour s'informer et, dans ce cas, il n'est pas tenu, comme le prouve la loi *Municipii* du Digeste (D. 50.9.6). Sur cette matière, voyez qui est

noté par le Pape [Innocent IV], dans le *liber Extra*, au titre *De consuetudine*, à la rubrique correspondante⁷¹.

Si l'avis de Guillaume Durand ne se laisse pas aisément percevoir, il semble néanmoins qu'il soit sensible à la thèse de Hostiensis et qu'il accepte que soit prise en considération l'ignorance alléguée de l'étranger, pourvu que le temps qu'il a passé sur le territoire puisse en justifier la vraisemblance. Hostiensis répond sur ce point aux objections que formulait son propre maître, le civiliste Jacopo Balduini, à propos de l'ignorance, à laquelle il ne trouvait aucune excuse, la qualifiant d'une épithète appelée à passer à la postérité : *ignorantia crassa*. De fait, si aucun auteur ne met plus en doute la double compétence, législative et judiciaire, de l'ordre juridique local, la controverse s'étend sur cette question de l'admissibilité de l'ignorance. Ainsi, dans la première moitié du XIV^e siècle, dans une des additions qu'il apporte à la *Glose ordinaire* de Bernard de Parme, Giovanni d'Andrea ne manque pas de signaler l'existence de la doctrine de l'ignorance excusable, qui s'oppose directement à l'opinion émise par l'auteur de la *Glose ordinaire*, et cite, à cet effet, les termes qui étaient déjà employés par son contemporain Hostiensis, envers lequel lui-même éprouve une profonde admiration. En effet, il semble approuver l'opinion émise par le cardinal d'Ostie sur ce point :

[Canon *A nobis*] V^{is} *Statim in culpa* (« ils se trouvent aussitôt en faute ») : Ce n'est pas le parti qu'il faut suivre, d'après Hostiensis, dans le cas où [les étrangers délinquants] sont obligés relativement à la faute et à la peine. Il induit cela du canon *Cum* (X. IV, XVIII, 6) et de la loi *Si ea* du Code (C. 9.9.22). Par conséquent, il est d'avis qu'il faudra trancher la question en considérant le caractère récent de son entrée sur le territoire ou en considérant le délai qu'il a passé dans le pays et que, dans le doute, il faut s'en remettre à son serment, comme le veut le canon *Si vere* du présent titre, ci-dessus (X. V, XXXIX, 34). Jea[n] And[ré]⁷².

⁷¹ Guillaume DURAND, *Speculum Judiciale*, livre IV, 1^{ère} sous-partie, rubrique *De constitutionibus*, § *Constitutiones* : *Et si Biterensis allegat ignorantiam, quam decretum non ligat, ut ext. de const. c. 2. & ff. de decret. ab ord. fac. l. fi. & quae praesumitur, nisi contra probetur, ff. de proba. verius. C. de epis. aud. fi legib. Respondebitur ei, quod non debet esse ignarus conditionis ejus, cum quo contrahit, ff. de reg. iur. qui cum alio. Sed certe iste poterit replicare per l. ff. de exer. act. l. 1. in princip. Item pro hac parte facit C. de emancipa. l. 1, sed ibi loquitur de voluntaria jurisdictione, in qua alia jura statuuntur, quam in contentiosa, ut de off. praesi. l. 2. unde prius dictum verius est de iuris rigore. ut ext. de senten. excom. A nobis. Praeses, enim nihil statuere potest in non subditos, ut ff. de iuris. om. jud. l. fin. & soli perpetuo habitantes obligantur lege civitatis, argu. ff. de pigno. debitor. ff. de pecu. Id vestimentum. ff. de haere. inst. ex facto §, testes. Pone ergo, quod statutum sit in civitate, ne quis inde extrahat bladum, vel aliud, alioquin extrahens perdat bladum & animal : ecce aliquis forensis extrahit, numquid perdet rem et animal ? Et videtur, quod non, ut in primis concor. Item ignorans fecit, unde non incidit in edictum, ff. de actio. & obliga. ex maleficiis. ff. ad leg. Corne. de sica. l. 1. ext. eo. cognoscentes. Item licet deliquit, non ideo debet ei res auferri, quae non deliquit, in Auth. de manda. princ. §. oportet. Ia. Bal. contra per jura supra inducta. nam in delictis non potest ignorantia praetendi, ff. ad l. Cor. de sic. l. lex Cornelia. Crassa, enim, est talis ignorantia (sic), cum esset per civitatem publice promulgatum, ff. de jur. & fac. ign. regula. & l. nec supina. 16. distin. quod dicitis. ext. de postul. prael. c. 1. ff. de public. & vect. l. fin. §. 2. Dicit tamen, quod debet poena mitigari, ut si poena sit dupli, simplum amittat, si simpli, tunc medietatem. Quid si extraneus in civitate deliquit, nunquid punietur secundum statuta civitatis ipsius ? Et videtur ex praemissis, quod sic, cum sequatur forum illius loci ratione delicti, arg. ff. de bon. pos. ex test. mil. l. 1. Sed quidam contra, ut secundum jus Romanum puniatur, arg. ff. de pecul. licet. §. idem. ff. de jurei. eum, qui. Et si iudex aliter puniat, ipse puniendus est, cui non licet alium puniendi modum invenire, ut ff. de poenis, capitalium. Quid si extraneus ibi portat cultellum contra formam banni ? Dicunt quidam, quod aut ibi moram traxit, ita quod sit verisimile eum posse bannum scire, quo casu in bannum incidit & punitur, ut in praedi. cap. Quae contra, aut non traxit mora, ut scire possit, & tunc non tenetur, ff. de decre. ab or. fac. l. fin. Super hac materia vide, quod not. secundum Papam ext. de consue. super rubrica.*

⁷² Giovanni D'ANDREA, *additio* à BERNARD DE PARME, *Glose ordinaire sur les Décrétales de Grégoire IX*, livre V, titre XXXIX, canon 21, *A nobis*, v^{is} *Non nisi subditi* (édition du *Corpus juris canonici*, Rome, 1582, disponible en ligne sur le site de la bibliothèque de l'Université de Californie à Los Angeles : <http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html>) : V^{is} *Statim in culpa* : *Non sequitur secundum Hostiensem, si obligati sunt ad culpam et ad poenam. Inducit : Qui matrimonium accusare possunt, cap. Finale ; C. de adulteriis, L. Si ea. Dicit ergo hoc arbitrandum ex novitate adventus, vel ex mora quam traxit, in dubio relinquendus iuramento suo, supra, eodem, Si vero 2 [= Si vere]. Ioan. And.*

Malgré les réserves de certains et la diversité des points de vue, l'excuse d'ignorance s'installe progressivement dans la doctrine canoniste et les thèses de Hostiensis semblent faire suffisamment autorité au début du XIV^e siècle pour lever les derniers doutes à ce sujet. Mais cette victoire ne serait pas suffisamment éclatante si elle ne s'était pas accompagnée de l'adhésion manifestée par la doctrine civiliste à la fin du XIII^e siècle. A défaut de pouvoir se fonder sur des textes portant directement sur la question, canonistes comme civilistes ont, en effet, pu trouver, dans ce patrimoine commun que forment les textes canoniques et ceux du Corpus de Justinien, de nombreuses dispositions qui admettaient ou qui repoussaient l'ignorance du droit et ils n'ont pas manqué d'en faire usage par analogie pour alimenter la discussion. Au-delà de ces textes, ceux qui doivent retenir notre attention sont ceux qui soutiennent l'argument selon lequel un séjour prolongé d'un étranger permet de présumer la connaissance de la loi particulière : en droit romain, par exemple, « la faute lourde s'entend de celle qui consiste à ne pas savoir ce que tout le monde sait » (*latae culpa finis est, non intelligere id quod omnes intelligunt*, D. 50.16.223) ou encore « celui à qui il est facile de s'instruire, l'ignorance du droit se fait à son détriment » (*cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia*, D. 22.6.9.3) ; en droit canonique, le canon *Quod dicitis* (distinction XVI, canon 14) qui doute ouvertement que l'on puisse ignorer des règles aussi importantes que les canons du concile de Sardique (Sofia, vers 343) ou les décrétales pontificales⁷³. Cet ensemble de textes, allégués dans un sens ou dans un autre, montre bien la réflexion que les juristes ont menée, de concert, sur l'impérativité de la *lex loci delicti* et sur les tempéraments qu'une application trop stricte et trop rigoureuse rend nécessaires vis-à-vis d'un ressortissant étranger. Cette réflexion rappelle qu'aux XIII^e et XIV^e siècles, la doctrine s'inscrit dans un environnement où les cloisonnements territoriaux et les entités politiques naissantes n'ont pas encore fait disparaître la conscience d'une identité commune, celle, précisément, que se charge de préserver le *jus commune*. Dans cet environnement défini par la profusion des échelons de pouvoir et de juridictions et par la multiplicité des *jura propria*, il semble naturel de prendre en considération la difficulté matérielle, même relative, que peut éprouver un étranger à s'informer de la législation applicable. Ainsi, dans un domaine particulièrement marqué par la dimension publiciste, comme le droit pénal, les intérêts des personnes privées ne sont pas absents des réflexions des auteurs de droit savant : grevée de l'excuse d'ignorance, la *lex loci delicti* n'a, par conséquent, pas totalement achevé sa mue vers la « loi de sûreté ».

Le raisonnement des canonistes en matière criminelle au sujet des étrangers est, à l'excuse d'ignorance près, exactement celui que les canonistes ont tenu, à partir du Décret de Gratien, au sujet de l'obligation faite aux exempts de se soumettre à certaines lois particulières du lieu, notamment celles relatives au droit pénal. Si l'on suit, à leur sujet, le raisonnement par analogie tenu par Willy Onclin, il est tentant de voir dans ces dispositions la préfiguration des lois d'application territoriale⁷⁴. Si les canonistes médiévaux prennent bien soin à ne pas confondre la condition de l'exempt et celle de l'étranger, il n'en demeure pas moins que l'étranger bénéficie d'un privilège d'exemption très général quoique assorti de multiples dérogations. En théorie, un tel privilège soustrait le bénéficiaire à l'empire de la juridiction et des lois locales. Tout comme la condition juridique de l'étranger, le privilège de l'exemption – qui, en théorie, soustrait le

⁷³ Sur cette question de l'ignorance du droit, telle qu'est abordée par les textes canoniques et romains, voir les différents textes énumérés par Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, pp. 313-314.

⁷⁴ Willy ONCLIN, « La contribution du Décret de Gratien », *op. cit.*, pp. 144-150, spéc. pp. 144-147 (sur la définition, en droit international privé et en droit canonique, jusque dans le code de 1917, de ces lois dites « d'ordre public »).

bénéficiaire à l'empire de la juridiction et des lois locales – est encadré par la législation canonique : en effet, la question de la soumission à certaines lois diocésaines, par voie d'exception, se pose tout autant pour l'étranger que pour l'exempt.

C'est à la *Glose ordinaire sur le Décret* de Jean le Teutonique et de Barthélémy de Brescia qu'il appartient de s'être posé la question de savoir si les exempts pouvaient être déliés de l'observation des lois pénales particulières du territoire sur lesquels ils se trouvent. Ainsi, dans son commentaire sur le canon *Placuit* (cause VI, question III, canon 4), Barthélémy de Brescia soulève, de lui-même, la question : « Mais l'évêque ne peut-il pas punir les exempts qui commettent un délit à l'intérieur de son diocèse ? ». C'est alors qu'il expose les arguments *pro et contra*.

Les textes du Décret n'apportent pas directement de réponse à cette question. Néanmoins, leurs commentateurs ne se font pas faute de les invoquer dans un sens ou dans un autre, selon qu'il s'agit pour eux de justifier la soumission de l'exempt aux lois pénales du territoire ou, au contraire, de l'en exonérer. A ce titre, force est de constater que les textes allégués pour soutenir la thèse de l'obligation de l'exempt à l'égard de ces lois pénales ne manquent pas et que ce sont souvent les mêmes que les auteurs mettaient en avant pour argumenter en faveur de l'obligation *ratione delicti* de l'étranger. Parmi ces textes, l'on retrouve ainsi les canons *Illud* (distinction XII, canon 4) et *Ibi causa* (cause III, question VI, canon 1) que Barthélémy de Brescia invoquait déjà pour souligner cette obligation. Dans sa glose au canon *Placuit*, le décrétiste fait référence aux diverses opinions qui se confrontent en cette matière :

[Canon *Placuit*] Cas : il fut décidé en concile [Concile de Compiègne de 884] qu'aucun évêque n'aurait matière à se plaindre si l'un de ses paroissiens était excommunié par un autre évêque en raison du pillage qu'il aurait commis à l'intérieur du diocèse de ce dernier.

V^o *Parochianum* : Mais l'évêque ne peut-il pas punir les exempts qui commettent un délit à l'intérieur de son diocèse ? Il semble qu'il en aille ainsi, si l'on suit les canons *Illud* (distinction XII, canon 4) et *Ibi causa* (cause III, question VI, canon 1), ainsi que les canons *Ad abolendam* du *Liber Extra* (X. V, VII, 9), *in fine*, où il est dit que le privilège n'est d'aucune utilité, et la fin du canon *Tuarum* du *Liber Extra* (X. V, XXXIII, 11). De même, il peut suppléer la négligence de ses pairs, comme le prouvent les canons *Sicut* (X. I, X, 2) et *Patentibus* (X. V, XXXIII, 10) du *Liber Extra*. De même, parce que, à raison du délit commis, le privilège se perd, comme le prouve le canon *Privilegium* (cause XI, question III, canon 63). De même, parce que la condition d'accusé exclut tout honneur, comme le veut la loi *Quicumque* du Code (C. 3.24.1). De même parce que celui qui commet un délit dans une province se soumet au droit de celle-ci : aucun privilège ne pourra lui tenir lieu d'excuse, ainsi que le veulent le titre *Ubi de criminibus agi oporteat* du Code (C. III, 15) et l'Authentique *Qua in Provincia* (Nouvelle 69, 1, sous C. 3.15.2). En effet, l'autorité des hommes frappés de déshonneur ne se grandit par la simple concession de privilège, comme le veulent la loi *Hac lege* du Code (C. 12.29.2) et le paragraphe *Si delinquentes inveneris* de l'Authentique *De mandatis principum* (Nouvelle 17, chapitre 4, *in fine* et 5, *in principio*), où il est dit : « Ne permets pas aux gens malfaisants de s'en remettre à quelque privilège que ce soit ».

A l'inverse, l'on prouve qu'ils ne peuvent être punis, comme le montrent les canons *Sane* (X. V, XXXIII, 9) et *Cum capella* du *Liber Extra* (X. V, XXXIII, 16) et *Frater noster* du Décret (cause XVI, Question I, canon 52), et il est dit expressément dans le canon *Sicut* du *Liber Extra* (X. I, X, 2) : en effet, si de telles personnes peuvent être punies de la même manière que les autres, leur privilège leur est inutile. De même, le proconsul ne peut s'ingérer dans les affaires touchant le fisc, de même que l'évêque ne peut s'ingérer dans les affaires qui sont considérées, d'une manière ou d'une autre, comme touchant le fisc par voie de privilège, ainsi qu'on le lit dans le paragraphe *Aedes sacras* de la loi *Si in aliam* du Digeste (D. 1.16.7.1).

Solution : certains disent que, en matière de délit occulte, les exempts ne peuvent être punis que par le seul Pontife Romain ; mais que, pour le délit notoire, ils peuvent être punis par l'évêque, à cause de ce qu'on lit au canon *Tuarum* du *Liber Extra* (X. V, XXXIII, 11). Tu diras de manière plus juste

que, si le privilégié commet un délit en ce qui concerne une matière qui n'est pas exempte, comme la matière contractuelle ou la matière délictuelle, en tuant un homme ou en commettant l'adultère avec une femme, un tel délit, l'évêque du lieu peut le punir, parce que, quand bien même la personne est exempte, la chose qui est l'objet du délit n'est, elle, pas exempte. Mais s'il commet un délit au sujet d'une matière qui est exempte, par exemple en gérant mal son office, ou en aliénant le patrimoine de son église : en ce qui concerne ces questions, il revient seulement au Pape de les punir. Donc quand l'acte commis par un exempt porte préjudice à un non exempt, l'évêque du lieu, à bon droit, punit le délinquant, pour tous les actes par lesquels le délinquant est rattaché à sa juridiction : il en va autrement s'il ne porte pas préjudice à autrui et l'on prouve ceci par le canon *Cum capella* du *Liber Extra* (X. V, XXXIII, 16). Et l'on dit que, puisque le délit des exempts est public, il peut être puni par l'évêque, comme il a été dit précédemment, et ainsi qu'il est dit dans les canons *Patentibus* (X. V, XXXIII, 10) et *Tuarum* (X. V, XXXIII, 11) du *Liber Extra*.⁷⁵

Dans sa démonstration, Barthélémy respecte parfaitement les canons de la dialectique. Après avoir évoqué, dans un premier temps, les textes de droit canonique (comme les canons *Illud* et *Ibi causa*) et de droit romain (comme l'Authentique *Qua in provincia*) qui imposent de manière inconditionnelle la soumission de tous ceux qui sont présents sur le territoire aux lois pénales, Barthélémy se réfère à tous les textes qui nient qu'un privilège puisse servir d'excuse pour échapper à l'empire de la juridiction locale et, par là même, de la loi locale, qui, en cette matière, se veut d'application impérative⁷⁶. Dans un second temps, il justifie l'intérêt qu'il y a à prendre le parti contraire, en s'appuyant sur toutes les *auctoritates* qu'un exempt peut invoquer en faveur de son exemption vis-à-vis des lois locales. Entre autres, l'une des objections soulevées contre l'application de la loi locale est que cela pourrait porter atteinte au privilège lui-même, qui, s'il était frappé d'inefficacité pour les faits commis sur le territoire, se trouverait dépourvu de son utilité pratique. Enfin, dans sa *solutio*, il parachève sa démonstration en deux temps. Tout d'abord, Barthélémy rappelle que d'autres, avant lui, s'étaient exprimés sur la question. *Quidam dicunt...* : c'est ainsi qu'il renvoie à la thèse que défend, à la même époque, le décrétaliste Goffredo da Trani, dans sa *Summa super titulis Decretalium*, composée entre 1240 et 1244, et qui prend appui sur la distinction entre les délits occultes, qui relèvent du seul Saint Pontife, et les délits notoires, qui tombent dans le chef de

⁷⁵ Jean LE TEUTONIQUE (et Barthélémy DE BRESCIA), *Glose ordinaire sur le Décret*, cause VI, question 3, canon 4, *casus* et v^o *Parochianum* (édition du *Corpus juris canonici*, Rome, 1582, disponible en ligne sur le site de la bibliothèque de l'Université de Californie à Los Angeles : <http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html>) Casus : *Statutum fuit in concilio ut nullus episcopus doleat, si ejus parochianus excommunicetur ab alio episcopo propter praedam quam fecit in suo episcopatum.*

v^o *Parochianum* : *Sed nonne episcopus potest punire exemptos, qui delinquant in sua dioecesi ? Videtur quod sic per c. illud & s. 3. Q. 6 c. 1 & extra de haeret. ad abolendam. in fi. Ubi dicitur, quod nullum privilegium juvat, et extra de privi. Tuarum in fn. Item negligentiam talium potest supplere, ut extra de suppl. negli. prael. sicut extra de privil. patentibus. Item quia ratione delicti perditur privilegium 11. Quaest. 3. Privilegium. Item quia reatus omnem honorem excludit, ut C. ubi se. vel cla. l. 1. Item qua in provincia quis deliquit, illic juri subiaceat : nullo se excusaturus privilegio. C. de ubi de crimine agi oporteat. Auth. Qua in provincia. Non enim praetextu privilegii concessi, flagitiorum crescit auctoritas, ut C. de privi. schol. L. 2 li. 12 ad idem Auth de manda. princ. § quod si delinquentes inveneris. coll. 3 ubi dicitur : non permittas nocentes aliquibus uti privilegiis. Econtra probatur, quod non possunt puniri, ut extra de privil. sane & c. cum capella. 16. q. 1 frater noster et expresse dicitur extra de sup. negli. praela. sicut. si enim tales possunt puniri sicut et alii, inutile esset eorum privilegium. Item proconsul non potest se intromittere de causis fiscalibus ; sic nec episcopi de istis, qui quodammodo fiscales facti sunt per privilegium. ff. de offi. Proconsul. Si in aliqua (sic) § 1.*

Solu. Quidam dicunt, quod pro occulto delicto a solo Romano pontifice possunt puniri : sed pro notorio possunt puniri ab episcopo, per id, quod legitur extra de privi. tuarum. Melius dicas, quod si privilegiatus delinquit circa rem non exemptam, ut in contractu, vel in maleficio, occidendo hominem, vel adulterando cum aliqua, tale delictum potest punire episcopus loci : quia et si sit persona exempta : tamen res in quam delinquitur, non est exempta. Si vero deliquit (sic) circa rem exemptam, puta male gerendo in officio suo, vel alienando res ecclesiae suae : in his a solo Papa punitur. Ubi ergo factum exempti praejudicium affert non exemptis, bene episcopus loci punit in his in quibus delinquens contingit suam jurisdictionem : secus si non afferat alicui praejudicium. & haec dict. probatur extra de privil. cum capella. Et dicit, quod cum delictum eorum publicum est, potest puniri ab episcopo, ut supra dictum est, & ut dicit decr. patentibus. & c. tuarum extra de privi.

⁷⁶ Sur les textes de droit canonique qui défendent la thèse de l'exemption totale vis-à-vis des lois particulières du territoire, voir Willy ONCLIN, « La contribution du Décret de Gratien », *op. cit.*, pp. 148-149.

compétence de l'évêque du lieu, le privilège cessant, en ce cas, de mettre la personne de l'exempt hors de la portée de la juridiction épiscopale⁷⁷. Le glossateur, lui, préfère mettre en avant une distinction *ratione materiae*, selon que la faute commise par l'exempt est relative à une matière qui justifie l'exemption et est couverte par elle ou à une matière qui, ne fondant pas l'exemption, n'est pas couverte par elle, comme le sont les contrats ou les délits, traditionnellement soumis, en droit canon, à la juridiction du lieu (de conclusion ou de commission). Dans ce dernier cas, comme le souligne lui-même Barthélémy, si la personne en cause est bien exempte, l'acte délictueux qu'elle a commis ne l'est pas, ouvrant la voie à l'application de la *lex loci delicti*. En l'occurrence, ce double chef de compétence, législative et juridictionnelle, se justifie « quand l'acte commis par un exempt porte préjudice à un non exempt » (*Ubi factum exempti praejudicium affert non exemptis*). C'est bien suggérer que l'ordre public du territoire est à la charge de la juridiction et de la loi locales et que la compétence de la « loi de sûreté » ne se discute pas, ou presque, y compris dans le cas où les prévenus sont des personnes bénéficiaires d'un privilège.

B. La décrétale *Ut animarum* (1298) : la consécration de la soumission de l'étranger *ratione delicti* et de l'excuse d'ignorance.

Les controverses et les incertitudes soulevées à l'occasion de l'étude, par la doctrine canonique du XIII^e siècle, de la territorialité des lois pénales et de l'excuse d'ignorance qui peut être invoquée pour en tempérer la rigueur, ont été résolues par la décrétale *Ut animarum*, promulguée par Boniface VIII en 1298 et insérée par celui-ci dans le Sexte, au livre premier, titre 2, *De constitutionibus*, au canon 2 :

[Canon *Ut Animarum*] Afin qu'il soit porté remède aux dangers que courent les âmes, nous ne voulons pas que ceux qui demeurent dans l'ignorance soient tenus par les sentences portées par les statuts des ordinaires, à moins que leur ignorance ne soit crasse ou due à la négligence. La sentence d'excommunication prise par un statut de l'évêque qui s'adresse à quiconque s'est rendu coupable de vol ne nuit aucunement à ses sujets lorsque ceux-ci commettent un vol en dehors de son diocèse, dans la mesure où « à qui dit le droit en dehors de son territoire, l'on désobéit sans encourir de peine ».⁷⁸

Si la deuxième partie de la décrétale traite de la question de la responsabilité délictuelle qu'encourent les sujets qui commettent un délit en dehors du territoire, la première consacre la doctrine de Hostiensis sur l'excuse d'ignorance et, par là même, confirme, par un raisonnement *a contrario*, la règle de conflit qui donne à la *lex loci delicti* compétence pour déterminer la loi applicable aux délits. En mettant aussi directement en avant les dérogations au principe, la décrétale semble –

⁷⁷ Goffredo DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium*, Lyon, 1519 (réimpression anastatique, Aalen, 1968), livre 5, titre XXXIII, n°10 : le privilège ne prévaut plus en cas de commission d'un délit notoire, « car, alors, le soutien du droit commun vient à faire défaut » (*Nam cessat auxilium juris communis*).

Goffredo da Trani (Geoffroi de Trani), élève du grand civiliste Azon, est devenu lui-même professeur de droit civil à Naples, avant d'enseigner le droit canonique à Bologne, où il aura le futur Innocent IV parmi ses élèves. En 1240, il devient auditeur à la Rote romaine. En 1244, il est fait cardinal par son élève, avant de mourir en 1245. Il est l'un des premiers à avoir commenté les Décrétales de Grégoire IX. Voir Martin BERTRAM, « Goffredo (da Trani) », *Dizionario Biografico degli Italiani*, volume 57, 2001.

⁷⁸ BONIFACE VIII, *Liber Sextus*, livre 1^{er}, titre II, canon 2 : *Ut animarum periculis obvietur, sententiis per statuta quorumcunque ordinariorum prolati ligari nolumus ignorantes : dum tamen eorum ignorantia crassa non fuerit nec supina. Statuto episcopi quo in omnes qui furtum commiserint excommunicationis sententia promulgatur, subditi ejus furtum extra ipsius dioecesim committentes minime ligari noscuntur, cum extra territorium dicenti non pareatur impune* (tiré de : *Liber sextus decretalium D. Bonifacii Papae VIII. ; Clementis Papae V. constitutiones ; Extravagantes tum viginti D. Ioannis Papae XXII. tum communes*, Lyon, 1584, t. 1, coll. 13-14).

tacitement – approuver ce dernier, qui peut, il est vrai, se réclamer du soutien infailible que lui apporte la tradition doctrinale depuis Huguccio.

Toutefois, les termes de la décrétale sont suffisamment généraux et vagues pour appeler une exégèse en bonne et due forme de la part des canonistes. Il apparaît, d’abord, que la décrétale ne vise, à proprement parler, que les seules *sententiae per statuta prolatae* émanant de l’évêque du lieu, contribuant ainsi à les rapprocher des « statuts » tels que les entend le droit civil de l’époque, et que ce type de sentence peut très bien comprendre les sentences d’excommunication. L’accent mis sur ceux-ci conduit à ranger la décrétale *Ut animarum* parmi les dispositions à caractère pénal, en dépit de la généralité de la formulation de la première phrase. Les « dangers que courent les âmes » qu’évoque, dès ses premiers mots, le canon en guise de motif s’entendent des délits qui peuvent entraîner des peines canoniques comme l’excommunication. L’ignorance n’est donc, en l’espèce, qu’une considération de fait dont l’incidence est laissée à l’appréciation du juge pour décider s’il applique la peine ou non au prévenu. *A contrario*, il serait difficile de voir dans la méconnaissance des dispositions propres aux contrats ou aux actions réelles un « danger » pour les âmes. Ensuite, le texte légal ne précise nullement qu’il entend, effectivement, se restreindre aux seuls étrangers, puisqu’elle ne porte son attention, expressément, que sur les *ignorantes*. S’il est donc permis au juge de retenir ou de rejeter l’excuse d’ignorance suivant les circonstances de la cause, il est également logique de croire que, dans les faits, cette excuse n’est admise que dans les seules situations où des ressortissants étrangers sont parties prenantes.

Depuis Hostiensis, la doctrine canonique avait plaidé pour que soit prise en compte l’ignorance où resterait l’étranger à l’égard de la loi pénale du territoire, à condition – selon Guillaume Durand – que cette ignorance ne soit jugée ni *crassa*, ni *supina*. Les termes mêmes, qui sont repris et consacrés par *Ut animarum*, sont dérivés du droit romain, puisqu’ils figurent à la loi *Nec supina* (D. 22.6.6), et leur tradition en doctrine semble remonter à l’œuvre du civiliste Jacopo Balduini, maître de Guillaume Durand, dont celui-ci invoque, précisément, l’autorité sur cette question. Peu de temps avant la décrétale *Ut animarum* de 1298, l’Orléanais Jacques de Révigny soutient la même position dans son commentaire sur les *Institutes*. C’est à Guido da Baiso, plus connu sous le surnom de « l’Archidiacre », qu’il appartient, au tout début du XIV^e siècle, juste après la promulgation du Sexte, de livrer une définition des épithètes *supina* et *crassa* qu’emploie le canon pour distinguer l’ignorance excusable de l’ignorance inexcusable :

[Canon *Ut Animarum*] L’on qualifie l’ignorance crasse ou négligente, lorsque quelqu’un ignore ce qui est de notoriété publique à l’intérieur de la cité. Mais l’ignorance probable est un facteur d’excuse... Mais l’ignorance qui tient de la faute même nuit⁷⁹.

Cette confluence entre doctrine canonique et doctrine civiliste témoigne des échanges permanents que les docteurs et professeurs de droit savant pratiquent pour enrichir et nourrir leurs réflexions sur le conflit de lois. Le canon *Ut animarum*, en conférant une valeur officielle à une thèse défendue par les canonistes, qui, eux-mêmes, la tiennent d’un civiliste, et en alléguant, à la toute fin de son texte, la loi romaine *Extra territorium* (D. 2.1.20), en est sans doute l’un des plus parfaits exemples⁸⁰.

⁷⁹ Guido DA BAISSO (Guy de Baysio), *Archidiaconi super Sexto Decretalium uberrima commentaria*, Lyon, 1547, livre I, titre II, *De constitutionibus*, canon 2 (*Ut animarum*), v^o *ignorantes*: *Illa dicitur ignorantia crassa et supina, quando aliquis ignorat id quod publice factum est in civitate ... Ignorantia vero probabilis excusat ... Illa vero ignorantia quae est ex culpa nocet.*

⁸⁰ La loi *Extra territorium* (D. 2.1.20) a connu un destin singulier, à partir de la décrétale *Ut animarum* de 1298. Le juriconsulte Paul, au premier livre de son commentaire sur l’Edit, repris ainsi dans le Digeste dans le titre *De*

Lorsqu'il entreprend de commenter le Sexte dans son *Apparatus glosorum in Sextum*, qui va devenir la Glose ordinaire sur ce recueil de décrétales, Giovanni d'Andrea, qui domine la science canonique lors de la première moitié du XIV^e siècle, doit interpréter le canon *Ut animarum* à la lumière de la doctrine qui l'a précédée. Il s'efforce donc logiquement de concilier le texte pontifical avec la théorie de l'ignorance excusable, dont il se réclame dans le droit fil de ses prédécesseurs, comme Hostiensis qu'il suit fidèlement. Son opinion s'exprime ainsi dans la glose qu'il consacre aux canons *Ut animarum* (VI. I, II, 2) et *Romana* (VI. V, XI, 5) dans son *Apparatus glosorum in Sextum* et dans le commentaire qu'il donne du canon *A nobis* dans ses *Novella Commentaria in decretalis Gregorii nonii* :

[Canon *Romana*] v^o *Sententiae*. Le canon qu'édicte l'archevêque dans le cadre du concile provincial oblige les sujets de toute la province, comme le prouve le canon *Decernimus* (distinction XVIII, canon 17). Sur cela, voir les canons *Grave* (X. III, V, 29) et *Sicut olim* (X. V, I, 25). De plus, la sentence portée par l'archevêque – par exemple, « que quiconque a commis un vol soit excommunié » – ne s'applique pas aux sujets de toute la province, mais seulement aux sujets de son diocèse, et, sur ce type de sentence, l'on décide ainsi : que, de même, elle n'oblige pas ses sujets, lorsqu'ils en ignorent les dispositions selon toute vraisemblance, comme il l'est prouvé, ci-dessus, par le canon *Ut animarum* (VI. I, II, 2). Cependant, je suis d'avis que les délinquants dans le diocèse de l'archevêque sont obligés, en toute connaissance de cause, par cette sentence : parce qu'ils sont déjà devenus ses sujets par le seul fait de la commission du délit, ainsi que le rappellent les canons *Licet ratione* (X. II, II, 20) et *De illis* (X. V, XVII, 1) du *Liber Extra*. De plus, la raison de ce qui vient d'être dit tient à ce que, comme en l'espèce, il ne peut lier le sujet de son suffragant : s'il ne le peut pas d'une manière générale, il ne peut le faire de manière particulière, comme le prouve le titre *De rescriptis* du *Liber Extra* (X. I, III).

V^o *Subjectos*. Et cela se vérifie précisément à chaque fois qu'ils commettent un délit dans son diocèse, comme le prouve le commentaire que j'ai fait, ci-dessus, du canon *Ut animarum* (X. I, II, 2)⁸¹.

jurisdictione, n'a pas entendu signifier autre chose que le magistrat perdait son autorité judiciaire dès lors qu'il se trouvait en dehors du ressort territorial assigné à son pouvoir : cette autorité ne pouvait donc s'exercer que dans les limites de son ressort. Ce n'est pas l'interprétation que la doctrine médiévale, canoniste et civiliste, a voulu retenir. Dans son commentaire sur le canon *Ut animarum*, v^o *furtum*, qui figure dans ses *Novella commentaria in Sextum* (livre I, titre II, canon 2, édition de Venise, 1612), Giovanni d'Andrea, prolongeant en cela Hostiensis et les civilistes, a transposé la règle du domaine judiciaire au domaine législatif : « Pour ainsi dire, le juge ne pourrait pas les étendre [= les statuts prohibitifs qui ne sont pas fondés sur le droit divin ou sur le droit commun] en dehors du territoire, comme lorsqu'il interdit que soit consommée de la viande le mercredi, ou d'autres exemples semblables » (*Quasi iudex non possit talia [jure divino vel communi non prohibentes statuta] extendere extra territorium, ut si prohibeat carnes quarta feria comedi, aut similia*). C'est donc bien le pouvoir législatif qu'il a en vue, et non plus le seul pouvoir judiciaire. S'exprimant, dans ses *Archidiaconi super Sexto Decretalium commentaria*, livre I, titre II, canon 2, in fine (édition de Lyon, 1547), sur le canon *Ut animarum*, Guido da Baiso, l'Archidiacre, va plus loin encore dans le détournement du sens originel du texte, puisque lui considère que ce n'est pas le juge qui est *extra territorium*, mais son sujet : « Que l'on désobéisse impunément, ce qui veut dire que, si quelqu'un se trouve en dehors de la juridiction de son juge, il n'est pas tenu d'obéir à ce que son juge ordinaire a ordonné » (*Non pareatur impune, hoc vult dicere, si ab eo qui est extra jurisdictionem sui iudicis non pareatur ei quod statuit ipse iudex ordinarius*). L'intention de l'Archidiacre est claire : tout comme la décrétale, il veut voir, dans le texte du Digeste, un argument en faveur de l'absence d'obligation du ressortissant local qui se trouve en dehors de son territoire envers les décisions de son juge ordinaire.

Ce n'est que plus tard que les juristes les plus attachés à la territorialité de la loi locale se rattacheront à la loi *Extra territorium* pour fonder l'exclusivisme d'un pouvoir législatif qui prétend être souverain à l'intérieur des limites de son territoire : une interprétation qui, là encore, est très éloignée de celle que réclamait le texte originel. Sur cette question, voir Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité », *op. cit.*, spéc. pp. 330-331 ; Eugenio PACELLI, *La personnalité et la territorialité des lois particulièrement dans le droit canon, étude historique-juridique*, Rome, 1945 (editio princeps en italien : Rome, 1912) et Albert EHRENZWEIG, « The Lex Fori, basic Rule in the Conflict of Laws », *Michigan Law Review*, n^o 5, mars 1960 (n^o 58), pp. 637-688, spéc. p. 652.

⁸¹ Giovanni D'ANDREA, glose sur le canon *Romana*, *Liber Sextus*, livre V, titre XI, canon 5 : V^o *Sententiae* : *canon quem facit archiepiscopus in concilio provinciali. Iste ligat subditos totius provinciae. 18. dist. c. ult. ad hoc in an. de praeben. grave. de accus. sicut olim. Sententia autem lata in archiepiscopo : puta, quicumque furtum fecerit sit excommunicatus : ista non comprehendit subditos totius provinciae, sed solius dioecesis suae et de hac loquitur hic : nec etiam ipsi subditi probabiliter ignorantes ligantur, ut supra eo lib. de constit.*

Dans cette glose sur le canon *Romana* du Sixte, qui date du tout début du XIV^e siècle, Giovanni d'Andrea transpose ainsi l'enseignement de Hostiensis à l'interprétation de la décrétale *Ut animarum*, en rappelant que, en raison de la commission d'un délit du territoire, l'étranger devient le sujet de l'ordinaire du lieu et, par conséquent, est soumis à sa juridiction, ainsi qu'à la législation qui y a cours. Il précise également que la sentence de l'ordinaire « n'oblige pas ses sujets, lorsqu'ils en ignorent les dispositions selon toute vraisemblance, comme il l'est prouvé, ci-dessus, par le canon *Ut animarum* (VI. I, II, 2) ». Dans ses *Novella commentaria in decretalis Gregorii nonii*, rédigés, plus tard, à la fin des années 1320, le parti-pris en faveur de Hostiensis est encore plus explicite, puisque, lorsqu'il aborde le canon *A nobis*, il se contente, pour réfuter les thèses d'Innocent IV, d'approuver le cardinal d'Ostie et de renvoyer à l'œuvre de celui-ci⁸².

[Canon *A nobis*] L'excommunication générale n'oblige que les sujets de celui qui la prononce.

V^o *Auctoritas* : à moins que, en vertu de l'autorité spéciale de son supérieur, ne lui ait été concédée l'autorité qui permette à sa sentence de s'imposer aussi aux non-sujets. Innocent (IV), qui soutenait également cette même idée à juste titre, a distingué entre le statut, qui oblige les sujets et les non-sujets, et la loi particulière, qui ne peut obliger que les non-sujets, et il a pris l'exemple de l'archevêque qui excommunie tous ceux qui portent devant eux la croix à l'intérieur de sa province. En effet, une telle loi ne vaudrait pas, selon lui, dans la mesure où aucun archevêque ne peut être tenu pour son sujet et, de fait, la loi qui n'oblige que les non-sujets n'est pas générale. En revanche, si un patriarche avait des archevêques qui lui fussent subordonnés, et qu'il prenait une telle loi, celle-ci vaudrait à l'égard des archevêques qui lui sont assujettis : alors, ces derniers devraient l'observer. Contre le premier argument, allègue Hostiensis et son commentaire sur le canon *Ex tuarum* du titre *De auctoritate et usu palii* du *Liber Extra* (X. I, VIII, 5). De même, prends en compte ceci, parce que, selon la doctrine de Innocent, l'évêque ne pourrait faire de statut contre les étrangers qui célèbrent la messe dans son diocèse, ce qui est faux.

Innocent disait que c'est autre chose que la sentence rendue sur connaissance de cause, ce que quiconque peut faire en raison du délit déjà commis dans le diocèse, comme l'atteste l'authentique *Qua in provincia* (Nouvelle 69, 1, sous C. 3.15.2), alors qu'il ne le pourrait pas au sujet d'un délit à commettre : par exemple, s'il dit : « je t'excommunie si tu commets tel acte à l'intérieur d'une juridiction étrangère » ou s'il dit : « j'excommunie tous ceux qui auront commis tel acte ». Vois ce que j'en ai dit au canon *Postulasti* (IX. II, II, 14), dans la glose *privacionis* (*sic* : *privationem*).

Dans la seconde glose consacrée au canon (ici, v^o *jurisdictionis*), il ressort que les sujets qui commettent un délit en dehors de la paroisse ne sont pas tenus, comme le prouve la réponse que j'ai faite sur le canon *Ut animarum* (VI. I, II, 2), qui, sur ce point, approuve ce que notait au même

cap. 2. *Intellego tamen delinquentes in dioecesi ipsius archiepiscopi scienter illa sententia ligari : quia jam per delictum effecti : sunt subditi de fo. compe. c. ult. de rap. c. 1. Ratio autem hujus dicti est, quia sicut in specie, non potest ligare subditum suffraganei sui : si nec in genere, imo multo minus. arg. de rescriptis pastoralis.*

V^o *Subjectos* : *et hoc demum cum in sua dioecesi delinquant ut. supra. de constit. ii. ii. responso* (extrait de BONIFACE VIII, *Sexte*, CLEMENT V, *Clémentines*, JEAN XXII, *Extravagantes communes*, Lyon, 1584 (t. 2)

Giovanni d'Andrea (connu également sous le nom francisé de Jean André), né vers 1270 et mort en 1348, est la figure dominante de la science canonique de la première moitié du XIV^e siècle et sa postérité fut telle qu'il fut surnommé *fons et tuba juris canonici*. Grand ami de Cino da Pistoia et de Dante, il fit ses études à Bologne sous le magistère de Riccardo Malombra en droit civil et de Guido da Baiso et de Egidio Foscarari en droit canonique, mais son véritable guide intellectuel demeure le grand Hostiensis. Il enseigne ensuite à Bologne de 1301 jusqu'à sa mort. Son œuvre, riche, comprend, en premier lieu, les apparats de gloses qu'il consacre au Sixte (*apparatus glossorum in Sextum*, vers 1305) et aux Clémentines (*apparatus glossorum in Clementinae*, 1322). Son apparat sur le Sixte est complété, quelques années plus tard, par ses commentaires sur le Sixte, les *Novella commentaria in Sextum*, rédigés entre 1336 et 1342, dans lesquels il renvoie à son premier apparat. A ces études sur le Sixte et les Clémentines, s'ajoutent, en second lieu, les commentaires qu'il a consacrés aux Décrétales de Grégoire IX, les *Novella commentaria in decretalis Gregorii nonii*, achevées vers 1328. Enfin, il faut mentionner ses *additiones* sur le *Speculum* de Guillaume Durand (voir, *supra*, pp. 26-27, note 55), l'un des premiers disciples de Hostiensis, qu'il a rédigées à la fin de sa vie.

⁸² Sur la doctrine de Hostiensis, voir, *supra*, pp. 31-32 et 35-36.

endroit Hostiensis et réfute ce que notaient Innocent (IV) et Jacopo da Albenga, lesquels distinguaient, d'une part, s'il était simplement dit : « quiconque a commis un vol » – et, en ce cas, le sujet en dehors du diocèse était tenu – et, d'autre part, s'il était dit : « quiconque a commis un vol dans mon diocèse », parce que, en ce cas, le sujet en dehors du diocèse n'était pas tenu.

(Ici, *ignorante*.) Vois le canon *Apostolicae* (X. V, 27, 9). Hostiensis renvoyait, dans sa *Summa aurea*, au paragraphe *Quando constitutio* consacré au titre *De constitutionibus* (X. I, II, § 13) et, ici, tu diras – ou, plutôt, dis – conformément à ce que j'ai répondu sur le canon *Ut animarum* (VI. I, II, 2)⁸³.

L'adhésion aux thèses de Hostiensis le conduit, ainsi, à rejeter la conception de Innocent IV au sujet de la loi particulière et de la sentence pénale, deux actes que l'ordinaire du lieu est habilité à promulguer. S'il est bien entendu que la loi générale s'applique à tous, Innocent distingue, en effet, dans son interprétation du canon *A nobis*, entre le cas de la loi particulière, qui, selon lui, ne doit s'adresser qu'aux seuls étrangers, à l'exclusion des sujets, pour être valable, et le cas de la sentence pénale, dont il n'entend qu'elle ne s'applique qu'au délit déjà commis et non à un délit à commettre. Toutes ces conditions posées par Innocent IV sont, ici, écartées par Giovanni d'Andrea, qui apporte son suffrage à la doctrine de Hostiensis, qui déclarait, à propos du même canon, que l'étranger devait être soumis, *ratione delicti*, dans tous les cas, et de manière inconditionnelle, aux prescriptions prises par l'autorité du lieu, ainsi qu'à sa juridiction. Le grand décrétaliste admettait toutefois que cet assujettissement soit tempéré par le jeu de l'excuse d'ignorance. La question qui se pose alors à Giovanni d'Andrea consiste à déterminer si l'interprétation défendue par Hostiensis est toujours valable, maintenant que l'autorité pontificale a pris une décrétale – *Ut animarum* – qui touche directement à cette matière. Or, dans le *commentarium* qu'il va donner, quelques années plus tard encore, sur le canon *Ut animarum*, le canoniste ne dément aucunement sa fidélité envers Hostiensis, dont l'esprit remplit les quelques lignes qu'il consacre à l'exégèse du canon, et couvre, de son autorité, la doctrine canonique qui s'est développée depuis Hostiensis (notamment, l'adjonction des épithètes *supina* et *crassa* qui ne faisaient pas partie du vocabulaire employé par le cardinal d'Ostie) :

[Canon *Ut animarum*] Cas : un évêque a édicté un statut selon lequel aucun clerc de son diocèse ne devait porter d'armes, ou faire pousser sa chevelure, ou faire quoi que ce soit d'autre sous peine d'excommunication, qu'il voulait faire encourir *ipso facto* au contrevenant. Il se trouve qu'à l'époque où le statut en question a été pris, je ne me trouvais pas à l'intérieur du diocèse, mais que j'y suis revenu par la suite et que j'ai agi en contravention du statut : suis-je *ipso facto* excommunié ? Le Pontife romain répond qu'il n'en est rien, parce que la constitution de l'évêque – et il en va de même de n'importe quelle autre constitution – n'oblige pas ceux qui, très probablement, en ignorent les

⁸³ Giovanni D'ANDREA, commentaire sur le canon *A nobis*, livre V, titre XXXIX, canon 21, *Novella commentaria in Gregori nonii* (édition de Venise, 1581) : *A nobis. Generalis excommunicatio non ligat nisi subditos proferentis...*

(Auctoritas) nisi ex speciali auctoritate superioris sibi concessum fit, quod etiam non subditi astringantur ipsius sententia. Inno. qui etiam hic dicebat congrue distingui inter statutum, quod ligat subditos et non subditos, et illud, quod ligare non potest nisi non subditos, et ponit exemplum in archiepiscopo excommunicante omnes ferentes crucem ante se in provincia sua. Non valeret enim secundum eum talis lex cum nullos archiepiscopos habeat subjectos et sic non est generalis, quae ligat solum non subditos. Si vero patriarcha haberet sub se archiepiscopos, et talem legem faceret, valeret propter archiepiscopos subjectos et tunc illi illam servare deberent. Contra primum. all. Hostien. de usu. pal. ex tuarum. Item adverte, quia secundum hoc contra peregrinos in sua diocesi celebrantes episcopus statutum facere non posset, quod est falsum. Dicebat Inno. quod aliud est sententiam ferre, quae fertur causa cognita, quod quilibet potest ratione delicti jam commissi in dioecesi, ut in aut. Qua in provincia, sed ratione committendi ferri non posset. Puta excommunico te de aliena jurisdictione, si hoc feceris, vel si dicat excommunico omnes, qui hoc egerint. Vide quod dixi de fo. compe. postulasti, in glo. privationis.

In glo. II (ibi, jurisdictionis) unde et subditi extra parochiam delinquentes non ligantur, de consti. Capitu. II, II. Respon. li. VI, quae in hoc approbat, quod hic no. Hostien. & reprobat quod no. Inn. & Ab. qui distinguebant, an simpliciter diceret, quisquis furtum fecerit, & tunc ligabatur subditus extra dioece. an diceret, quisquis fur. fecerit in dioecesi mea, quia tunc subditus extra dioecsim non ligabatur (et ibi, ignorantes) de cle. ex. mi. apostolicae. Host. remittit ad sum. de const. § Quando constitutio et ibi dicas, immo dic, ut de consti. C. II. I. (sic) respon. li. VI.

dispositions. Il en va autrement en cas d'ignorance crasse et négligente, car cette dernière ne fournit aucun motif d'excuse. Mais qu'en est-il du Très Saint Père ? Nous prenons pour exemple que mon évêque a édicté un statut, selon lequel aucun clerc ne devait porter d'arme sous peine d'excommunication ; je connaissais ledit statut : il se trouve que, pendant que je me trouvais en dehors du diocèse, j'ai porté une arme ; ce faisant, j'ai agi en contravention du statut. Tomberai-je sous le coup de la peine édictée par le statut ? Le Pontife romain répond qu'il n'en est rien et il ajoute que les statuts pris envers celui qui demeure dans le territoire n'étendent pas leurs forces en dehors du territoire et du diocèse, mais seulement à l'intérieur du diocèse.

V^o *Supina* (« négligente ») : c'est-à-dire ignorer ce que tous savent ou sont tenus de savoir.

V^o *Furtum* (« vol ») : les statuts disent à juste titre que celui qui commet un vol est excommunié : mais ils ne disent pas que celui qui commet un vol doit, de droit, être excommunié. Note au début du canon que les statuts des évêques ou de tous ceux qui ont le pouvoir d'édicter des statuts n'obligent pas ceux qui, très probablement, en ignorent les dispositions et qui peuvent mettre en avant une juste cause d'ignorance : à moins que leur ignorance ne soit crasse et négligente : dans ce cas, prenons comme exemple que, dans cette cité, fut édictée une constitution pénale et qu'elle fut publiée au su de tous : si je dis que j'ignore l'existence de ladite constitution, parce qu'elle ne m'a pas été notifiée, je n'ai pas de juste cause d'ignorance, parce qu'il n'est pas nécessaire que la constitution parvienne aux oreilles d'un individu, comme il est prouvé dans le canon *Ad haec* (X. I, V, 1).

Cependant, l'on admet quiconque à prouver que la notification de cette constitution n'est pas parvenue à sa connaissance. Note que le statut de n'importe quelle autorité habilitée à en édicter n'étend pas ses forces en dehors du territoire, mais que sa portée se confine aux limites du territoire du législateur. Il en est autrement en cas d'infamie et d'excommunication, qui affectent la personne comme la lèpre affecte la personne du lépreux : c'est pour cette raison que, si le sujet d'un évêque est excommunié et qu'il sort du diocèse, il demeure toujours excommunié.

Ut animarum : Cette décrétale a été édictée pour éclairer la décrétale *A nobis* (X. V, XXXIX, 21) : vois ce que j'ai noté à propos de cette dernière. Et les règles qu'elle contient sont doubles : premièrement, que les statuts des ordinaires n'obligent pas ceux qui, très probablement, en ignoraient les dispositions ; deuxièmement, que le statut de l'évêque n'oblige pas son sujet, lorsque celui-ci se trouve en dehors du diocèse. *Jea[n] And[ré]*.

V^o *Ignorantes* (« ceux qui sont dans l'ignorance ») : Bernard de Parme est de l'avis contraire dans sa glose sur la décrétale *A nobis* susdite (X. V, XXXIX, 21) et l'on s'est écarté de lui, parce qu'il prenait en compte un fait déjà défendu et parce que c'est d'avoir commis la chose interdite qu'il devient coupable, alors qu'il aurait dû s'informer : ainsi, quand la faute précède, la crainte n'excuse pas, comme le veut la loi *Si mulier* (D. 4.2.21)⁸⁴.

⁸⁴ Giovanni D'ANDREA, glose sur le canon *Ut animarum*, *Liber Sextus*, livre I, titre II, canon 2 : *Casus : Episcopus fecit statutum, ut nullus clericus suae dioecesis portaret arma, vel comam nutriret, vel aliquid aliud facere sub poena excommunicationis, quam volebat contrafacientem incurrere ipso facto : Accidit quod tempore, quo fuit factum tale statutum, non eram in dioecesi, sed postea sum reversus in dioecesim, et feci contra statutum ; utrum sum ipso facto excommunicatus ? Respondet Romanus Pontifex quod non : quia constitutio Episcopi (idem de quacunque alia constitutione) non ligat probabiliter ignorantes : secus est de ignorantia supina et crassa : quia illa non excusat. Sed quid Sanctissime Pater : ponamus quod episcopus meus fecit statutum, quod nullus clericus arma portaret sub poena excommunicationis : sciebam tale statutum : accidit, quod dum fui extra dioecesim, portavi arma : et sic feci contra statutum : Utrum inciderim in poenam statuti ? Respondet Romanus Pontifex, quod non : et dicit, quod statuta facta ab eo, qui habet territorium limitatum, non habent vires extra territorium et dioecesim, sed solum in dioecesi. Textus. Supina. Quae est ignore, quod omnes sciunt, vel scire tenentur. Textus. Furtum. Jura bene dicunt, quod faciens furtum excommunicetur : sed non dicunt, quod qui facit furtum, sit ipso iure excommunicatus. Not. ex. principio c. quod statuta episcoporum, vel quorumcumque habentium potestatem statuendi, non ligant probabiliter ignorantes, qui possunt praetendere justam causam ignorantiae : nisi eorum ignorantia fuerit crassa et supina : ut ponamus quod in hac civitate fuit facta constitutio penalis : et fuit publice publicata : si dico quod ignoro talem constitutionem, quia non fuit mihi notificata : non habeo justam causam ignorantiae : quia non est necesse quod constitutio auribus singulorum inculcetur : ut in c. 1 de post. prael. in ant. Tamen quis admittitur ad probandum, quod notificatio illius constitutionis non venit ad ejus notitiam. No. quod statutum alicujus statuentis non habet vires extra territorium : sed restringitur ad limites territorii facientis statutum : secus est in infamia et excommunicatione, quae afficiunt personam, sicut lepra afficit personam leprosi : ideo si subditus episcopi fuerit excommunicatus, et exeat dioecesim, semper remanet excommunicatus.*

Ut animarum : haec decretalis edita fuit ad declarationem decretalis de senten. excom. A nobis, 1, et ejus quod ibi not. Et ejus duo sunt dicta : primum, quod statuta ordinariorum non ligant probabiliter ignorantes. Secundum, quod statutum episcopi extra sua dioecesim, subditum non ligat. *Ioan. And.*

Giovanni d'Andrea ne se contente pas de développer la théorie de l'ignorance excusable ; il rejette, accessoirement, la distinction retenue en son temps par Bernard de Parme, qui semblait refuser toute excuse d'ignorance dans le cas où la sentence d'excommunication porte sur un fait déjà condamné, comme s'il l'était par un canon. A l'inverse, pour Bernard, si la sentence d'excommunication porte sur un délit ignoré du droit commun et sanctionné par le seul droit local, il serait possible d'alléguer l'ignorance du droit particulier⁸⁵.

En confirmant ainsi les grandes directives d'interprétation posée par les canonistes qui l'ont précédé, et, en particulier, par Hostiensis, et en réfutant toute distinction qui aurait pu en affaiblir les principes, Giovanni d'Andrea contribue à livrer une lecture des canons (et décrétales) *A nobis et Ut animarum* qui est destinée à jouir d'une grande autorité sur la doctrine postérieure. Depuis Hostiensis, il semble acquis, en dépit des discussions qu'ont pu susciter les obscurités et les non-dits de la décrétale *A nobis*, que toute législation particulière au territoire en matière pénale – quelle que soit la forme qu'elle revêt – entend s'appliquer aux délits qui sont commis à l'intérieur des frontières. Il importe peu, dès lors, que l'auteur du délit soit un ressortissant du territoire ou qu'il soit un étranger, puisque cette dernière qualité ne le fait pas échapper à la juridiction de l'ordinaire du lieu, dont il devient un sujet *ratione delicti* : à ce titre, il ne peut se prévaloir de l'exemption dont il bénéficie en temps ordinaire, ainsi que le soutenait déjà en son temps Huguccio. La décrétale *A nobis* offre ainsi l'occasion aux canonistes de défendre l'idée d'une soumission indirecte de l'étranger à raison des délits perpétrés sur le territoire et d'introduire la règle du canon *Placuit* (cause IV, question III, canon 4) dans le jeu d'interprétation du nouveau canon (X. V, XXXIX, 21). La rigueur de la loi pénale particulière *pro communi utilitate* et son intransigeante territorialité semblent alors installées sur les fondements les plus solides, puisqu'elles sont désormais assises sur un texte de loi. Les mêmes raisonnements président aux considérations tenant à l'obligation faite aux exempts, en matière délictuelle, de se conformer aux lois du territoire : le rapprochement entre les étrangers et les exempts, qui constituent une catégorie spécifique de privilégiés, ne saurait étonner. En fin de compte, les linéaments essentiels qui tendent à définir une « loi de sûreté » semblent ainsi posés par la doctrine canonique du XIII^e siècle, dont les enseignements finissent par être érigés en règle légale par la décrétale *Ut animarum* de 1298.

Mais la doctrine canonique médiévale témoigne une faveur et une indulgence pour les étrangers – qui, rappelons-le, bénéficient de l'exemption de l'observation du droit local, dès lors, notamment, que l'*utilitas communis* n'est pas en cause – qui sont parfaitement inconnues des lois de police et de sûreté. Dans le fonctionnement de ces dernières, le facteur d'extranéité est délibérément effacé quant aux effets qui leur sont assignés, puisque ceux-ci sont communs aux ressortissants locaux ou nationaux et aux étrangers, sans qu'il ne soit ouvert à ces derniers aucune faculté d'exemption ou aucun tempérament⁸⁶. Les canonistes médiévaux ne raisonnent pas ainsi.

V^o Ignorantes : *contrarium notat Ber. in praed. decretali A nobis et movebatur ex eo quia incidebat in factum jam damnatum et quia in culpa fuit rem prohibitam faciendo et quaerere debuerat, sicut etiam ubi culpa precedit, non excusat metus. ff. Quod metus causa, l. si mulier.*

⁸⁵ Sur l'*additio* apportée par Jean André sur la *Glose ordinaire* de Bernard de Parme et qui manifeste son ralliement aux thèses de Hostiensis, voir, *supra*, p. 38.

⁸⁶ La loi romaine *Extra territorium* (D. 2.1.20), qu'invoque Boniface VIII à la toute fin de sa décrétale *Ut animarum* (VI. I, II, 2), pour justifier l'exemption du sujet, absent du territoire, d'observer la loi particulière qui a cours dans ce dernier, sera ainsi, plus tard, reprise par les juristes territorialistes pour marquer de son autorité le principe de l'exclusivité de la loi territoriale. Sur cette question, voir, *supra*, p. 44 et la note 80.

Ecrivain et réfléchissant sur la *lex loci delicti* entre les XII^e et XIV^e siècles, ils sont pleinement conscients – et convaincus – de l'universalité de l'Église catholique. À leur époque, et de leur point de vue, l'étranger, celui-là même qu'ils qualifient plus volontiers de *non subditus*, ne se définit pas de la même manière qu'à l'époque des États-Nations pleinement souverains : ce *non subditus* peut très bien n'être qu'un ressortissant d'une paroisse voisine ou plus éloignée, voire d'une province ecclésiastique proche ou plus lointaine, mais, en tout état de cause, il est membre de l'Église catholique romaine et soumis aux lois générales de celle-ci, comme tout fidèle de l'Église⁸⁷. Le particularisme des paroisses ou des provinces, même pris en due considération par les canonistes, n'entame pas, à leurs yeux, l'unité profonde que revendique la *christianitas* et qu'assure le pouvoir suprême du souverain Pontife.

Le tempérament apporté en matière délictuelle par les canonistes, depuis Hostiensis et Guillaume Durand, qui le tiennent, tous deux, du droit romain, est celui de l'ignorance excusable, dont l'étranger peut toujours exciper s'il parvient à convaincre le juge qu'il n'était présent que depuis trop peu de temps sur le territoire pour prendre connaissance de sa législation particulière. Si l'ignorance est probable et raisonnablement admissible, alors, l'étranger est reconnu coupable du délit qui lui est imputé, mais exempté de la peine fixée pour l'infraction en question. *A contrario*, si l'ignorance est *crassa et supina* (« crasse et négligente »), l'excuse est écartée et l'étranger est soumis à la peine décidée par le juge. Dans les deux cas, il ne s'agit que d'un tempérament à un principe qui n'est plus discuté : la compétence, en matière pénale, au *forum* et à la *lex loci delicti*. Les canonistes doivent beaucoup au droit romain et, en particulier, sur cette question, à Jacopo Balduino. De même, les civilistes doivent beaucoup aux canonistes, comme en témoigne la consonance entre leurs doctrines respectives en matière pénale, telle qu'elle se fait ressentir à partir de la fin du XIII^e siècle, quand un Jacques de Révigny s'exprime en des termes qu'un Hostiensis n'aurait pas reniés.

§ 2. Les lois d'application territoriale chez les civilistes du XIII^e siècle.

Les juristes civilistes du XIII^e siècle – depuis Accurse et Jacopo Balduino jusqu'aux Ultramontains de l'Université d'Orléans, au premier rang desquels figure Jacques de Révigny – ne raisonnent pas en termes de « lois d'application territoriale ». L'emploi de cette qualification est une commodité d'expression qui sert essentiellement à réunir, sous une même catégorie générale, les deux règles qui nourrissent, parmi tant d'autres, la réflexion de ces civilistes, et qui présentent, toutes deux, le point commun d'ouvrir la voie à une territorialité marquée par des considérations d'ordre public : l'interdiction d'exporter des marchandises et la *lex loci delicti*, déjà objet des attentions des canonistes.

Dans l'esprit même de Accurse et de Jacopo Balduino, le principe *statutum non ligat nisi subditos* s'inscrit en réaction avec la solution traditionnelle qui préconisait l'application inconditionnelle de la *lex fori*. Il est le fruit d'une analyse du *statutum* qui en révèle les caractères fondamentalement conventionnel et dérivé : conventionnel, en ce sens que le statut se circonscrit aux seuls ressortissants de la cité, tenus par le pacte originel qui a présidé à l'autonomie de celle-ci ; dérivé, dans la mesure où il est le reflet d'une indépendance de fait qui n'abolit pas la sujétion *de jure* à l'autorité suprême du Saint Empire romain germanique et au droit romain. L'étranger, qui ne participe pas de la communauté civique, n'est pas lié, directement, par le statut local, mais il l'est

⁸⁷ Le droit canonique réserve, toutefois, le cas très particulier du clerc de rite grec, comme le prouve la réflexion de Huguccio sur les canons *Quae contra, Illa et Quisquis* du Décret : voir, *supra*, pp. 17-20.

par le *jus commune*. En somme, la directive *statutum non ligat nisi subditos* retranscrit le souci de la doctrine de prendre en compte, désormais, le facteur d'extranéité dans le règlement du litige et d'affranchir l'étranger d'une sujétion vis-à-vis de la norme locale qui n'a pas lieu d'être. Toutefois, elle n'apporte, en elle-même, aucune réponse à l'embarras dans lequel se retrouve désormais confronté le juge chargé du procès et suscite davantage de questions qu'elle ne fournit de remèdes. Le juge du for peut-il appliquer une loi étrangère ? L'exemption du non-citoyen vis-à-vis de l'observation de la loi locale est-elle absolue ? Si elle n'est pas absolue, dans quels cas est-il tenu de s'y soumettre et pour quelles motifs ?

Si les civilistes du XIII^e siècle, de concert avec les canonistes, s'attellent à déterminer la norme qui est désormais applicable lorsqu'un étranger est partie à un litige, ils hésitent encore sur les justifications qui peuvent soutenir l'application de tel ou tel statut. Dès le premier tiers du XIII^e siècle, Jacopo Balduini, conscient que le véritable enjeu réside dans la dissociation entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative que vient d'opérer le principe *statutum non ligat nisi subditos*, ouvre la voie à la théorie des statuts en partant d'une distinction, qu'il juge fondamentale, entre la procédure et le fond⁸⁸. Par là même, le jurisconsulte bolonais invitait tous ses successeurs à rechercher, désormais, quel est le statut compétent, pour chaque grande question de droit considérée, en vertu de critères de localisation objective et quel est ce *subditus* auquel s'adresse, au fond, le *statutum*. Mais ce n'est que dans le dernier tiers du XIII^e siècle que la distinction de Jacopo Balduini triomphe véritablement, grâce au patient travail de transmission de son disciple Odofredo, et grâce à l'assentiment que lui apportent, à leur tour, les juristes de l'École d'Orléans. Ces derniers ouvrent ainsi la voie à l'approche systématique des statuts que leurs successeurs feront leur dorénavant.

Entre l'époque de Balduini et le nouvel élan insufflé par les Orléanais, les Glossateurs n'ont pas ressenti le besoin de construire une doctrine unitaire sur les statuts. Ils se sont contentés d'offrir des réponses, au cas par cas, qui soient en adéquation avec l'orientation générale posée par le principe *statutum non ligat nisi subditos*⁸⁹. Leur réflexion est donc logiquement demeurée inachevée. Les solutions qu'ils ont avancées sont ponctuelles et témoignent de leur difficulté à trouver un point d'équilibre entre les deux ordres juridiques superposés auxquels ils sont confrontés : sur un plan supérieur, se tient le *jus commune*, avec tout l'éclat que lui confère la redécouverte des textes romains ; sur un plan inférieur, se dressent les *potestates statuendi* des villes, dont les statuts se veulent l'expression plus ou moins intransigeante. La conscience que les statuts ne disposent peut-être pas, par eux-mêmes, de la force normative nécessaire pour franchir les limites de la cité, ou pour étendre leurs prescriptions aux étrangers présents à l'intérieur de ces mêmes limites, se fait déjà jour dans leurs écrits et influe de manière importante sur la teneur de leurs solutions.

C'est ainsi que, parmi l'ensemble des questions de droit envisagées par les Glossateurs, deux d'entre elles se démarquent, non seulement par la territorialité stricte qui préside aux réponses qui y sont apportées, mais surtout par les justifications d'*utilitas communis* qui sous-tendent lesdites

⁸⁸ Cette séparation entre procédure et fond est issue de la distinction proposée par Jacopo Balduini entre les statuts *ordinandam litem*, c'est-à-dire ceux qui sont relatifs à l'ordonnancement du procès, et qui sont toujours soumis à la *lex fori*, et les statuts *ad decidendam litem*, c'est-à-dire ceux qui sont relatifs à la résolution du litige, et qui, eux, appellent des solutions diverses – et, donc, éventuellement, le recours à une loi étrangère – qu'il appartient à la jurisprudence et à la doctrine de découvrir en partant du principe *statutum non ligat nisi subditos*. C'est, du moins, ce qu'il faut déduire du seul exemple que nous livre l'auteur : celui des contrats, auxquels il convient d'appliquer – indistinctement – la *lex loci contractus*. L'opinion de Jacopo Balduini ne nous est pas parvenue directement, mais elle nous a été transmise par son élève Odofredo, puis par l'Orléanais Jacques de Révigny. Sur cette distinction et les textes d'Odofredo et de Révigny qui en font état, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, op. cit., pp. 82-87.

⁸⁹ Sur la doctrine civiliste du XIII^e siècle, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, op. cit., pp. 69-88.

réponses. Dans l'esprit des auteurs de l'époque, la *lex loci delicti* se révèle, par la liaison compétence judiciaire-compétence législative qu'elle opère, une vraie « loi de sûreté » (A.), tandis que se dévoile, dans le prolongement de la matière pénale, l'une des plus anciennes « lois de police » qui puissent se concevoir : l'interdiction d'exporter les marchandises en dehors du territoire (B.)⁹⁰. Cette dernière remarque vaut aussi bien pour les derniers Glossateurs que pour les juristes de l'École d'Orléans, pourtant novateurs à bien des égards : la solution semble si bien installée en doctrine – canoniste et civiliste – qu'elle finit par éclipser toute rémanence de la personnalité des lois et qu'elle s'impose à un Jacques de Révigny, qui, en matière pénale, se fait plus brillant héritier que génial précurseur.

A. La règle de conflit en matière pénale : la *lex loci delicti*.

L'admission de la double compétence du *forum* et de la *lex loci delicti* est le fruit d'un long processus, qui n'a pas été sans susciter de fortes discussions en doctrine, ni de vives résistances en pratique⁹¹. La question de la compétence juridictionnelle est, en la matière, particulièrement essentielle, parce qu'elle détermine, sauf exceptions, la loi applicable⁹² et parce qu'elle met, fondamentalement, en jeu des considérations d'intérêt public qui entrent nécessairement en concurrence et qu'il faut donc départager. Au début du XIII^e siècle, la doctrine civiliste italienne s'efforce, d'abord, de choisir lequel, parmi les différents juges susceptibles de connaître d'une infraction, est celui qui est le plus directement intéressé à exiger justice, dans la mesure où il agit au nom et pour le compte de la société humaine qui se trouve le plus directement blessée par les agissements délictueux en question et qui en exige le plus fermement réparation. Il leur faut arbitrer entre les compétences que revendiquent, concurremment, pour leurs ordres juridiques respectifs, le *judex loci delicti*, le *judex domicilii* (qui, par la vertu du rattachement personnel, est perçu comme le « juge naturel » du prévenu) et le *judex loci deprehensionis*. En se prononçant sur ce point, les auteurs ne perdent, cependant, pas de vue les éventuelles demandes d'extradition et de renvoi qui peuvent être formulées au début de la procédure et étendent leurs discussions à la question de savoir comment organiser une coopération judiciaire entre des juges appartenant à des cités différentes. Dès lors qu'est réglée la question de la juridiction compétente, le débat peut, alors, se placer sur le terrain de la loi applicable aux délits. Chez les glossateurs, la loi suit le juge et la coïncidence, fréquente sans être absolue, entre le *forum* et le *jus* ne peut que conforter la prééminence de la *lex fori*, y compris dans les cas d'extradition et de renvoi. Davantage qu'aux glossateurs, c'est donc à leurs successeurs, les commentateurs, de prendre ouvertement parti pour la *lex loci delicti* : en cela,

⁹⁰ Le choix a été fait, ici, de dissocier, pour les commodités de l'exposé, les statuts de police d'exportation de la catégorie plus générale des statuts pénaux. Au XIII^e et au début du XIV^e siècle, les auteurs ne les distinguent pas et traitent, généralement, tous ces statuts sous une seule et même approche : celle du droit pénal.

La distinction opérée dans le cadre du présent travail se défend, néanmoins, pour plusieurs raisons : 1) le statut portant interdiction d'exporter des marchandises est unanimement considéré, depuis Bartole, comme un de ces statuts qu'il est convenu de qualifier de « statut de police » : il a semblé pertinent d'en remonter directement aux origines ; 2) au XIII^e siècle, et en attendant l'approche systématique de Bartole, les civilistes et pénalistes ne s'embarrassent pas de catégories trop contraignantes, y compris les Orléanais qui se soucient davantage que les autres de classer les matières juridiques. Distinguer là où eux ne distinguaient pas nécessairement ne signifie donc pas trahir leur pensée.

⁹¹ C'est particulièrement vrai dans la France du Moyen-Âge : voir Hélène GAUDEMET-TALLON, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil. Contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, Paris, 1964, p. 25, qui parle d'une « lutte entre la compétence du juge du domicile de l'accusé et celle du tribunal du lieu du délit ».

⁹² Eduard-Maurits MEIJERS, *Etudes d'Histoire du droit international privé*, Paris, 1967, p. 36, à propos des règles qui étaient suivies dans la France coutumière : « de la mise en pratique de ces règles (i.e. relatives à la compétence pénale et à l'extradition) dépendait la détermination du droit applicable aux prévenus ».

ceux-ci étaient encouragés, d'ailleurs, par l'abandon de l'exclusivisme de la *lex fori*, abandon qui ouvrait la faculté, pour un juge, d'appliquer une loi étrangère, et par l'intense réflexion des canonistes qui, toujours dans le courant du XIII^e siècle, disputaient à propos de la soumission indirecte de l'étranger envers la *lex loci delicti* et de l'interprétation de la décrétale *A nobis* de 1198⁹³.

Si les opinions émises par les glossateurs en matière délictuelle ne se laissent pas aisément discerner, dans la mesure où nombre de leurs opinions nous sont parvenues par des témoignages de seconde main, parfois fort brefs, et dont il est difficile de mesurer la fidélité, il semble qu'ils se soient prononcés sur le conflit de juridictions davantage que sur le conflit de lois. Les textes du corpus de Justinien à leur disposition les ont, de toute évidence, conduits à réfléchir sur le champ d'application territorial du pouvoir judiciaire des autorités municipales, par mimétisme avec les règles romaines relatives à la délimitation des pouvoirs dévolus aux gouverneurs de province dans le cadre de l'Empire. Les glossateurs y ont trouvé matière à fonder, en partant du rayonnement universel du droit romain ès-qualités de *jus commune*, les règles qui soumettaient les étrangers aux *jura propria* en matière pénale, dans la mesure où le droit romain lui-même leur donnait cette compétence. Il n'est donc guère étonnant de constater, parmi les références auxquelles ont communément recours les glossateurs, que, aux côtés de l'ancrage traditionnel que constitue la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1), prennent place des sources qui traitent, directement, de ce sujet, comme la loi *Extra territorium* du Digeste (D. 2.1.20) et, surtout, l'Authentique *Qua in Provincia* (C. 3.15.2, sous la Nouvelle 69).

L'Authentique *Qua in Provincia* s'est imposée, en effet, dès cette époque, comme le texte fondamental en matière de compétence pénale⁹⁴. Fréquemment invoquée, par ailleurs, par les canonistes dans leurs propres travaux, elle est le siège des développements que lui consacrent les glossateurs, puis les commentateurs après eux. Extraite du chapitre premier de la Nouvelle 69, et insérée sous la loi *Sciens liberum* du titre *Ubi de criminibus oporteat* du Code (C. 3.15.2), elle s'exprime en ces termes :

Que celui qui a commis un délit dans une province, ou à qui on intente un procès pour un objet pécuniaire ou pour crimes, pour une terre, pour des bornes, une possession, une propriété, un gage ou pour autre chose, soit soumis au droit de ce lieu, cela est un principe constant. Lorsque les deux parties, c'est-à-dire le demandeur et le défendeur, sont dans la province, alors, l'affaire doit être jugée dans le lieu même, sans qu'il soit permis de se prévaloir d'aucun privilège pour qu'elle le soit ailleurs.⁹⁵

Si le champ matériel considéré par l'Authentique est plus large, il n'en demeure pas moins que les crimes et délits doivent être, selon les termes employés par le législateur impérial, jugés « dans le lieu de la province où l'affaire a eu lieu », donnant ainsi compétence au *forum loci delicti commissi*. Ce principe cardinal, transposé par la suite aux contextes de l'Italie ou de la France médiévales où les *jura propria* s'insèrent dans un paysage dominé par le *jus commune*, est relayé, non sans nuances, par Accurse lui-même dans l'étude qu'il consacre dans sa *Glose ordinaire* à la loi

⁹³ Sur la décrétale *A nobis*, voir, *supra*, pp. 25-27.

⁹⁴ Sur l'Authentique *Qua in provincia*, et les développements qui suivent, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 102-184, spéc. pp. 104-119.

⁹⁵ CODE JUSTINIEN, livre III, titre XV, 2, Authentique extraite de la Nouvelle 69, chapitre 1 : *Qua in provincia quis deliquit, aut in qua pecuniarum aut criminum reus fit, sive de terra, sive de terminis, sive de possessione, sive de proprietate, sive de hypotheca, aut qualibet occasione, rei qualibet de re fuerit reus : illic etiam juri subiaceat, quod jus perpetuum est. Si ergo ambo et actor et reus sint in provincia, illic, omni privilegio cessante, res expediatur.*

Quaestiones du Code (C. 3.15.1), la première loi du titre *Ubi de criminibus oporteat* auquel l'Authentique est traditionnellement rattachée :

[Loi *Quaestiones*, C. 3.15.1] C'est un fait bien connu que les procès relatifs aux crimes que les lois ou la procédure extraordinaire répriment doivent être jugés dans les lieux où les crimes ont été commis, ou dans les lieux où les crimes ont été entrepris, ou dans les lieux où ont été trouvés ceux-là mêmes qui sont prévenus du crime⁹⁶.

[Glose d'Accurse] V^o *Quaestiones* [« Procès »]. Alors que tu es un citoyen de Modène, tu as commis un délit à Bologne : l'on demande où tu dois être assigné en justice. Je réponds : au lieu même où tu as commis le délit. Ou au lieu où la cause est introduite.

V^o *Reperiuntur* [« ont été trouvés »]. C'est-à-dire en n'importe quel lieu qu'ils se trouvent, selon Pillio da Medicina⁹⁷, d'où la maxime : « là où je te trouverai, là je te jugerai », etc., et, en faveur de cette interprétation, voyez la prochaine loi du même titre (C. III. 15, 2), aux mots : *ibi degit*.

Tu diras donc du terme *reperiuntur* qu'il signifie : où se trouve le domicile ou le tribunal dans le ressort duquel celui-ci se trouve (et qui peut se comprendre de plusieurs manières, ainsi que nous l'avons dit à propos de la loi *Si idem cum*, D. 2.1.11.), ou tu diras, lorsqu'il est question des vagabonds, que ceux-ci peuvent être assignés en n'importe quel lieu⁹⁸.

La position exprimée par Accurse lui-même reflète bien le sentiment de la doctrine civiliste dans son ensemble : en choisissant comme textes de référence l'Authentique *Qua in Provincia* et son ancrage dans le Code de Justinien, la loi *Quaestiones*, les glossateurs et les commentateurs entendent bien fonder l'ensemble de la matière pénale sur le *forum loci delicti commissi* et sur la règle de conflit de lois donnant compétence à la *lex loci delicti* qui s'induit du rattachement juridictionnel. Toutefois, ces mêmes tendances inclinent davantage encore à s'appuyer sur l'Authentique que sur la loi du Code elle-même. Or, l'Authentique n'envisage que la seule compétence du tribunal du lieu de commission du délit, alors que la loi *Quaestiones* offre, pour sa part, des rattachements multiples et concurrents, parmi lesquels figurent le *forum loci delicti* et le *forum loci deprehensionis*.

La glose d'Accurse sur la loi *Quaestiones* montre bien les efforts de la doctrine civiliste du XIII^e siècle pour ajuster l'interprétation des textes de droit romain aux solutions en usage à leur époque. La lettre même des textes du Code ou du Digeste peut s'en trouver quelque peu navrée par l'interprétation tendancieuse que les auteurs en donnent. En effet, d'après l'auteur de la *Glose ordinaire*, la constitution impériale attribue la compétence criminelle, en priorité, au tribunal du lieu

⁹⁶ CODE JUSTINIEN, livre III, titre XV, 1 : *Quaestiones eorum criminum quae legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissae vel inchoatae sunt, vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere, satis notum est* (rescrit des empereurs Septime Sévère et Caracalla, rendu le 4 des nones d'octobre 194).

⁹⁷ PILLIO DA MEDICINA (vers 1145-1207), ou Pillius, originaire de la région de Bologne, a étudié dans cette dernière ville sous la direction de Oderico Bonconsili. Il a ensuite enseigné à Bologne puis à Modène (vers 1180). Il aurait effectué un séjour en France, probablement entre 1188 et 1192, au cours duquel il s'est familiarisé avec les coutumes provençales et la pratique française, qu'il évoque dans ses *Quaestiones*. Sa réflexion traduit, en tout cas, une influence profonde exercée par l'œuvre de Placentin et il entreprit d'ailleurs de poursuivre, sans l'achever, la rédaction de la *Summa Trium Librorum* du maître de Montpellier. Parmi ses principaux travaux, l'on compte, outre la continuation de la *Summa*, les fameux *Libri feudorum*, ouvrage fondamental sur le droit féodal, des *Quaestiones* et un *Libellus disputatorius*. Il eut parmi ses élèves Alberto da Pavia (plus connu sous le nom de Albertus Papiensis). Sur Pillio, voir Emanuele CONTE, « Pillio da Medicina », *Dizionario Biografico degli Italiani*, volume 83, 2015.

⁹⁸ ACCURSE, *Glossa ordinaria*, à la loi *Quaestiones* au titre *Ubi de criminibus oporteat* (C. 3. 15. 1), v^{is} *Quaestiones* et *Reperiuntur* (*Corpus juris civilis Justiniani cum commentariis Accursi*, Lyon, 1627, 6 volumes, volume n^o4, livre 3, titre 15, 1, pp. 615-616) : V^o *Quaestiones* : Tu Mutinensis Bononiae deliquisti : ubi convenire debeas quaeritur. Respondeo : ubi deliquisti. Item ubi causa inchoata est.

V^o *Reperiuntur* : Id est ubicumque sint, secundum P. (Pillius), unde illud : ubi te invenero ibi te iudicabo, ibi te iudicabo, etc. et pro eo s. l. prox. ibi ubi degit, etc. (C. III. 15, 2), Tu dic : reperiuntur sc. habere domicilium sive forum (quod multis modis constituitur, ut diximus s. de iurisdic. omn. iudic., l. 11) vel dic, quando loquitur ibi de vagabundis, ut illi ubilibet possint conveniri...

de commission du délit. Mais ce n'est qu'une compétence alternative parmi d'autres : le prévenu peut tout aussi bien être traduit devant le *forum loci deprehensionis* (le tribunal du lieu de l'arrestation) pour y être jugé⁹⁹. Lié par le texte du Code, Accurse rappelle l'explication qu'avait donnée, avant lui, Pillio da Medicina, sur le terme *reperiuntur*, et qui donnait également compétence au juge du lieu de l'arrestation, mais lui préfère une lecture différente : celle qui considère que la constitution a voulu, par ce terme, donner le pouvoir au juge du domicile du défendeur de connaître de l'affaire, et non, comme l'aurait erronément déduit Pillio, au juge du lieu de l'arrestation. L'alternative entre le *forum loci delicti commissi* et le *forum domicilii rei* cristallise les intérêts concurrents qui peuvent s'affronter lorsqu'il s'agit d'obtenir réparation, en justice, des dommages causés par l'auteur de l'infraction : à l'ordre juridique du lieu du délit, naturellement mis en péril par le trouble causé par les agissements délictueux de l'auteur, répond l'ordre juridique garanti par le juge de son domicile, perçu, par rattachement personnel, comme le « juge naturel » du défendeur.

Si le juge du lieu du délit recueille les faveurs de la doctrine italienne, celle-ci, à l'image d'Accurse, ne peut méconnaître l'attention sourcilleuse que prête le juge du domicile aux infractions que peut commettre un de ses ressortissants en dehors de son territoire : elle prend garde, par conséquent, à toujours laisser sa part au juge du domicile et encourage les pratiques de l'extradition et du renvoi vers ce « juge naturel ». Or, la résistance du juge naturel peut s'avérer particulièrement forte en des territoires moins perméables aux enseignements des docteurs. En effet, dans la France coutumière du XIII^e siècle, la pratique communément acceptée dans les régions septentrionales du Royaume consiste à reconnaître la double compétence du *forum* et de la *consuetudo domicilii*¹⁰⁰. Vestige hérité du vieux principe de la personnalité des lois, ce principe était sans doute mieux adapté à la configuration du Royaume de France, où la structure seigneuriale et la vigueur du droit coutumier, sans parler des communes qui s'y développent, contribuent à renforcer le rattachement des hommes à leur domicile, sans que le sentiment d'un droit commun ne vienne perturber la force de ces allégeances. Si l'auteur du délit n'est pas libre, mais un homme de poesté (*homo de potestate*), il devra se soumettre à la juridiction et à la loi de son seigneur, par la simple vertu des liens de dépendance personnelle. S'il est libre, et qu'il a la qualité de bourgeois, il devra répondre de ses actes devant la justice municipale ; s'il est libre, et qu'il a la qualité de paysan, il devra être assigné devant le juge de son domicile. Les règles en question, qui lient condition civile

⁹⁹ C'était déjà l'opinion, au milieu du XII^e siècle, de l'auteur de la *Summa Codicis Trecentis*, qui écrivait, à propos du titre *De exhibendis et transmittendis reis* du Code (C. 9, 3), que les prévenus : « peuvent être punis au lieu même où les crimes ont été commis ou bien aux lieux où ils peuvent être appréhendés (*ibi puniri ubi crimina commissa sunt vel ubi reperiuntur possunt*, *Summa Codicis Trecentis*, à la page 315 de l'édition de Berlin de 1894 qu'en a donnée Hermann Fitting, qui en attribue par erreur la paternité à Irnerius, sous le titre *Summa codicis des Irnerius mit einer einleitung*). La *Summa* serait, en réalité, une œuvre provençale qui aurait été rédigée par un certain maître Géraud : voir, à ce sujet, André GOURON, « L'auteur et la patrie de la *Summa Trecentis* », *Ius Commune*, n°12, 1984, pp. 1-38, et ID., « Qui était l'énigmatique maître G. ? », *Journal des savants*, 1990, vol. 3, n° 3-4, pp. 269-289.

¹⁰⁰ Eduard-Maurits MEIJERS, *Etudes d'Histoire du droit international privé*, Paris, 1967 (trad. Pierre-Clément TIMBAL et Josette METMAN), pp. 29-33, spéc. pp. 29-31. Si la compétence du *forum loci delicti* peut s'autoriser des textes romains comme l'Authentique *Qua in Provincia*, qui est sans ambiguïtés à ce propos, et si l'argument d'autorité produit un effet certain sur les romanistes, cela ne signifie pas qu'il était couramment admis. A en croire les actes et les décisions de la pratique, en France, la compétence du « juge naturel » de l'accusé, c'est-à-dire la compétence de la juridiction de son domicile, était encore très répandue à la fin du XII^e siècle, comme en témoignent l'article 4 de la Confirmation de la Charte communale de Noyon par Philippe-Auguste (1182). De cette compétence, découle d'ailleurs une pratique fréquente de l'extradition et du renvoi vers le « juge naturel » depuis le lieu de l'arrestation. Cette compétence constitue, en France ou encore dans les Pays-Bas, une relique du régime de la personnalité des lois. Toutefois, c'est au XIII^e siècle que cette compétence de principe est combattue puis renversée au profit du *forum* et de la *lex loci delicti*. Sur cette évolution, voir Bertrand ANCEL, *Eléments*, op. cit., pp. 99-103. Sur le renversement opéré en faveur de la *lex loci delicti*, voir l'arrêt *Gilbert de Gages* du Parlement de Paris (1299), *infra*, pp. 70-72.

de la personne et compétence criminelle, ne peuvent que contribuer puissamment au développement des procédés d'extradition et de renvoi, favorisant la coopération judiciaire entre le juge de l'arrestation et le juge naturel. La seule exception que connaisse ce principe est celui du « présent mesfet », où le flagrant délit constitue une circonstance de nature à appeler, instamment, la répression de la part du juge du lieu du délit, qui est aussi le juge du lieu d'arrestation, et ce pour des raisons d'utilité publique qui l'emportent sur toute autre¹⁰¹. *A contrario*, dans les pays de droit écrit et dans le groupe de coutumes d'Anjou et de Touraine, le principe se renverse en faveur du *forum loci delicti*, qui est, *de jure*, compétent et qui peut donc obtenir d'un autre juge l'extradition de l'inculpé ou opposer son refus à une éventuelle demande d'extradition. Cette pratique – particulièrement dans une partie méridionale du Royaume bien plus exposée à l'influence du droit romain – consonne davantage avec celle qui était usitée dans les cités d'Italie, où la force du lien de sujétion qui s'est noué entre une cité et un de ses ressortissants doit composer avec la prédominance du *jus commune* et l'existence d'un texte fondamental directement issu des compilations de Justinien : l'Authentique *Qua in provincia*. Dans tous les cas, quelles que soient les règles suivies pour désigner le juge, la pratique reçue en France veut que le juge n'applique jamais que ses propres lois, y compris en cas d'extradition et de renvoi¹⁰².

Les juristes qui, dans la deuxième moitié du XIII^e siècle, prennent le relais des glossateurs et qui développent la méthode du commentaire qui concurrence, puis se substitue à la glose, restent dans la lignée de leurs aînés et tous s'accordent à attribuer la connaissance des infractions commises sur le territoire de la cité au *forum* et à la *lex loci delicti commissi*, et ce tant à l'égard des citoyens que des étrangers qui en sont les auteurs. En cela, ils ne font que se conformer aux textes romains et à la pratique des cités de leur époque, qui n'hésitent pas à soumettre à leurs statuts les étrangers qui se situent à l'intérieur de leur territoire¹⁰³. L'ordre juridique de la cité se retrouve donc

¹⁰¹ Hélène GAUDEMET-TALLON, *Recherches sur les origines de l'article 14 du code civil. Contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, Paris, 1964, pp. 25-26 : « le trouble de l'ordre public que cause toute infraction est en effet bien plus manifeste, bien plus évident, si le coupable est surpris en flagrant délit », évoquant Philippe DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, chap. 30, n°911, parues initialement en 1283 : « Nus ne ra sa court d'homme qui est pris en présent mesfet, soit en mellee, soit en damage fesant à autrui, ainsois en appartient la connoissance au seigneur en qui terre la prise est fete. Mes si li maufeteres s'en part sans estre arestés, la connoissance en appartient au seigneur dessous qui il est couchans et levans ».

¹⁰² Eduard-Maurits MEIJERS, *Etudes d'Histoire du droit international privé*, Paris, 1967, p. 36, à propos des règles qui étaient suivies dans la France coutumière : « En matière répressive, en effet, tout juge n'appliquait jamais que ses propres lois. Un prévenu étranger ne pouvait, dès lors, bénéficier de l'application de son droit personnel que grâce au renvoi ». Et Meijers de citer, à la note 51, à l'appui de son affirmation, un arrêt du Parlement de Paris en date de 1270, extrait des *Olim*, que nous reproduisons ici : « Maître Guillaume de Vaugrigneuse, archidiaque de Paris, se plaignant de ce que certains de ses hommes ou de ses hôtes, qui relevaient ou avaient relevé de la châtellenie de Montlhéry, étaient de nouveau attirés à Paris, où les coutumes étaient bien différentes, ce qui tournait à son préjudice et à celui de ses hommes : il est donc jugé qu'il doit en être ainsi que l'exposait l'archidiaque précité. La cour décide que les dits hommes de la châtellenie de Montlhéry, ainsi que c'était leur cas auparavant, ne soient plus soumis à la juridiction du prévôt de Paris » (XXVII. *Conquerente magistro Guillelmo de Valle-Grinosa, archidiacono Parisiensi, super eo quod quidam homines seu hospites sui, qui erant et fuerant de castellania Montis-Letherici, de novo tracti fuerant Parisius, ubi alie in multis erant consuetudines, quod in prejudicium sui et hominum ipsorum cedebat : Audito igitur sic esse sicut proponebat archidiaconus memoratus, precepit curia quod dicti homines castellanie Montis-Letherici sicut prius subessent, nec justiciarentur per prepositum Parisiensem* ; extrait des OLIM, éd. Beugnot, Paris, 1839, tome I, p. 848, n°XXVII, 1270).

¹⁰³ Les statuts municipaux n'hésitent pas à aller plus loin encore et à insérer des dispositions spéciales relatives aux infractions commises par les étrangers et qui aggravent la peine, pour une même infraction, lorsque l'auteur est un étranger ou qui atténuent la responsabilité du citoyen, auteur du délit, lorsque la victime est un *extraneus*. Ces inégalités trouvaient, toutefois, leurs remèdes dans les traités bilatéraux que contractaient les cités entre elles, afin d'améliorer la condition de leurs ressortissants respectifs. Sur cette question, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 116-117 et les références citées aux notes 2, 3 et 4 de la page 116. Eduard-Maurits MEIJERS relève la même attitude

à se saisir entièrement du procès pénal intenté à la suite d'un délit perpétré par un étranger et à appliquer à ce dernier, reconnu coupable, la peine qui est fixée dans ses statuts : c'est là la manière la plus juste de rétablir l'équilibre rompu par la commission du délit. Parmi les raisons qu'avancent les premiers auteurs, figure déjà en bonne place cet impératif d'ordre public auquel nul, étranger comme citoyen, n'a le droit d'attenter. A ce titre, le témoignage des criminalistes de la fin du XIII^e et du début du XIV^e siècle est éloquent. Jacopo di Belviso, qui rédige sa *Practica criminalis* à la toute fin du XIII^e ou au début du XIV^e siècle, s'exprime en des termes qui ne laissent aucun doute sur le sentiment qui l'anime, lui et ses pairs, à propos des enjeux que suscite la répression, ou l'absence de répression, d'un délit au sein de la société directement concernée :

Car celui qui, ayant pour cela le droit le plus fort, doit, de préférence, exercer la répression est le juge sur le territoire duquel le délit est commis, afin que la condamnation de ce délit serve d'exemple aux autres qui se trouvent en ce lieu et que ceux qui y sont de passage craignent d'entreprendre des faits semblables et qu'il y ait exposition aux complices des meurtriers et des fauteurs de trouble¹⁰⁴.

Justifiée par des considérations d'ordre public, qui impose ainsi que l'étranger soit justiciable des délits qu'il a pu commettre sur le territoire, la compétence de principe du juge local est établie sur les bases les plus fermes à partir du XIII^e siècle. Reste maintenant à déterminer la loi qui sera appliquée par le juge et, surtout, la peine à laquelle peuvent être soumis citoyens et étrangers. Or, le débat doctrinal va progressivement se déplacer du terrain de la compétence législative à celui de la peine qui est encourue par l'étranger, par comparaison avec le ressortissant local.

Le *statutum (vel consuetudo) loci delicti* se place ainsi en relation étroite avec la détermination du tribunal compétent. L'exigence d'ordre public, qui préside à cette dernière, se transpose naturellement sur le plan législatif à la loi pénale locale, qui prend les atours d'une véritable « loi de sûreté ». La liaison entre le judiciaire et le législatif est exprimée, par une tournure explicite, par le célèbre juriste lombard Alberto Gandino dans son fameux traité de droit et de procédure criminels, le *De maleficiis*, qu'il rédige dans la deuxième moitié du XIII^e siècle :

De même que l'on relève du tribunal du lieu où l'on a commis le délit pour les faits qu'il convient d'instruire et de punir, de même, l'on relève soi-même des lois du lieu où l'on a commis le délit¹⁰⁵.

de la part de certaines régions des Pays-Bas à l'égard des délinquants étrangers aux XIII^e et XIV^e siècles : voir les exemples qu'il donne dans ses *Etudes d'Histoire du droit international privé*, Paris, 1967, aux pp. 38-39 et aux notes 56 et 57.

¹⁰⁴ Jacopo DI BELVISO, *Aurea Practica Criminalis*, livre II, chapitre X, Cologne, 1580, p. 334 : *Nam iudex in cuius territorio deliquit praefertur in puniendo, cum potius jus alleget, scilicet ut coeteris in loco delicti ejus punitio transeat in exemplum, et ut transeuntes attentare similia pertimescant et sit solatio amicis interemptorum seu laesorum.*

Jacopo di Belviso (1270-1335), juriste originaire de Bologne, a été l'élève de Francesco Accursio, fils du célèbre Accurse, et de Dino del Mugello, mais, faute de pouvoir obtenir le doctorat à l'Université de Bologne, il a été contraint de le passer à Aix-en-Provence en 1297. Devenu professeur de *jus civile* à Naples en 1298, il fut parmi les conseillers du roi Charles II d'Anjou et juge à la Grande Cour. Il reçut, enfin, en 1305, le titre de *doctor legum* à Bologne mais fut, une nouvelle fois, obligé de quitter la ville l'année suivante. Il enseigna successivement à Padoue, Sienne, Pérouse puis, de nouveau, à Bologne à partir de 1321. Il a laissé derrière lui un commentaire sur les Authentiques, des *Libri feudorum*, une *Practica criminalis* et un *Tractatus de excommunicatione*, qui témoigne de ses qualités de canoniste. Il fut parmi les premiers professeurs italiens à acclimater la méthode des *Ultramontani* (soit les juristes de l'École d'Orléans) dans les universités italiennes.

¹⁰⁵ Alberto GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, à la rubrique « De poena reorum », au n°16 : *Quemadmodum sortitur forum quoad hoc ut puniatur, ubi delinquit, et cognoscatur, ita sortitur super se leges loci ubi delinquit.*

Alberto Gandino (v. 1240-1250 - 1310), originaire de Lombardie, a étudié le droit civil à Padoue puis à Bologne avec, comme maître, Guido da Suzzara, dont il se réclame fréquemment. Contrairement à nombre de juristes de son époque, Alberto ne fut pas un universitaire, mais exerça des fonctions de magistrat dans plusieurs villes de la péninsule italienne : Lucques (1281), Bologne (1284, 1289, 1294 et 1295), Pérouse (1286 et 1287), Florence (1288), et Sienne (1299). Sa

Pour exposer leurs opinions sur la matière pénale, la plupart des juristes bâtissent leurs développements à partir des textes du Code et des Nouvelles, et, en premier lieu, la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.), siège traditionnel de la matière des conflits de lois et qui offre le prétexte à ces auteurs d'exposer leur argumentation suivant les différentes matières, et l'Authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2 et Nouvelle 69, chapitre 1). Cette méthode les conduit, nécessairement, à réfléchir sur les rapports qu'entretiennent les statuts municipaux en vigueur à leur époque – les *jura propria* – avec les prescriptions du *jus commune*, à partir des autorités traditionnelles qu'offre le corpus de Justinien. Une telle attitude se retrouve jusque dans les écrits des juristes les plus sensibles à la pratique, comme le sont Alberto Gandino, à la fin du XIII^e siècle, ou encore Alberico da Rosate, au début du XIV^e siècle, et même les juristes de l'École d'Orléans, dont un des traits caractéristiques est l'attention qu'ils portent à la jurisprudence du Parlement et aux coutumes du Royaume, ne font pas nécessairement exception à la règle lorsqu'ils réfléchissent au problème de l'application de la loi locale à l'étranger délinquant.

L'exposé le plus clair et le plus synthétique offert par la doctrine civiliste sur la question des délits est, précisément, l'œuvre des deux principaux juristes de l'École d'Orléans, Jacques de Révigny¹⁰⁶ et Pierre de Belleperche¹⁰⁷. La force de leurs travaux, auxquels se joignent les œuvres de

carrière de magistrat urbain l'a conduit à se confronter de très près aux statuts urbains et à leurs particularismes, mais aussi au droit pénal, dont il est devenu l'une des autorités les plus reconnues. Il est, entre autres, l'auteur d'un célèbre traité de droit pénal, le *De maleficiis*, et d'un ouvrage sur les statuts : les *Quaestiones statutorum*. Sur Gandino, voir Arrigo SOLMI, « Alberto da Gandino e il diritto statutario del sec. XIII », *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, Turin, 1901, pp. 1-64 ; Hermann KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, deux volumes, Berlin-Leipzig, 1907-1926 ; Diego QUAGLIONI, « Alberto Gandino », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 52, 1999 ; Ennio CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, deux volumes, Rome, 1996-1999, vol. 2, pp. 275-277. La doctrine de Gandino au sujet de la soumission des *extranei* aux statuts locaux, qu'il développe dans ses *Quaestiones statutorum*, est évoquée *infra*, pp. 74-79, à propos du statut de police que constitue l'interdiction d'exportation.

¹⁰⁶ Jacques DE REVIGNY (vers 1230/1240-1296), originaire de Révigny-sur-Ornain, est certainement l'une des figures les plus importantes de l'histoire du droit international privé. Il est aussi l'un des maîtres emblématiques de l'École d'Orléans. Venu étudier le droit à l'École de droit d'Orléans vers 1260, il y suit les cours de Jean de Monchy, qu'il tient pour son principal maître, de Simon de Paris, de Guido de Cumis et de Guichard de Langres, et il s'y forme à l'art de la répétition. Il a enseigné à Orléans jusque dans les années 1280 et, parmi ses élèves, figure Raoul d'Harcourt, lui-même maître de Pierre de Belleperche. En 1289, archidiacre de Toul, il est nommé évêque de Verdun. Il meurt en 1296, la même année que Guillaume Durand, alors qu'il fait route vers Rome pour demander audience au pape. Sa place éminente dans l'histoire du droit tient tant à ses écrits qu'à sa postérité. Juriste d'une grande indépendance d'esprit, il prend ses distances avec la *Glose ordinaire* qu'il n'hésite pas à critiquer avec virulence et professe une admiration certaine pour Jacopo Balduino. Sa réputation doit beaucoup à l'estime que lui marque Cino da Pistoia, puis à l'influence qu'il exerce sur Bartole et Balde, ce qui se vérifie d'ailleurs pour les questions touchant aux conflits de lois et de juridictions. Sa grande œuvre, la *Lectura Codicis*, fut longtemps considérée comme l'œuvre de son disciple, Pierre de Belleperche, en raison de l'édition de Paris de 1519, qui l'avait faussement attribuée à ce dernier. Il est également l'auteur d'une *Lectura Digesti veteris*, d'une *Lectura Digesti novi*, d'une *Lectura Autenticorum*, voire, de manière plus incertaine, d'une *Lectura Institutionum*, mais aussi de *Repetitiones* et peut-être même d'un *Dictionarium juris*. Bien que redécouvert tardivement, la bibliographie à son sujet est abondante : voir, entre autres, Voir Eduard-Maurits MEIJERS, « L'université d'Orléans au XIII^e siècle », *Études d'histoire du droit*, éd. Robert Feenstra, Leyde, 1959, vol. 3, pp. 3-148 ; ID., *Études d'histoire du droit international privé*, Paris, 1959, pp. 95-106, 124-128 et 166-169 ; Laurent WAELKENS, *La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny*, *Rechtshistorische Studies*, n°10, Leyde, 1984 ; Cornelis (Kees) H. BEZEMER, *Les répétitions de Jacques de Révigny : recherches sur la répétition comme forme d'enseignement juridique et comme genre littéraire*, Leyde, 1987 ; Robert FEENSTRA, « L'École de droit d'Orléans au XIII^e siècle et son rayonnement dans l'Europe médiévale », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°13, 1992, pp. 23 et sq. ; Franck SOETERMEER (et Marie BASSANO), « REVIGNY (de Ravenneio, de Ravigneio) », Jacques (de) », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 867-870.

¹⁰⁷ Pierre DE BELLEPERCHE (vers 1247-1308), originaire du Bourbonnais, a suivi les enseignements de Raoul d'Harcourt à Orléans et semble avoir commencé son enseignement vers 1277 jusqu'en 1296, date à laquelle il est nommé clerc du roi et membre du Parlement de Paris. Se mettant au service du roi, il effectue plusieurs missions diplomatiques d'importance. Il figure parmi les conseillers les plus proches du roi Philippe le Bel et participe ainsi aux

leurs disciples Lambert de Salins et Jean Faure¹⁰⁸, tient à ce qu'ils recueillent, à la fois, la tradition des glossateurs et le fruit des efforts déployés par la doctrine canoniste depuis le décret de Gratien. Leur sensibilité marquée pour le droit canonique ne fait que refléter l'environnement même de l'École, où voisinent enseignement du droit romain et enseignement de droit canonique, et dont l'une des raisons d'être est de former le clergé de l'Église de France. Mais l'École d'Orléans a tout aussi vocation à former des légistes aptes à se mettre au service de la Couronne. Toutes ces raisons convergent pour dessiner les contours d'un mouvement doctrinal qui, sans renier sa fidélité envers le droit de Justinien, marque son indépendance à l'égard des textes romains et des techniques d'interprétation. Délaissant la glose et préférant les *lecturae* et les *repetitiones* qui leur laissent davantage de liberté, les juristes orléanais, qualifiés par la suite de *Moderni* ou d'*Ultramontani*, s'ouvrent aux champs de réflexion qu'offre la pratique judiciaire et extrajudiciaire. Cette dernière les incite à considérer que les *consuetudines*, qui tiennent la première place de l'ordre juridique du Royaume, sont assimilables et équivalentes – en tant que *jura propria* – aux *statuta* des docteurs italiens : les deux termes voisinent et se confondent, d'ailleurs, allègrement sous la plume des Orléanais. Par ailleurs, les conflits de coutumes, fréquents à une époque où les coutumes sont

négociations de paix avec l'Angleterre (1302) et la Flandre (1305). Il devient garde du sceau et conserve sa charge jusqu'en 1307, où il est remplacé par Guillaume de Nogaret. Il finit sa carrière en accédant au siège épiscopal d'Auxerre, mais meurt peu après. Comme Révigny, sa réputation doit beaucoup à l'estime que lui marque Cino da Pistoia (qui l'a peut-être connu personnellement), puis à l'influence qu'il exerce sur Bartole et Balde, ce qui se vérifie d'ailleurs pour les questions touchant aux conflits de lois et de juridictions. Il est l'auteur de plusieurs *Lecturae* : *Lectura Codicis*, *Lectura Digesti novi*, voire, de manière incertaine, une *Lectura Digesti veteris* et une *Lectura Infortiati*. De même, il a laissé des *Brocarda* ou *Distinctiones* et un grand nombre de *Repetitiones*. Sur Belleperche, voir, entre autres, Eduard-Maurits MEIJERS, « L'université d'Orléans au XIII^e siècle », *Études d'histoire du droit*, éd. Robert Feenstra, Leyde, 1959, vol. 3, pp. 3-148 ; ID., *Études d'histoire du droit international privé*, Paris, 1959, pp. 95-106, 129-134 et 170 ; Cornelis (Kees) H. BEZEMER, *Les répétitions de Jacques de Révigny : recherches sur la répétition comme forme d'enseignement juridique et comme genre littéraire*, Leyde, 1987 ; Robert FEENSTRA, « L'École de droit d'Orléans au XIII^e siècle et son rayonnement dans l'Europe médiévale », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°13, 1992, pp. 23 et sqq. ; Franck SOETERMEER, *Pierre de Belleperche, Portrait of a Legal Puritan*, Francfort, 2005 ; Franck SOETERMEER (et Marie BASSANO), « BELLEPERCHE (*de Bellapertica*), Pierre de », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 81-83.

¹⁰⁸ Aux côtés de Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche, prennent place leur successeur direct à la chaire de droit romain d'Orléans, Lambert de Salins, et leur disciple, Jean Faure, qui, sans avoir d'attaches avec Orléans, n'en est pas moins le fidèle et dévoué héritier des deux grands Orléanais. *A contrario*, un grand nom de l'École française comme le Toulousain Guillaume de Cun († 1336), n'aborde pas la matière pénale dans ses développements sur les conflits de lois, qu'il rédige dans les années 1310.

Lambert DE SALINS (XIII^e-début XIV^e siècle), parfois désigné, à tort, comme *Lambertus de Ramponibus* (en réalité, Lambertino Rampóni), et dont la vie nous est très mal connue, est un ecclésiastique et un professeur de droit de l'Université d'Orléans. Élève de Pierre de Belleperche, il lui succède à la chaire de droit romain en 1296. Il est l'auteur, à l'image de Belleperche, de *Distinctiones* sur le Digeste Vieux et sur le Code et a aussi apporté des *additiones* sur la *Lectura Codicis* de son maître. Ses *Distinctiones* sont citées par des juristes italiens aussi renommés que Cino da Pistoia ou Balde. Sur Lambert de Salins, voir Robert FEENSTRA, « SALINS (*de Salinis*), Lambert de », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 911-912.

Jean FAURE (vers 1275-1340), également connu sous les noms de Jean Faber, Jean de Roussines ou Jean de Montbron, est originaire de l'Angoumois. Il suit ses études de droit à Montpellier puis, semble-t-il, à Bologne, où il aurait obtenu le doctorat. Il devient ensuite avocat près des juridictions d'Angoulême, puis a peut-être exercé les fonctions de sénéchal de la haute justice de la baronnie de La Rochefoucauld en Angoumois. Praticien, il est l'auteur d'un *Brevarium super Codice*, rédigé entre 1325 et 1330, et d'une *Lectura Institutionum*, rédigé entre 1335 et 1340. Peu porté sur les controverses savantes et les enseignements universitaires, il est néanmoins un disciple revendiqué de Jacques de Révigny et de Pierre de Belleperche, montrant la même sensibilité envers les coutumes de France et la pratique judiciaire, notamment celle du Parlement. Il est également versé dans le droit canonique, comme en témoignent ses références à l'œuvre de Guillaume Durand ou de Giovanni d'Andrea. Son « Commentaire sur les Institutes » exerce une influence certaine sur les auteurs coutumiers des XVI^e et XVII^e siècles, parmi lesquels le Bourguignon Chasseneuz et le Parisien Dumoulin. Sur Jean Faure, voir Paul FOURNIER, « Jean Faure, légiste », *Histoire littéraire de la France*, 1921, vol. 35, p. 556-580 ; Cornelis (Kees) H. BEZEMER, *Les répétitions de Jacques de Révigny : recherches sur la répétition comme forme d'enseignement juridique et comme genre littéraire*, Leyde, 1987 ; Katia WEIDENFELD, « FAURE (*Fabri*) Jean (Jean de Roussines, Jean de Montbron) », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 417-418.

particulièrement nombreuses, suscitent un abondant contentieux que le Parlement de Paris se charge d'arbitrer. Le ressort du Parlement transcendant les multiples détours coutumiers, sa jurisprudence participe à la détermination des rattachements les plus appropriés aux différentes matières juridiques dont il a à connaître, afin de procéder mieux à l'arbitrage en question. Une telle manière de faire ne sera pas sans exercer une influence décisive sur l'approche d'un Révigny.

Cette identité juridique que les juristes orléanais cultivent avec soin se retrouve avec une force particulière dans la méthode qu'ils mettent en œuvre et qui s'inspire directement de la dialectique héritée de la scolastique des théologiens : la réponse qu'ils développent à l'occasion du point de droit considéré est une réponse en plusieurs temps qui se construit à l'aide de nombreuses divisions et subdivisions. Cette approche dialectique est à l'origine des catégories juridiques que passent en revue les juristes de l'École d'Orléans, en reprenant, à la suite de Jacques de Révigny, la distinction de Jacopo Balduino entre les statuts *ad ordinandam litem*, qui regardent la procédure, et qui sont tous unanimement soumis au *stilus curiae*, et les statuts *ad decidendam litem*, qui regardent le fond du droit et qui requièrent, chacun, plus ample examen¹⁰⁹. Par conséquent, leurs commentaires se prononcent aussi bien sur le champ d'application des règles de procédure que sur celui des catégories qui définissent le droit matériel : délits, contrats et diverses questions de droit privé. En effet, leur formation intellectuelle les encourage, désormais, à se détacher de l'interprétation exégétique et à ordonner leur réflexion autour d'une classification, d'une compartimentation, d'une catégorisation des différentes questions de droit privé et pénal. À partir des Orléanais, les exposés synthétiques, toujours arrimés aux textes romains, deviennent l'une des marques de fabrique du *jus civile*, ainsi que le démontreront les œuvres de leurs successeurs italiens : il en découle que, grâce aux apports de Révigny, Belleperche et de leurs pairs français, la science des conflits de loi connaît, par là même, une étape décisive dans son évolution et son développement.

Dans les développements qu'ils consacrent à la loi pénale, qui, seule, doit nous retenir ici, les Orléanais brillent, toutefois, moins par leur originalité ou leur singularité que par leur fidélité à l'héritage de leurs aînés¹¹⁰. En effet, les solutions qu'ils préconisent sur la délicate question de la soumission de l'étranger délinquant aux lois pénales du territoire sur lequel il a commis son délit marquent, en effet, une confluence entre les doctrines canoniste et civiliste du XIII^e siècle. Le creuset romano-canonique aboutit à dessiner, ainsi, les traits saillants de la « loi de sûreté », mais aussi des tempéraments qui empêchent encore de lui reconnaître une territorialité absolue.

En l'occurrence, les juristes de l'École d'Orléans partent, tous, de la maxime traditionnelle *statutum (vel consuetudo) non ligat nisi subditos* pour déterminer le champ matériel et territorial d'application de cette exemption, mais aussi – et surtout – en souligner les évidentes limites, dès lors que le délit est commis sur un territoire où il existe un statut pénal particulier et dérogoratoire au droit commun. Les civilistes du début du XIII^e siècle, en approfondissant la portée de ladite

¹⁰⁹ Sur cette distinction, voir, *supra*, p. 50, note 88.

¹¹⁰ L'assertion doit se nuancer si l'on prend en compte l'ensemble du champ du droit pénal envisagé par les Orléanais. Leurs commentaires de la loi *Cunctos populos* (à propos de la loi pénale) et de l'Authentique *Qua in provincia* (à propos de la compétence juridictionnelle) révèlent des juristes soucieux de recueillir et de consolider les acquis de la doctrine romano-canonique du XIII^e siècle, sans qu'ils ne jugent nécessaires de confronter ces derniers avec la pratique en vigueur au Parlement de Paris à la même époque, pratique qui est, pourtant, bien différente. En revanche, leur attitude n'est pas la même lorsqu'ils abordent le volet de la coopération judiciaire et, en particulier, de l'extradition de l'étranger délinquant (à travers divers textes du Code et des Nouvelles) : ils s'alignent alors sur la jurisprudence française et défendent une pratique qui est bien éloignée de celle qui avait cours en Italie et qui recueillait les faveurs des auteurs italiens. Pour une approche détaillée de la doctrine pénale des Orléanais, prise dans son ensemble, voir EDUARD-MAURITS MEIJERS, *Etudes d'histoire du droit international privé*, Paris, 1967, pp. 97-100 et LUC SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 96-102. Voir également HENRI DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, *op. cit.*, pp. 119-120.

maxime, avaient déjà démontré qu'elle pouvait, et devait, céder le pas devant la nécessaire soumission aux lois pénales particulières¹¹¹. Comment faire pour concilier deux directives, en apparence, aussi contradictoires ? C'est là qu'intervient le jeu des distinctions, qui leur permet de tirer pleinement parti des travaux de leurs prédécesseurs, canonistes et civilistes.

Par conséquent, la première distinction repose sur la nature de l'infraction et sur la source normative qui en édicte les conditions et prononce la peine à l'égard de celui qui en est l'auteur : soit le délit est sanctionné par le droit commun et par le statut ou la coutume, soit le délit n'est pas sanctionné par le droit commun, mais, à titre spécial, par le statut ou la coutume ; soit, selon Révigny, le délit n'est sanctionné ni par le droit commun, ni par le statut, mais seulement par la coutume. La seconde distinction porte sur la peine qui est prononcée en cas de condamnation et sur l'étendue qui doit lui être accordée : dans le cas, seul envisagé en l'espèce, où la peine établie par le statut ou la coutume est plus sévère que celle infligée par le droit commun, faut-il appliquer à l'étranger reconnu coupable la sanction édictée par le statut ou la coutume ou celle qui est prévue par le droit commun ?

Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche tirent, tous deux, dans leurs commentaires respectifs sur la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.), les pleines conséquences du principe de la double compétence, législative et juridictionnelle, en faveur du lieu de commission de l'infraction, en faisant toujours prévaloir le *jus proprium*, statut ou coutume, sur la loi romaine. Révigny, dans une dissertation que reprendra et simplifiera son disciple Belleperche, est le premier à s'exprimer à ce sujet dans sa *Lectura super Codice*, à la loi *Cunctos populos* :

[Jacques de Révigny, sur la loi *Cunctos populos*] Justement, venons-en à la loi qui est alléguée ici afin de résoudre la *quaestio de facto*. Envisage le cas suivant : il y a une coutume, dans cette ville, selon laquelle ceux qui dégainent leur couteau à l'adresse d'autrui sont punis d'une peine déterminée. Envisage le cas de la manière suivante : alors qu'un étranger est de passage dans cette ville et qu'il tire son couteau à l'encontre d'un autre homme, sera-t-il puni ? Maître Guichard de Langres distingue ici, et à juste titre :

- 1) ou bien l'étranger aurait commis un délit s'il n'y avait pas de statut à ce sujet ;
- 2) ou bien il n'aurait pas commis de délit s'il n'y avait pas de statut à ce sujet – ainsi, dans le cas où il aurait menacé de son couteau qui avait l'intention de le tuer, parce qu'il est permis, de droit (commun), de répondre à la force par la force – et, dans ce cas-là, il n'est pas puni, parce que, de même que l'Empereur, la coutume, n'oblige que ses seuls sujets, et, ainsi qu'il est démontré à la présente loi *Cunctos populos* du Code et au paragraphe *Is, qui possidere* de la loi *Cum Unus* du Digeste (D. 42.5.12.1).

Si, cependant, il a commis un délit, alors qu'il n'y avait pas de statut à ce sujet – ainsi du cas où il aurait tiré son couteau contre l'homme qui lui a adressé des injures ou qui a voulu le frapper de son poing –, alors, dans ce cas, il faut le punir, mais, parce qu'il a commis un délit ici même et s'est ainsi soumis au for, seule la coutume du lieu peut lui fixer la peine, comme le rappelle l'Authentique *Qua in Provincia* (C. 3.15.2 ; Nouvelle 69, chapitre 1).

De même, ou bien le statut a été édicté en vue de l'utilité publique, ou bien il l'a été au détriment des étrangers :

- 1) si c'est au détriment des étrangers, il n'est pas valable, tel celui qui, par exemple, les assujettirait à redevance, parce que personne ne peut ainsi les taxer, selon le titre *Vectigalia nova instituti non posse* du Code, dans son ensemble (C. 4.62.) ;
- 2) s'agit-il, au contraire, de servir l'utilité publique, comme, par exemple, de fixer le prix auquel une chose peut être vendue ou bien, encore, d'interdire à quiconque de circuler la nuit, il est valable, ainsi qu'il est dit au paragraphe *Cura carnis* de la loi *Omnia omnino* du Digeste (D. 1.12.1.11)¹¹².

¹¹¹ Voir, *supra*, pp. 40-42.

¹¹² Jacques DE REVIGNY, *Lectura super Codice*, Bologne, 1967 (éditée sous le nom de Petrus Bellapertica : réimpression

Pour bien restituer la pensée de Révigny, il faut partir de l'idée que l'auteur cherche à répondre à la question de la soumission du délinquant étranger au *jus proprium*, statut ou coutume, qui sanctionne le fait délictueux, et cela en étagant les rapports entre le statut et la coutume. Dans sa dissertation, si Révigny n'envisage, à aucun moment, de rappeler que, à défaut de *jus proprium* statuant sur le délit en question, le *jus commune*, du fait de sa vocation subsidiaire universelle, est, naturellement, compétent pour réprimer l'agissement répréhensible, qui ne saurait demeurer impuni : faute de dispositions spéciales, c'est nécessairement la loi générale qui est appelée à s'appliquer. L'évidence ne mérite pas d'être rappelée. Le juriste orléanais se concentre uniquement sur l'hypothèse où une coutume à caractère pénal se confronte, ou non, à un statut local destiné à régler le même fait.

Dans un premier temps de son commentaire, Révigny ne fait que reprendre, pour l'approuver, la distinction de son maître Guichard de Langres :

1° soit il s'agit d'un délit au regard de la coutume et, en l'absence de statut, la coutume est seule compétente pour en connaître ;

2° soit il ne s'agit pas d'un délit au regard de la coutume, et, dans ce cas-là, il n'y a pas matière à punir l'étranger. Révigny donne l'exemple, à ce propos, du coup de couteau porté en situation de légitime défense, qui n'est pas retenu comme une charge à l'encontre de l'étranger. En toute logique, il n'a pas à être puni, puisqu'aucune norme locale n'entend intervenir, pas davantage que ne le fait le droit commun.

Cette distinction offre surtout intérêt de rappeler que, dans la hiérarchie des *jura propria* telle que semble la concevoir Révigny, le statut l'emporte sur la coutume, celle-ci n'ayant qu'un caractère subsidiaire.

Dans un second temps, il envisage trois cas de figure où le *jus proprium*, que ce soit la coutume ou le statut, entend intervenir pour réprimer le fait délictueux :

1° Si, faute de statut à ce sujet, il existe une coutume, alors, « seule la coutume du lieu peut lui fixer la peine » : ce n'est là que l'application, très classique, des dispositions de l'Authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2. ; Nouvelle 69, chapitre 1). De toute évidence, pour l'auteur, la compétence du *forum loci delicti* s'accompagne de celle de la *consuetudo loci delicti*.

2° S'il existe un statut à ce sujet, il faut considérer la finalité du statut. Si le statut a été édicté *propter utilitatem publicam*, alors, il s'impose à tous, citoyens comme étrangers, et, en vertu de la *lex loci delicti*, il s'applique indistinctement à tous les délits commis sur le territoire de la ville.

3° S'il existe un statut à ce sujet, il faut considérer la finalité du statut. Si le statut a été édicté, cette fois, *in prejudicium alienigenarum*, il n'a pas, pour autant, vocation à s'appliquer à l'étranger et se voit dénier toute valeur normative, parce qu'il durcit, à outrance, la condition juridique de l'étranger, par

de l'édition de Paris, 1519), fol. 2rb, à la loi *Cunctos populos* au titre *De summa Trinitate : Modo veniamus ad allegatam legem ad questionem de facto*. *Pone : consuetudo est in villa ista quod, qui traxerunt cultellum super aliquem hominem, quod certa pena puniantur. Pone ergo : alienigena facit transitum per istam villam et trahit cultellum super aliquem hominem; numquid ergo punitur ? Distinguit dominus Guichardus et bene : iste alienigena aut delinqueret si non esset statutum, aut non delinqueret si non esset statutum — ut quando traxit cultellum super volentem eum occidere, quia de jure licet vim vi repellere — et tunc non punitur, quia imperator non ligat nisi sibi subjectos, ergo nec consuetudo, ut hic et ff. de rebus auctoritate judicis, lex cum unus § 1. Si autem deliquisset, etiam si non fuisset statutum — ut quando extraxit cultellum super hominem dicentem sibi solam injuriam vel volentem ipsum percutere de pugno —, et tunc ipse puniendus est, sed, quia ibi deliquit et sic forum contraxit, ipsa consuetudo penam solum taxat, Authentica qua in provincia. Item aut statutum fuit propter utilitatem publicam, aut in prejudicium alienigenarum : si in prejudicium alienigenarum, non valet, [ut] quod solvant vectigalia, quia nullus potest [eis] imponere vectigalia ; si propter utilitatem publicam, ut quod certo precio res vendatur vel quod nullus eat de nocte, valet arg. ff. de officio praefecti urbi, lex omnia § 11. (texte rapporté par Eduard-Maurits MEIJERS, *Etudes d'Histoire du droit international privé*, Paris, 1967, pp. 124-126, spéc. p. 124).*

rapport aux normes généralement admises. Sans doute, alors, la coutume a-t-elle, en ce cas, de nouveau, son mot à dire.

La courte dissertation de Révigny sur les délits soulève des difficultés et des ambiguïtés qui appellent l'interprète à faire preuve de la plus grande prudence. Mais il est, toutefois, possible d'en résumer l'esprit en quelques mots : s'il n'existe pas de dispositions spéciales (statutaires, voire coutumières) relatives aux délits commis sur le territoire, le droit commun s'applique à des faits qu'il répute illicites ; *a contrario*, s'il existe des dispositions spéciales, qui visent à réprimer des faits qui ne sont pas illicites au regard du droit commun, alors, seuls le statut *propter utilitatem publicam* et, à défaut, la coutume peuvent connaître de l'agissement délictueux qu'il s'agit de sanctionner¹¹³.

Le mérite de Révigny, selon le point de vue qui est le nôtre, tient essentiellement à ce qu'il est l'un des premiers, si ce n'est le premier, des civilistes à avoir fondé la territorialité absolue du statut pénal dès lors que celui-ci répond à l'impératif de l'*utilitas publica*. Or, à cet égard, il est manifeste que Révigny a été sensible à la doctrine canoniste, qui s'était emparée de la notion de l'*utilitas communis*, contenue dans le canon *Placuit*, inséré au canon 4 de la question III de la VI^e cause du Décret de Gratien¹¹⁴. Or, le canon en question a été érigé, aux côtés des canons *Quae contra* (Distinction VIII, canon 2 du Décret) et *A nobis* (X. 39.21.5), en emblème de la soumission de l'étranger, même de passage, aux lois pénales du territoire et se range directement parmi les autorités qui soutiennent le plus fermement le caractère de « loi de sûreté » des dispositions pénales en question.

Dans sa répétition sur la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.), Pierre de Belleperche s'inscrit dans la lignée de Jacques de Révigny et reprend les grandes lignes, de manière plus condensée, des distinctions que son célèbre aîné avaient mises en avant. En défendant ainsi l'opinion des *Moderni* (terme qui désigne, dans son esprit, Révigny et peut-être son maître Raoul d'Harcourt), il rappelle, par la même occasion, tout le chemin parcouru par la doctrine depuis la consécration du principe *statutum non ligat nisi subditos* si chers aux *doctores antiqui* :

[Pierre de Belleperche, sur la loi *Cunctos populos*] ... La présente loi sert de porte d'entrée à un certain nombre de *quaestiones* : se serait-elle trouvée à la fin du livre, elle n'en susciterait aucune, mais, parce que c'est la première loi, c'est pour cette raison qu'elle est solennisée. Les Modernes introduisent, à son sujet, une *quaestio de facto*. Il y a un statut, dans cette ville, selon lequel, si quelqu'un porte un coup de couteau, il est condamné à perdre le poing ; considère le cas suivant : si un étranger porte un coup de couteau, est-il soumis à ce statut ? Les Docteurs soutiennent qu'il n'en est rien : la présente loi dit explicitement que l'ordre de l'Empereur n'oblige que ses seuls sujets. Donc, à plus forte raison, le statut de la cité n'obligera pas les étrangers ; ainsi répond-t-on à ce propos dans un premier temps et l'on tire argument des lois *Extra territorium* (D. 2.1.20) et au paragraphe *Is, qui possidere* de la loi *Cum Unus* du Digeste (D. 42.5.12.1).

Que devons-nous dire, par conséquent ? Les Modernes distinguent de la manière suivante :

- 1) ou bien ce sur quoi le statut a été pris est un délit, abstraction faite de ce statut ;
- 2) ou bien ce n'est pas un délit, abstraction faite du statut.

¹¹³ Exposée ainsi, une telle lecture du texte de Révigny concorde avec celle qu'en donne, brièvement, Eduard-Maurits MEIJERS, dans ses *Etudes d'Histoire du Droit international privé*, Paris, 1967, pp. 97-98 ; cependant, si Meijers évoque les deux auteurs, son analyse correspond mieux au texte de Pierre de Belleperche qu'à celui de Révigny. Accessoirement, relevons que Jacques de Révigny est le seul, parmi ceux des auteurs français de l'époque qui s'expriment sur la matière pénale, à aborder la question des rapports entre statuts et coutumes, sans nécessairement les tenir pour parfaitement équivalents et les confondre dans une qualification unitaire qui renvoie à leur nature commune de *jura propria*, comme le fera, plus tard, Jean Faure (voir, *infra*, pp. 66-67) lorsqu'il évoquera, à propos des délits, les *statuta vel consuetudines*.

¹¹⁴ Sur le canon *Placuit* (cause VI, question III, canon 4) du Décret et la notion d'*utilitas communis*, mise en rapport avec celle d'*utilitas publica*, voir, *supra*, pp. 34-35 et les notes 66 et 67.

1) Si, abstraction faite du statut, il y a délit – par exemple, tirer son couteau pour tuer un homme est un délit même à défaut de statut, ainsi que le montre la loi *Si quis necandi* du Code (C. 9.16.7) –, en ce cas, les étrangers sont soumis à ce statut. Les Modernes approuvent : car quelqu'un s'assujétit au tribunal par le délit qu'il commet : dès lors, s'il a commis son délit ici, il relève du tribunal d'ici : donc il est soumis au statut de ce tribunal, en vertu de l'Authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2. ; Nouvelle 69, chapitre 1).

2) Ou bien ce sur quoi le statut a été promulgué n'est pas un délit, abstraction faite de ce statut – par exemple, le statut qui dispose que quiconque traverse un pont après l'heure des complies doit payer une somme de dix sous –, en ce cas, alors, si un étranger traverse le pont, il ne tombe pas sous le coup du statut : ainsi en disposent la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20.) et le paragraphe *Is, qui possidere* de la loi *Cum Unus* (D. 42.5.12.1) du Digeste et ainsi l'enseignent les Anciens.

Certains travaux plus récents distinguent, et à juste titre ; si tu demandes : « est-ce que l'étranger est soumis au statut de la cité ? », il importe de distinguer :

1) ou bien il s'agit d'un délit, abstraction faite du statut et, alors, peut être attiré ici en justice celui qui ressortit au tribunal d'ici (c'est ainsi que j'interprète l'authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2 ; Nouvelle 69, chapitre 1, qui est le siège de la matière ; et voyez l'exemple que j'y évoque) ;

2) Ou bien ce sur quoi le délit est intervenu n'est pas autrement un délit et, dans ce cas, il faut distinguer :

a) ou bien ce sur quoi le délit est intervenu regarde l'intérêt public, comme, par exemple, le statut qui interdit à quiconque de vendre des poissons morts et qui dispose que, si jamais quelqu'un vient à vendre, il encourt la peine de cinq sous : dans ce cas, le statut obligera les étrangers, ainsi qu'il est dit aux paragraphes *Cura carnis* et *Quies quoque* de la loi *Omnia omnino* du Digeste (D. 1.12.1.11) ;

b) ou bien le délit ne regarde pas l'intérêt public, comme, par exemple, le statut qui interdit à quiconque de franchir le pont après extinction des feux sous peine de devoir payer une amende de dix sous : dans ce cas, le statut n'obligera pas les étrangers, conformément à la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20) et le paragraphe *Is, qui possidere* de la loi *Cum Unus* (D. 42.5.12.1) du Digeste. J'approuve cette distinction¹¹⁵.

Pour étudier la portée du statut répressif, Belleperche s'appuie sur une distinction qu'il reprend à Jacques de Révigny, qu'il range parmi les *Moderni*, et qui repose sur la conformité de la disposition statutaire avec le *jus commune* ou non :

¹¹⁵ Pierre DE BELLEPERCHE, *Répétition sur la loi Cunctos populos (C.1.1.1.)*, Francfort, 1571 : ... *Lex presens inducitur ad questionem : si in fine libri esset, non induceretur ad unam, sed, quia lex prima est, ideo sollempnisatur. Moderni eam inducunt ad questionem de facto. Statutum est in civitate quod, si quis extrahat cutellum, quod amittet pugnium ; pone : aliquis extraneus alienigena extrahit cutellum, numquid ligetur statuto ? Doctores argunt quod non ; lex ista dicit quod preceptum Imperatoris solum ligat subjectos. Ergo multo forcius statutum civitatis non ligabit extraneos ; sic loquitur hic primo responso et argum. D. 2.1.20 et 45.5.12, § 1. Quid ergo dicemus ? Doctores moderni sic distinguunt : aut istud, super quo statutum est factum, circumscripto statuto delictum est ; aut circumscripto statuto illud delictum non est. Si circumscripto statuto est delictum – verbi gratia, extrahere cultuellum ad interficiendum hominem delictum est circumscripto statuto, ut. C. 9.16.7 –, tunc isto statuto ligantur alienigene et probant sic : nam ratione delicti sortitur quis forum, ergo cum hic delinquat, hic sortitur forum, ergo ejus statuto ligatur (argum. Auth. C.3.15.2 = Nov. 69, c. 1) ; aut istud, super quo statutum est appositum, non esset delictum circumscripto statuto – verbi gratia, statutum est ut quicumque pontem transeat post horam completorii, quod solvet decem –, in casu isto tunc, si extraneus transeat, non incidit in statutum : sic intelligunt D. 2.1.20 et 42.5.12, § 1, et ita dicunt doctores antiqui. Quedam noviora scripta plenius distinguunt et bene ; si tu queras : « Numquid extraneus ligetur statuto civitatis ? », refert : aut istud est delictum circumscripto statuto et tunc potest hic conveniri, qui hic sortitur forum (sic intelligo auth. allegatam *Qua in provincia*, C. 3.15.2., et exemplum vidistis) ; aut illud, super quo statutum est interpositum, non alias esset delictum et tunc refert : aut illud, super quo statutum est interpositum, publicam utilitatem respicit, ut quod aliquis non vendat pisces mortuos et, si vendat, quod incidat in penam quinque solidorum, in casu isto extraneos ligabit (argum. D. 1.12.1, §§ 11 et 12) ; aut non respicit publicam utilitatem, ut quod nullus transeat pontem post ignitegium sub pena decem, tunc non extraneum ligabit statutum (ut D. 2.1.20 et C. 42.5.12, § 1) et huic distinctioni adquiesco.*

Le texte de la répétition a été établi par Eduard-Maurits MEIJERS, dans ses *Etudes d'Histoire du Droit international privé*, Paris, 1967, sur la base de l'édition de Francfort de 1574, comparée au manuscrit 34 du Peterhouse College de Cambridge, f^o1 v^o, et repris par les traducteurs des *Etudes*, Pierre-Clément TIMBAL et Josette METMAN, qui ont utilisé deux manuscrits : Paris, BN, lat. 15424, f^o 19 et Florence, Bibliothèque Laurentienne, Pluteus VI Sin. Cod. IV, f^o 5 v^o. Pour cette dernière version, voir les *Etudes* aux pages 129-130, et la note.

1^o Ainsi, si le statut ne fait que s'inscrire dans la lignée du droit commun, en légiférant sur un délit prévu par ce dernier (ainsi de l'homicide ou de la tentative d'homicide), les étrangers sont nécessairement soumis à ce statut, car, « le droit romain [est] considéré comme l'expression d'une conception juridique universelle » (Eduard-Maurits Meijers). Toutefois, rien n'interdit au statut d'intervenir pour aggraver ou alléger la peine fixée par le droit commun, modifier le quantum de la peine, etc. La justification de Belleperche confirme, si besoin était, que les civilistes adhèrent au principe de la double compétence, juridictionnelle et législative, du lieu de commission du délit : « car quelqu'un s'assujettit au tribunal par le délit qu'il commet : dès lors, s'il a commis son délit ici, il relève du tribunal d'ici : donc il est soumis au statut de ce tribunal, en vertu de l'Authentique *Qua in provincia* ».

2^o En revanche, si le statut déroge explicitement au droit commun, dépassant celui-ci en vigueur et en sanctionnant des faits qu'il n'aurait pas réputés illicites (ainsi de la violation d'une interdiction de circuler nuitamment dans, ou en dehors de, la ville), alors, prenant le contre-pied des *doctores antiqui*, qui penchaient en faveur de l'exemption de l'étranger vis-à-vis de cette disposition dérogatoire, Belleperche se rallie à l'opinion des *Moderni*, qui établissent, à nouveau, une distinction : *huic distinctioni adquiesco*.

Cette sous-distinction n'est autre que celle que mettait déjà en avant Jacques de Révigny, dans le prolongement de la doctrine canoniste : il faut prendre compte la finalité du statut. Si ce dernier a en vue la *publica utilitas*, l'étranger ne peut se prévaloir d'aucune exemption et il est soumis à l'obligation d'observer la disposition pénale du lieu où il se trouve. En ce cas, le statut dérogatoire au droit commun étend ses effets sur l'étranger présent sur le territoire pour satisfaire un intérêt public. Si le statut n'a pas en vue la *publica utilitas* (à l'exemple de ce statut que Révigny considérait avoir été porté *in prejudicium alienigenarum*), alors, ce statut se heurte, par des dispositions jugées iniques, au principe de l'exemption de l'étranger. En ce cas, le statut dérogatoire ne peut étendre ses effets sur l'étranger présent sur le territoire, faute de trouver dans l'intérêt public la *ratio* qui en justifierait l'application exceptionnelle.

La distinction *publica utilitas*/absence de *publica utilitas*, essentielle dans la pensée de Révigny et de Belleperche, met en avant le caractère de loi de sûreté qu'ils acceptent de reconnaître à certaines dispositions statutaires en matière pénale. Toutefois, « certaines » ne signifie pas « toutes » : seules les règles statutaires visant à satisfaire un intérêt public peuvent prétendre assujettir l'étranger, quand les autres ne le peuvent pas. Ainsi, pour autant qu'une disposition pénale particulière est jugée à ce point exorbitante du droit commun qu'elle s'éloigne, par sa contenance, des valeurs représentées et défendues par les seuls droits universels, les civilistes, comme les canonistes, renâcleront à en déployer les effets à celui qui, pour être soumis au *jus commune*, n'entretient aucun lien de sujétion directe avec la cité. Il ne connaît pas suffisamment, présume-t-on, l'environnement civique (ou coutumier) dans lequel il se trouve pour deviner l'existence d'un statut aussi particulier. En effet, la préséance du *jus commune* empêche les civilistes de la fin du XIII^e siècle – fussent-ils les fidèles sujets du roi de France – d'envisager la législation particulière comme l'expression d'une pleine souveraineté qui s'adresserait à toutes personnes présentes sur son territoire, sans distinction, et les soumettrait à son pouvoir d'ordre public.

Dès lors, il faut faire état, ici, de ce tempérament qui prive la loi de sûreté du caractère absolu qu'elle pourrait prétendre dans un ordre juridique pleinement indépendant. S'il se heurte à un statut qui a été édicté *in prejudicium alienigenarum* ou qui n'est pas d'utilité publique, nous disent Révigny et Belleperche, l'étranger est, en ce cas, excusé et il échappe à l'application dudit statut. La remarque est d'importance, car elle signifie que les Orléanais souscrivent à l'exception qu'introduit

L'excuse d'ignorance légitime au bénéfice de l'étranger, excuse qui est admise en doctrine depuis Jacopo Balduini, d'après le témoignage de son élève Guillaume Durand, contemporain de Révigny¹¹⁶. Les Orléanais, et, en particulier, Jacques de Révigny, n'ont jamais fait mystère de leur attachement envers la pensée de Balduini et il n'est guère étonnant de les voir reprendre l'idée que l'ignorance de bonne foi du statut local offre une excuse à l'étranger qui serait sanctionné, par ce statut, pour un délit commis sur le territoire, sauf à ce que cette ignorance soit jugée *supina et crassa*, termes qui remontent à l'époque de Balduini. Les canonistes, et, en premier lieu, Hostiensis et Guillaume Durand, n'ont pas manqué de mettre leurs pas dans ceux de Balduini et de reprendre, à leur compte, non seulement le tempérament de l'ignorance légitime, mais également l'exception au tempérament que constitue la *supina et crassa ignorantia*.

Rattachement des délits au lieu de leur commission *propter utilitatem publicam* et tempérament – lui-même strictement délimité – de l'ignorance légitime en faveur de l'étranger : tout indique que Révigny, Belleperche et même leur disciple Jean Faure ont voulu transposer au droit statutaire (et, même, coutumier, pour le premier d'entre eux) les enseignements, en matière délictuelle, d'une doctrine canonique, qui, elle-même, doit beaucoup à Jacopo Balduini. Pour s'en convaincre, il n'est que de lire le commentaire que Jacques de Révigny consacre à la loi *Sine scripto* des Institutes (I. 1.2.9), relative à la coutume, et où il reprend, de manière synthétique, ses idées :

[Jacques de Révigny, sur la loi *Sine scripto*] Envisage la coutume qui, dans une ville, dispose que celui tire son couteau doit s'acquitter d'une amende de dix sous. Vient alors un étranger qui tire son couteau : est-il tenu, par la coutume, de s'acquitter de cette amende de dix sous ? Il semble qu'il n'en soit rien, parce qu'il ne fait pas partie de la population qui a introduit cette coutume. Donc il ne doit pas être soumis à la coutume. Voici ce qu'il faut dire à ce sujet : s'il ignorait ladite coutume, il n'est pas tenu, à moins qu'il n'ait fait preuve d'une ignorance crasse et négligente. Tu peux considérer qu'est « crasse » l'ignorance de celui qui a résidé dans la ville durant une année au moins, comme l'avancent certains. Mais tu diras plus justement : que l'ignorance est crasse ou non, c'est une question qu'il faut abandonner à l'arbitraire du juge, selon la loi *Si servus* du Digeste (D. 28.8.1.). S'il apparaît qu'elle n'est pas crasse, il n'est pas soumis à la coutume, selon les lois *Municipii lege* (D. 50.9.6) et *Regula*, au paragraphe *Sed facti* (D. 22.6.9.2.), où il est question de l'ignorance crasse). S'il avait connaissance de la coutume, il faut en conclure qu'il est soumis à la coutume, parce que, en tirant son couteau, il a commis un délit et que, de la sorte, en raison du délit qu'il a commis, il s'est soumis au tribunal du lieu, parce que la coutume l'oblige, non pas en tant qu'étranger, mais en tant que sujet. Il en est de même pour le contrat¹¹⁷.

Pour demeurer le plus fidèle possible au texte, il faut garder à l'esprit que Révigny n'envisage ici que la seule force normative de la règle coutumière (qui est directement évoquée par la loi *Sine scripto* en question) et qu'il n'aborde pas la question du statut. Or, comme nous l'avons vu, Révigny se garde bien de confondre les deux en une seule catégorie qui serait celle des *jura*

¹¹⁶ Sur l'opinion de Jacopo Balduini, rapportée par Guillaume Durand, voir, *supra*, pp. 37-38. Il faut rappeler, à ce stade, que Balduini ne voyait dans l'excuse d'ignorance qu'un facteur de mitigation de la peine ordinairement prononcée, conclusion que ses successeurs ne reprendront pas nécessairement à leur compte.

¹¹⁷ Jacques DE REVIGNY, *Lectura super Institutionibus*, à la loi *Sine scripto* (I. 1.2.9.) : *Pone, consuetudo est in civitate ista quod qui extrahit cultellum, solvet X. Venit quidam extraneus, extrahit cultellum, an liget istud ut teneatur solvere X ? Videtur quod non, quia non est subjectus populo qui induxit consuetudinem. Ergo ejus consuetudine non debet ligari. Dicendum : si ignorabat, non ligatur, nisi sit crassa et supina ignorantia. Pone, est crassa ignorantia, quia fuit in civitate per annum, ut dicunt quidam. Sed dic : an sit crassa vel non, iudicis arbitrio hoc relinquendum est (D. 28.8.8.1.). Si non sit crassa, non tenetur (D. 50.9.6 ; de crassa habet D. 22.6.9, § 2). Si sciens, dicendum quod tenetur quia extrahendo cultellum deliquit, et sic ratione delicti contrahit forum, quia consuetudo ligat ipsum, non ut extraneum, sed ut subjectum. Similiter sic est in contractu (texte rapporté par Eduard-Maurits MEIJERS, *Etudes d'Histoire du Droit international privé*, Paris, 1967, p. 98, à la note 173).*

propria sans distinction et de les assimiler purement et simplement. A ce titre, l'absence de toute référence à un statut qui disposerait *propter utilitatem publicam* s'explique parfaitement et n'indique pas d'infléchissement dans la pensée du juriste lorrain. Ceci posé, il apparaît que Révigny souscrit complètement à la théorie de l'excuse fondée sur l'ignorance légitime, qui, seule, peut lui permettre d'échapper à la compétence de principe qu'il rappelle *in fine* : la soumission *ratione delicti* à la *consuetudo* et au *forum* du lieu de commission. Il appartient à l'*arbitrium iudicis* de déterminer si l'ignorance est *justa* ou, au contraire, *crassa*, auquel cas l'excuse s'effondrerait d'elle-même et l'étranger serait, de nouveau, passible des peines arrêtées par la coutume.

Le témoignage de Jean Faure, légèrement postérieur, montre à quel point les positions défendues par Révigny et Belleperche ont pu exercer forte impression sur leurs successeurs, français et même italiens. Si Faure s'appuie sans réserve sur Révigny, sa présentation, brève et synthétique, de la question dans son commentaire sur la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.) laisse, toutefois penser, que c'est le critère de l'ignorance ou de la connaissance du statut qui l'emporte dans son esprit :

[Jean Faure, sur la loi *Cunctos populos*] L'argument défendu ici est que les coutumes pas plus que les statuts n'obligent les non-sujets. Là-dessus, tu diras qu'il faut se demander si l'étranger est lié par son délit ou par son contrat ou toute autre circonstance.

Premièrement, si jamais il commet un délit sur le territoire,

- soit il connaissait la loi locale et tu dois dire qu'il est soumis à cette loi, conformément à l'Authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2 ; Nouvelle 69, chapitre 1) ;

- soit il l'ignorait et tu dois distinguer :

a) ou bien le fait qui est interdit par le statut ou la coutume était, en soi, illicite et le statut l'oblige ;

b) ou bien le fait n'est pas illicite et le statut ne l'oblige pas.

C'est l'avis de Dino de Mugello, sur les lois *Si cui*, au paragraphe *Idem imperator* (D. 48.2.7.4) et *Volgaris*, au paragraphe *Si quis aes* (D. 47.2.21.2) du Digeste, et c'est ainsi que le comprend également Jacques de Révigny, pour ce qui est de la dernière branche de l'alternative, sauf si le statut local repose sur l'utilité publique, car, en ce cas et selon lui, les ignorants y sont soumis, selon la loi *Omnino omnino*, au paragraphe *Cura carnis* (D. 1.12.1.11).

Tu diras que les ignorants, sans distinction aucune, ne sont pas soumis à la peine fixée par la coutume ou le statut, mais que, par ailleurs, ils doivent être punis conformément au droit commun, comme l'indique le canon *Ut animarum* du Sixte (VI 1.2.2.), sauf s'ils ont fait preuve d'une ignorance crasse et négligente, comme l'évoque la loi *Municipii lege* du Digeste (D. 50.9.7) et tu corrigeras sur ce point le *Speculator* qui, sur le titre *De constitutionibus*, qu. 1, est d'avis contraire (Guillaume Durand, *Speculum juris*, livre III, première partie, titre *De constitutionibus*)¹¹⁸.

En résumé, l'étranger est soumis, à raison du délit qu'il a commis sur le territoire, à la coutume ou au statut local s'il en avait connaissance (ce qui rend toute argumentation fondée sur l'ignorance vaine) ou s'il a contrevenu à un statut qui regarde l'*utilitas publica*. En ce dernier cas, l'ignorance, même légitime, n'est pas prise en considération, eu égard à la particulière gravité que revêt la faute aux yeux de l'ordre juridique du lieu de commission et à l'importance que cet ordre

¹¹⁸ Jean FAURE, *Lectura super Codice*, à la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.) : *Et est argumentum quod statuta non ligent non subditos, item nec consuetudines. Super quo dic quod aut queritur utrum extraneus ligetur delinquendo aut contrahendo aut alias.*

Primo casu, aut sciebat et dic ligari, si delinquat in territorio (C. 3.15.2., *Auth. Qua in provincia*) ; *aut ignorabat et dic aut id quod est prohibitum per statutum vel consuetudinem era de se illicitum et ligat ; aut non, et non ligat. Sic tenet Dinus* (D. 48.2.7., § 4 et D. 47.2.21, § 2) *et hoc intelligit Jacobus de Ravannis, quantum ad ultimum membrum, nisi verteretur publica utilitas, nam tunc ligant ignorantes secundum eum* (D. 1.12.1., § 11). *Tu dicas indistincte non ligari ignorantes pena consuetudinis vel statuti, sed debere alias puniri de jure communi* (VI., I, II, c. 2), *nisi esset ignorantia crassa vel supina (ut D. 50.9.6.) et corrige Speculatorem, de constitutionibus, qu. 1, qui notat contra* (texte rapporté par Eduard-Maurits MEIJERS, *Etudes d'Histoire du Droit international privé*, Paris, 1967, p. 141).

juridique accorde à sa répression. Cette dernière hypothèse semble, d'ailleurs, davantage à mettre au crédit de l'autorité de Révigny qu'à une adhésion ferme de Faure. En tout état de cause, l'étranger, auteur du délit en pleine connaissance de cause, est entièrement aux mains de la loi et du tribunal ayant cours à l'endroit même où il a perpétré l'acte répréhensible. Jean Faure, toutefois, de manière fort peu claire et *a priori* contradictoire, affirme, à l'inverse de Révigny et de Belleperche, que l'étranger coupable d'ignorance échappe à la peine fixée par le statut ou la coutume et doit subir la peine de droit commun. Tout au plus concède-t-il que, lorsque l'ignorance est jugée *supina et crassa*, il devra subir la peine que le statut ou la coutume y attache. De même, sa dissertation tend à assimiler complètement le *statutum* et la *consuetudo* (*per statutum vel consuetudinem*, dit le texte), révélant ainsi une conception unitaire de ces deux types de *jura propria* et un éloignement sensible avec les thèses de Révigny.

Indépendamment de ces quelques nuances, le commentaire de Jean Faure permet de mesurer le chemin parcouru : durant cette première moitié du XIV^e siècle, doctrine canoniste et civiliste se sont jointes pour confirmer la règle de la double compétence – juridictionnelle et législative – de la *lex loci delicti* et pour écarter l'exemption de principe de l'étranger chaque fois qu'il en va de l'*utilitas publica* ou dès lors qu'une ignorance impardonnable le disqualifie au point de lui ôter tout motif d'excuse. Toutefois, afin de lui éviter d'avoir à souffrir les foudres d'une législation trop rigoureuse par rapport aux valeurs portées par le *jus commune*, la doctrine, unanimement, lui accorde le bénéfice, sous condition, d'une excuse légitime qu'il appartient à la justice d'apprécier par rapport aux circonstances qui lui sont rapportées.

Une question reste à résoudre, qui interroge les rapports qu'entretient le *jus commune* avec les *jura propria* : lorsque les faits délictueux reprochés à l'étranger sont jugés illicites en eux-mêmes par le droit commun et par le statut particulier, à quelle peine faut-il soumettre le coupable ? En vertu du principe *specialia generalibus derogant*, la réponse apportée par les juristes de l'École d'Orléans ne pouvait être que favorable aux statuts et aux coutumes¹¹⁹. Dès le moment où ces sources de droit furent autorisées à évoluer aux côtés du droit romain et à énoncer des solutions différentes, voire divergentes à ce dernier, il ne pouvait en être autrement. La doctrine a pu hésiter à ce sujet, certains préférant l'application du droit commun, sur le fondement de sa supériorité sur les statuts, mais, à l'époque des Orléanais, la solution ne paraît plus faire guère de doute, comme le prouvent déjà certaines affirmations de Révigny¹²⁰. Pour bien faire sentir les implications d'une telle solution, les auteurs prennent appui sur un exemple destiné à frapper les mémoires et, à travers ce dernier, ils n'envisagent, en vérité, que le cas sans doute le plus fréquent en pratique et le seul qui les intéressent vraiment : le cas où le statut (ou la coutume) établit une peine plus sévère que ne le fait le droit commun. Dans son commentaire à la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.), et après avoir évoqué la thématique de la loi applicable à l'étranger délinquant, Pierre de Belleperche soulève le problème de la peine à infliger au coupable et la réponse qu'il apporte, basée sur la loi *Volgaris* du Digeste (D. 47.2.21), est sans ambiguïté :

[Pierre de Belleperche, sur la loi *Cunctos populos*] Cependant, j'é mets un doute sur un point. Les docteurs disent: s'il y a un statut sur ce qui est autrement un délit, tel le fait que quiconque tire son couteau, etc., si un étranger tire son couteau, il s'assujettit à la juridiction.

¹¹⁹ Sur cette question, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, *op. cit.*, pp. 118-119.

¹²⁰ Jacques DE REVIGNY, *Lectura super Codice*, Bologne, 1967 (éditée sous le nom de Petrus Bellapertica : réimpression de l'édition de Paris, 1519), fol. 2rb, à la loi *Cunctos populos* au titre *De summa Trinitate* : « seule la coutume du lieu peut lui fixer la peine » (*ipsa consuetudo penam solum taxat*). Voir, *supra*, pp. 60-62.

Mais j'éprouve un doute : est-ce qu'il est soumis au tribunal jusqu'à encourir non pas la peine établie par les lois romaines, mais bien la peine infligée par le statut ? Il peut arriver que la peine fixée par les lois romaines ne soit pas aussi lourde que celle fixée par le statut. J'accorde qu'il soit puni de la peine fixée par les lois romaines, conformément à l'Authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2. ; Nouvelle 69, chapitre 1), mais je doute qu'il puisse aussi être frappé de la peine fixée par le statut. Maintenant, je crois qu'il faut dire que, s'il commet ici un délit qui l'assujettisse au tribunal d'ici, l'étranger ne doit pas subir la peine fixée par le droit romain, mais bien celle qui est imposée par le statut, et c'est ce que pensent les Modernes, sans pourtant oser le dire. Les droits disent que, là où quelqu'un s'est appretté à commettre un délit et en a commis un plus grave sans le savoir, il doit être puni à hauteur de ce qu'il a commis.

Maintenant, il résulte de tout cela que celui qui a tiré son couteau devait savoir qu'il commettait un délit ; même s'il n'a pas cru qu'il encourait une peine aussi lourde pour ce délit qu'il avait commis, il doit pourtant être puni de la peine prévue par le statut.

A l'appui, j'appelle la loi : quelqu'un a cru me voler une masse de cuivre et, et n'encourir ainsi que le double de la peine fixée en cas de *furtum non manifestum*. Cependant, il appert que cette masse est, en réalité, en or et, alors, il sera tenu du double du prix de la masse d'or. La loi dit, à propos de celui qui s'est proposé de commettre un délit, qu'il doit être puni par rapport à la gravité du délit qu'il a réellement commis. D'où ma conclusion, que j'argumente à l'aide de la loi *Volgaris* du Digeste, et de son paragraphe *Si quis aes* (D. 47.2.21.2)¹²¹.

Dans ses *Distinctions* sur la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.), Lambert de Salins relaie, avec une grande fidélité, les thèses développées quelques temps auparavant par son maître et répond à ceux qui ont pu soutenir les vues adverses :

[Lambert de Salins, sur la loi *Cunctos populos*] Si l'on demande, au sujet d'un statut de cette cité, si les étrangers qui ne sont que de passage et qui commettent un délit réprimé par ledit statut dans cette cité sont obligés par les dispositions qui y sont contenues, tu dois distinguer :

- ou bien contrevenir au statut constitue un comportement qui, abstraction faite du statut, est générateur d'obligation et, alors, l'étranger est soumis au statut ;
- ou bien, abstraction faite du statut, ce n'est pas un délit et l'étranger n'est pas obligé.

Dès lors qu'un statut interdit à quiconque de porter des armes, porter des armes est un délit indépendamment du statut – voir l'Authentique *De armis* (Nouvelle 85), dans son ensemble et la loi *Praetor* (D. 43.16.1.) du Digeste – et l'étranger est alors tenu par le statut ;

Mais, si le statut dispose que celui qui franchit le pont ou introduit une poule dans la ville acquittera une amende de dix sous, ce n'est pas là, hors le statut, un délit et l'étranger n'est pas tenu.

La raison en est que le fait de contrevenir au statut est un délit, abstraction faite du statut, l'étranger est puni, parce qu'il a commis un délit contre la loi (le droit romain) et qu'il ressortit alors au tribunal local à raison du délit commis. Mais, lorsque le fait de contrevenir au statut n'est pas un délit abstraction faite du statut, l'étranger n'est pas puni, parce qu'il n'a pas commis un délit contre la loi et que le statut ne suffit pas à l'obliger, et certains disent que, lorsque il a commis contre le statut ce qui est un délit, abstraction faite du statut, il est puni de la peine fixée par la loi et non de la peine

¹²¹ Pierre DE BELLEPERCHE, *Répétition sur la loi Cunctos populos (C.1.1.1.)*, Francfort, 1571 : *Tamen de uno dubito. Doctores dicunt : si fuerit statutum super illo quod alias esset delictum, ut quicumque extrahat cutellum, etc., si extraneus extrahat cutellum, hic sortitur forum. Sed dubium reputo, numquid forum sortitur nedum quantum ad hoc ut pena in lege statuta puniatur, sed pena contenta in statuto ? Potest esse quod pena legis non est tanta quanta pena in statuto contenta. Concedo quod punietur pena legis ut in auth. alleg. Qua in provincia (C. 3, 15, 2), sed utrum possit puniri pena in statuto contenta, dubito. Ad presens sic credo dicendum, si aliquis extraneus hic delinquat quod hic sortitur forum, nedum ut penam a jure introductam sentiat, sed penam a statuto impositam, et hoc senserunt moderni, sed non auferunt dicere. Jura dicunt, ubi quis proponit unum delictum committere et incidit in majus delictum preter conscientiam, punietur secundum quod delinquit. Nunc ita est, qui extrahit cutellum, debuit scire se delinquere ; licet non ratione delicti tanta credidit pena puniri, tamen punietur juxta penam in statuto contentam.*

*Pro hoc induco legem : aliquis mihi credidit massam surripere eam et sic non debet puniri nisi in duplum actione furti non manifesti ; est tamen illa massa aurea et sic teneretur ad duplicatum precium masse auree. Lex dicit, ex quo delinquere proposuit, punietur in tantum in quantum in veritate delinquit. Ergo etc. (argum. D. 47, 2, 21, § 2) (texte rapporté par Eduard-Maurits MEIJERS, *Etudes d'Histoire du Droit international privé*, Paris, 1967, pp. 129-130).*

fixée par le statut. Je réponds que c'est une erreur et que, au contraire, il est puni de la peine fixée par le statut, parce que n'importe qui est assigné en justice en vertu de la loi et de la coutume des lieux où il a passé un contrat ou commis un délit, selon la loi *Si fundus* du Digeste (D. 21.2.6). Ils tirent argument de la loi *Qui sepulchra* du Code (C.9.19.4), mais celle-ci ne convient pas¹²².

Lambert soutient la même position, de manière cependant moins assurée, dans ses *Additiones* à la fameuse *Repetitio* de Pierre de Belleperche sur la loi *Cunctos populos* (C.1.1.1.), dans lesquelles il commente et complète, voire discute, la pensée de son maître. La décrétale *A nobis* (X. 5.39.21) joue, dans ce texte, un rôle important, puisqu'elle fait, *in fine*, pencher la balance en faveur des thèses de Pierre de Belleperche¹²³. Si ces dernières rencontrent l'assentiment de la majorité, elles ne sont pas acceptées sans susciter quelques réserves, ni quelques opinions contraires : les hésitations d'un Lambert de Salins, d'un Jean Faure¹²⁴ ou d'un Alberico da Rosate¹²⁵ en Italie le

¹²² Lambert DE SALINS, *Distinctions sur la loi Cunctos populos* (C. 1.1.1.) : *Si queratur, si fiat aliquod statutum in civitate ista, an advene ligentur hoc statuto qui per civitatem istam transitum faciunt et contra statutum committunt, distingue : aut venir contra statutum est actus obligatorius circumscripto statuto et ligatur advena ; aut non est delictum circumscripto statuto et non ligatur ; ut statutum ne quis deferat arma : deferre arma est delictum circumscripto (in autentica de armis, per totum, colla. VI : Nov 85 ; infra, de vi armata, l. 1) et isto statuto ligatur advena ; sed, si stateretur quod qui transiret pontem vel deferret gallinam per civitatem daret X., illud non est delictum circumscripto statuto nec ligatur advena. Racio est, quia, ubi venire contra statutum est delictum circumscripto statuto, punitur, quia delinquit contra legem et ratione delicti sortitur forum ; sed, ubi non est delictum circumscripto statuto, non punitur advena, quia non delinquit contra legem et statutum non sufficit ad eum obligandum et dicunt quidam quod, ubi committit contra statutum quod est delictum circumscripto statuto, punitur pena legis et non pena statuti ; Dico : falsum est, immo punitur pena statuti, quia quilibet convenietur secundum legem et consuetudinem locorum ubi contrabit vel delinquit (D. 21.2.6.) et inducunt quidam legem C. 9.19.4 ; illa non facit* (texte rapporté par Eduard-Maurits MEIJERS, *Etudes d'Histoire du Droit international privé*, Paris, 1967, pp. 170-171).

¹²³ Lambert DE SALINS, *Additiones* à la *Repetitio* de Pierre de Belleperche sur la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.), aux mots : « envisage le cas suivant : si un étranger porte un coup de couteau » (*V^{is} Pone : aliquis extraneus alienigena extrahit cultellum*) : « ... Le statut dispose que, si quelqu'un porte les armes dans ce royaume, il encourt une certaine peine. Considérons le cas de celui qui est originaire de ce royaume et porte les armes en dehors du royaume, à l'intérieur, cependant, des limites de l'Empire. Encourt-il la peine ? Maître Pierre a dit, auparavant, que oui, parce qu'il est plus facile d'étendre la qualité de prévenu que d'introduire une nouvelle incrimination. Dès lors, si le roi en crée une qui, abstraction faite du statut, ne correspond à aucun délit, le fait accompli hors du royaume n'est pas punissable. Cependant si, abstraction faite du statut, il s'agit autrement d'un délit, comme de porter les armes etc., comme le démontrent la loi *Clementiae* (C. 11.46.1.) et le début de l'Authentique *De armis* (Nov. 85), alors la peine du statut est encourue – et c'est là étendre la qualité de prévenu telle qu'ailleurs, comme le prouve le paragraphe *Si detracta* de la loi *In delictis* du Digeste (D. 9.4.4.3) – ; Lambert dit le contraire, parce que le délit est commis contre la loi et non contre le statut, lequel ne dépasse pas le territoire de l'autorité qui l'édicte, selon le paragraphe *Pupillus* de la loi *Si servus* (D. 45.1.141.2.). Pour cela il faut juger d'après les coutumes et le droit du lieu où l'obligation est née. Dans la mesure donc où il a commis un délit et s'est retrouvé ainsi obligé, il n'avait pas à subir une telle peine, mais la peine fixée par la loi, par conséquent, etc., conformément à la loi *Si fundus* du Digeste (D. 21.2.6.). Mais, contre cet avis, il semble qu'il faille tenir compte de la Décrétale *A nobis* (X. 5.39.21) : c'est-à-dire que, si un évêque a prononcé une excommunication à l'encontre de tous ceux qui sont les auteurs d'un vol, et si, donc, un étranger a commis un vol, il ne sera pas puni ; cependant, les docteurs Innocent [IV] et Bernard [de Compostelle] ont interprété ce texte ainsi qu'ils le doivent : selon la loi romaine, comme il apparaît ici et là dans les compte-rendus » : *Statutum est quod, si aliquis deferat arma in regno isto, quod incidat in certam penam. Pone : aliquis de regno tulit arma extra regnum, intra tamen limites imperii. An incidat in penam ? Dominus Petrus ante dixit quod sic, quia facilius potest extendi rei qualitas quam de novo res introduci. Unde si rex preciperet aliquid quod non esset delictum circumscripto statuto, si hoc faceret extra regnum, non puniretur. Si autem alias esset delictum circumscripto statuto, ut deferre arma, etc., arg. C. (11, 46, 1) et in aut. de armis (Nov. 85), in princ., et tunc puniretur pena statuti – et hoc est extendere qualitatem pene sicut alias, arg. D. (9, 4, 4, § 3) – : Lambertus dicit oppositum, quia tantum delinquat contra legem et non contra statutum, quia statutum non egreditur territorium statuentis, arg. D. (45, 1, 141, l. pupillus). Propterea omnino decidi debet secundum consuetudines et legem loci ubi contracta est obligatio. Cum ergo ubi delinquit et ita obligatus fuit, non reat talis pena, sed pena legis, ergo, etc., arg. D. (21, 2, 6). Sed contra istam sententiam videtur decretalis X. 5, 39, c. 21 : id est, si episcopus excommunicavit omnes facientes furtum, si advena furatur, non punitur ; tamen doctores Innocentius et Bernardus ibi intelligunt, secundum quod debent, secundum legem, ut ibi patet in reportationibus.* (Texte rapporté par Eduard-Maurits MEIJERS, *Etudes d'Histoire du Droit international privé*, Paris, 1967, pp. 171-172).

¹²⁴ Sur Jean FAURE, voir le texte rapporté, *supra*, aux pages 66-67 et la note 118.

¹²⁵ Alberico DA ROSATE, *De statutis*, livre III, *quaestio* I, Francfort, 1608, p. 211 : après avoir rappelé le principe formulé par l'Authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2 ; Nouvelle 69, chapitre 1), il poursuit par un exemple : « Soumettons la chose à l'exemple : il est, à Bologne, un statut qui dispose que, pour tout vol qui dépasserait la valeur de dix sous, l'on énuclée

démontrent aisément. L'opinion émise et défendue par Belleperche a pour elle de réaliser la conjonction parfaite entre les trois types de *potestates* (*statuendi*, *adjudicandi* et *cogendi*) en matière pénale, dès lors que le statut s'inscrit en accord avec le droit commun : rien ne s'oppose, alors, à ce que l'étranger qui commet un délit sur un territoire soit châtié par les autorités du territoire, sur le fondement d'un jugement rendu par le juge de ce territoire et en vertu des prescriptions statutaires qui y ont cours, comme le serait un ressortissant du for. Les conditions d'existence d'une loi de sûreté au sens le plus fort du terme ne peuvent trouver meilleur avènement. L'exemple évoqué par Belleperche, comme celui qui le sera plus tard par Rosate, le démontre amplement¹²⁶. Que la peine prévue par le statut soit plus grave que celle qu'a fixée, en pareil cas, le droit commun importe peu, comme importe peu, semble-t-il, l'ignorance ou la connaissance qu'aurait pu avoir le délinquant étranger de cette peine statutaire : à partir du moment où il a commis un délit réprimé tant par le droit commun que par le droit particulier, il ne peut alléguer aucune excuse. Si celle-ci vaut pour l'ignorance du délit particulier, elle ne saurait valoir pour l'ignorance des modalités de la peine.

Compétence de principe du *forum* et de la *lex loci delicti*, application aux étrangers délinquants de la coutume ou du statut dérogeant au droit commun *propter utilitatem publicam*, tempérament de l'ignorance légitime, lui-même écarté en cas d'*ignorantia supina et crassa*, prise de position en faveur de la peine édictée par la coutume ou le statut plutôt que de la peine de droit commun en cas de conformité des *jura propria* avec le *jus commune* sur la nature du délit : l'œuvre des juristes de l'École d'Orléans, à la charnière des XIII^e et XIV^e siècles, sans avoir été foncièrement novatrice, a participé activement à la construction d'une véritable doctrine sur les conflits en droit pénal qui recueille pleinement le double héritage, canoniste et romaniste. Elle n'est pas non plus demeurée sans postérité : deux ans après la mort de Jacques de Révigny (1296), la décrétale *Ut animarum* de Boniface VIII, aussitôt insérée dans le Sexte (VI. I, II, c. 2), reprend exactement les termes qu'employait le juriste lorrain pour qualifier cette réserve portée à l'égard de l'excuse d'ignorance : *ignorantia supina et crassa*¹²⁷. On ne saurait mieux exprimer les influences croisées qui ont pu caractériser l'*utrumque jus* de cette époque. Mais le plus bel hommage qui pouvait être fait à Révigny demeure la conversion, trois ans après sa mort, du Parlement de Paris aux thèses défendues par la doctrine civiliste en la personne du juriste de l'École d'Orléans, à travers l'arrêt *Gilbert de Gages*, en date de février 1299 :

le voleur d'un œil. Un Modenais commet à Bologne un tel vol : sera-t-il soumis à la peine du fouet, conformément à ce qu'exige le droit commun, ou lui enlèvera-t-on un œil, conformément à ce qu'exige le statut ? Dans un premier temps, il semble qu'il faille se conformer aux exigences du droit commun. A Bologne, Maître Lambertino Ramponi et Rolandino de Romanzi ont pris le parti contraire... et ils ont assorti leur avis de tant de raisons que le juge qui a à connaître d'une telle affaire en vient à douter s'il faut, ou non, observer le statut ou la coutume... » : *Subjiciamus rem exemplo : Bononiae est statutum quod pro furto excedente quantitatem decem solidorum eruat unum oculus. Mutinensis fecit Bononiae tale furtum, numquid fustigabitur secundum formam juris communis, an eruat sibi oculus secundum formam statuti ? Et primo videtur quod secundum formam juris communis... Contrarium terminatum fuit Bononiae per dominum Lambertinum de Ramponibus et Rolandinum de Romantiis..., et adducunt tales rationes, quando dubitatur quod statutum vel consuetudinem, iudex de causa cognoscens debeat servare ?* Rosate finit par reprendre l'opinion qu'émettait, avant lui, Alberto Gandino (voir, *supra*, p. 56), à savoir que, de même que le défendeur relève de la juridiction du lieu du contrat pour les contrats, il relève de la juridiction du lieu de commission pour les délits. Sur Alberico da Rosate et sa doctrine en matière pénale, voir, *infra*, pp. 79-82 (à propos des statuts de police).

¹²⁶ Voir, *supra*, p. 69, la note 123.

¹²⁷ Sur la décrétale *Ut animarum*, voir, *supra*, pp. 42-43. Eduard-Maurits MEIJERS, dans ses *Etudes d'Histoire du droit international privé*, Paris, 1967, p. 98, note 173 (originellement présent dans sa *Bijdrage tot de geschiedenis van het internationaal privaatrecht*, Haarlem, 1914, p. 90), avait déjà relevé cette consécration légale d'une réserve qui remonte, sans doute, au civiliste Jacopo Balduino et que le canoniste Hostiensis avait, peu après, porté à la connaissance de la doctrine canonique. Peu après la *Bijdrage*, Alfons VAN HOVE, dans son article sur « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, p. 324, relevait le même fait.

Les délégués, jurés et autres recteurs de la commune de Tournai, en leur nom et en celui de leurs concitoyens et de leur commune nous exposent dans leur requête que notre aimé et fidèle comte de Hainaut a pris et arrêté injustement Gilbert de Gages, leur concitoyen de Tournai, l'a retenu captif et arrêté et, ensuite, lui a fait récréance à charge d'une forte pénalité ; lesdits délégués, jurés, citoyens et recteurs susmentionnés demandent que la récréance de Gilbert soit convertie en libération et qu'il soit fait réparation de sa capture et arrestation ; de la part du comte, il fut allégué devant nous que la coutume en vigueur en son comté était telle que, dès lors qu'en son comté, quelqu'un perpétrait un homicide, tous et chacun de la parentèle dans l'année suivant l'homicide devaient se présenter à la Cour comtale et renier l'homicide et que, si aucun omettait de faire ainsi, il serait réputé prévenu et coupable du crime et puni comme homicide, s'il venait à reparaitre dans le comté ; et, comme un parent consanguin de Gilbert avait commis un homicide dans le comté et comme Gilbert n'était pas venu renier comme l'exige la coutume, le comte prit et arrêta Gilbert ensuite reparu dans le comté, le retint puis lui fit récréance comme dit ci-dessus ; lesdits délégués, jurés et citoyens ont répliqué qu'ils n'étaient d'aucune manière justiciables dudit comte et, sur diverses raisons, ont allégué qu'ils n'étaient pas tenus d'obéir à cette coutume ; sur quoi, entendus les différents arguments de part et d'autre, il fut prononcé par notre Cour en jugement que lesdits délégués et jurés, citoyens et recteurs et leurs sujets n'étaient pas tenus d'observer ladite coutume ni de supporter la pénalité susdite s'ils n'observaient pas la dite coutume ; et ils furent expressément dispensés d'obéir là-dessus audit comte et la récréance reçue par ledit comte pour Gilbert fut anéantie par le même jugement et transformée et réécrite en libération pure et simple. Au mois de février¹²⁸.

Cet arrêt de revirement met fin à l'ancienne règle de principe qui soumettait les justiciables, à raison des délits qu'ils avaient commis, à la compétence personnelle, qui supposait que le prévenu soit déféré devant le juge de son domicile, son juge naturel, au besoin par l'intermédiaire d'une extradition ou d'un renvoi. Ce principe a longtemps prévalu devant les juridictions françaises et, en premier lieu, le Parlement, tout au long du XIII^e siècle. C'est avec cette règle et cette pratique que l'arrêt *Gilbert de Gages* entend rompre. Le principe se consacre par l'exception : en décidant que Gilbert, citoyen de Tournai, n'avait pas à être soumis à la coutume en vigueur dans le comté de Hainaut et qu'il ne pouvait lui être fait grief de n'avoir pas renié son parent homicide comme aurait dû le faire un Hennuyer, le Parlement consacre, implicitement, le principe de la *lex (vel consuetudo) loci delicti commissi* et reconnaît que, en l'espèce, la coutume locale, trop exorbitante, n'avait pas vocation à s'appliquer à l'étranger¹²⁹. En même temps que la règle de conflit applicable aux délits, c'est aussi la figure de l'excuse d'ignorance légitime de la coutume applicable qui se dessine à

¹²⁸ OLIM, éd. Beugnot, Paris, 1839, tome 2, pp. 428-429, n° XXXIV (Philippe IV le Bel, 1298 = février 1299) : *Cum, ex parte prepositorum, juratorum et aliorum rectorum communitatis Tornacensis, nobis fuerit, nomine eorum ac suorum concivium et dicte communitatis, conquerendo, monstratum quod dilectus et fidelis noster comes Hanonie, Gylebertum de Gages, eorum concivem Tornacensem, minus juste ceperat et arrestaverat, et captum et arrestatum tenuerat, et postea ipsum recederat sub certa pena ; peterentque dicti prepositi, jurati, cives et rectores, nomine quo supra, recedenciam ipsius Gileberti verti in liberacionem ipsius, et dictas captivacionem et arrestacionem emendari, ex parte ipsius comitis fuit propositum, coram nobis, talem in suo comitatu Hanonie consuetudinem vigere, videlicet quod quocienscumque aliquis in suo comitatu predicto perpetrat homicidium, omnes et singuli de parentela ipsius homicide, infra annum a tempore perpetrati homicidii, tenentur in curia predicti comitis comparere, abjuraturi homicidam predictum, et, si quis de parentela homicide predicti hoc facere omiserit, reus et culpabilis dicti homicidii reputatur, et punitur tanquam homicida, si ibi postea reperitur, et, cum quidam consanguineus dicti Gyleberti, in dicto comitatu homicidium perpetrasset, et idem Gylebertus non venisset abjuraturus, juxta dictam consuetudinem, dictum homicidam, ideo dictus comes dictum Gylebertum, in suo comitatu postea repertum, ceperat et arrestaverat, et eum retinuerat, et post hoc recederat, ut dictum est ; dictis prepositis, juratis et civibus nostris, nomine quo supra, ex adverso dicentibus se in nullo esse justiciables dicti comitis, et, per plures rationes, proponentibus se ad observacionem dicte consuetudinis non teneri : Tandem, auditis hinc et inde propositis, pronunciatum fuit, per nostre curie judicium, dictos prepositos et juratos, cives et rectores et eorum subditos non teneri ad dictam consuetudinem observandam, nec in penam predictam, si dictam consuetudinem non observaverint, incidere debere ; et fuit eis expresse inhibendum ne dicto comiti super hoc obedirent, et dicta recedencia a dicto comite recepta, pro ipso Gyleberto, per idem judicium admichilata fuit, ac in puram liberacionem conversa et redacta.* (également reproduit par Edouard-Maurits MEIJERS, *Études d'Histoire du Droit international privé*, Paris, 1967, pp. 113-114 et par Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, pp. 239-240, à la note 540).

¹²⁹ Sur la position de Révigny en matière d'excuse d'ignorance légitime, voir, *supra*, pp. 65-66.

travers la sentence de la Cour. L'ancien principe ainsi renversé, la compétence de la *lex loci delicti* est érigée en nouveau principe et la compétence personnelle est rétrogradée au rang d'exception. Cet arrêt montre combien les règles de conflits (de lois comme de juridictions) se construisent à travers un dialogue constant entre la science juridique et la pratique des tribunaux, cette dernière venant donner son assentiment ou manifester son indifférence aux propositions théoriques des *doctores*¹³⁰.

En doctrine, l'influence la plus sensible et la plus manifeste de l'École d'Orléans s'est surtout fait ressentir en Italie. A la même époque que Alberico da Rosate, au début du XIV^e siècle, Cino da Pistoia, fervent admirateur de Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche, dont il aurait été l'élève à Orléans, entreprend d'introduire dans la péninsule italienne la méthode – et les idées – des Orléanais¹³¹. De fait, ceux-ci ne tardent pas à produire une forte impression sur les professeurs et les élèves qui se feront fort de transmettre l'héritage des *Ultramontani*. Parce que Cino prend place parmi les plus fameux héritiers de cette tradition, mais parce qu'il est également le maître de Bartole à Pérouse, il incarne à merveille cette transition et cette passation de pouvoir qui s'amorce dans les premières décennies du XIV^e siècle. Dans l'étude de la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.) qui introduit ses *Commentaria in Codicem*, Cino da Pistoia reprend, sans guère les retoucher, les grandes lignes développées en leurs temps par Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche, qu'il mentionne nommément :

Je demande, donc, en premier lieu : si, dans une cité, un statut dispose que quiconque porte un coup de couteau contre quelqu'un doit être puni par l'amputation d'une main, ou par quelque autre peine inscrite dans les statuts, et si, admettons, peu après, un étranger porte un coup de couteau à autrui, ce statut étendra-t-il ses effets à cet étranger ? J'ignore si cette question rentre dans la catégorie des questions relatives aux statuts : cependant, elle est évoquée par les écrits de nombreux juristes. A la question qui est ici posée, il semble qu'il faille répondre par la négative, en vertu du début de la présente loi *Cunctos populos*, puisque, si un ordre émanant de l'Empereur n'oblige que ses seuls sujets, un statut obligera d'autant moins les étrangers. De même, parce que les lois *Extra territorium* (D. 2.1.20) et *Cum unus*, au paragraphe *is qui* (D. 42.5.12.1), du Digeste. Au contraire, il semble que l'on

¹³⁰ En dépit de l'assentiment donné par la Cour de Parlement par l'arrêt de 1299, la pratique des tribunaux va, semble-t-il, opposer une farouche résistance et maintenir vivace l'idée du juge naturel, au détriment du juge du lieu de commission du délit : voir Marjorie DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Paris, 2012, n. 102, p. 97 : « Même si l'ordonnance d'avril 1453 [Montils-les-Tours] ordonne que les « crimes soient punis là où ils auront été commis », il faut attendre la seconde moitié du XVI^e siècle et les ordonnances de janvier 1563 [Paris] et de février 1566 [Moulins] pour que le juge du lieu du délit s'impose comme juge naturel du délit, tant en doctrine que dans la pratique judiciaire ».

¹³¹ CINO DA PISTOIA (v. 1270-1336), ou Guittoncino - ou Cino - dei Sighibuldi ou Sinibaldi da Pistoia, est originaire de Pistoia en Toscane. Il a étudié à Bologne sous la direction de Francesco d'Accursio, le fils du grand Accurse, Dino del Mugello (qu'il cite volontiers) et Lambertino Ramponi. En 1292 ou en 1293, il se rend en France pour suivre les cours de l'École de droit d'Orléans et il y aurait entendu les leçons de Pierre de Belleperche. Revenu en Italie, il entame, au cours d'une vie mouvementée, une carrière de professeur qui le conduit à Sienne, Florence, Pérouse (où il a, parmi ses élèves, Bartole) et Naples. Esprit cultivé, il est également connu pour son œuvre poétique et pour ses amitiés avec Dante Alighieri et ses joutes littéraires avec son ancien étudiant Pétrarque. Son œuvre juridique majeure est une *Lectura in Codicem*, dans laquelle il étudie les rapports qu'entretient le droit romain avec les *jura propria* que sont les statuts et les coutumes, mais aussi avec l'autre droit universel qu'est le droit canonique. Sans doute, parce qu'il fait office de passeur entre l'École d'Orléans (qu'il reprend très largement, de son propre aveu) et son élève Bartole, sa contribution à la doctrine des conflits est souvent mésestimée. Mais, outre un travail important de confrontation des opinions, il apporte surtout à la doctrine italienne – outre une méthode destinée à avoir des développements féconds – ce qui lui manquait jusqu'alors : l'esprit de catégorisation des matières juridiques. Sur Cino da Pistoia, voir Luigi CHIAPPELLI, *Cino da Pistoia giurista. Gli scritti del 1881 e del 1910-1911*, dont la présentation par D. Maffei, parue à Pistoia en 1999, reprend, entre autres, la biographie de Chiappelli, *Vita e opere giuridiche di Cino da Pistoia*, Pistoia, 1881, et qui est recensée par Kees Bezemer, à la TVR, 2001, n^o4, p. 392 ; Laurent WAELKENS, « L'influence de l'école de droit d'Orléans sur la doctrine bolonaise à la fin du XIII^e siècle », « *Houd voet bij stuk* ». *Xenia iuris historiae G. van Dievoet oblata*, Leuven, 1990.

doive y répondre positivement, comme il le sera démontré plus loin à la loi *Mercatores* (C. 4.63.4). Certains auteurs anciens distinguent de la manière suivante : soit cet étranger a commis son délit à l'étranger, en un lieu où aucun statut émanant de cette cité ne pourrait s'appliquer à ce fait délictueux, ou il n'a pas commis un délit puni par le droit commun :

1) dans le premier cas, en raison du délit, il est puni au lieu même où il l'a commis et il sera puni selon la disposition même du statut, ainsi qu'il en est décidé dans l'Authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2 ; Nouvelle 69), où il est dit « qu'il soit soumis au droit de ce lieu » : ils le soumettent soit au droit commun, soit au droit propre à ce territoire ou de cette province. Et c'est là l'opinion de Martino da Fano.

En outre, ils traitent de la même manière les délits et les contrats, conformément à la loi *Omnem* (D. 5.1.20) et à ladite Authentique *Qua in provincia*. Mais lorsque quelqu'un est assigné en justice en matière contractuelle, il doit être jugé selon la loi du lieu où il a contracté, comme le rappelle la loi *Si fundus* (D. 21.2.6) et cela sera pleinement démontré dans la question suivante (n°8). Donc il en est de même en matière délictuelle, dans la mesure où l'on observe la coutume ou le statut du lieu où le délit a été commis. Et c'est l'opinion que défendent Dino de Mugello, à propos de la loi *Si cui*, au paragraphe *Cum sacrilegium* (D. 48.2.7.5) et Jacopo dell'Arena, comme nous le relèverons plus loin, dans le prochain titre, à la fin de la loi *Cum clericis* (C. 1.3.25.)

D'autres Docteurs sont de l'avis contraire, c'est-à-dire que l'étranger n'est pas puni en vertu du statut, comme l'indique, en leur faveur, la loi *Quicumque* (C. 3.24.1), ce à quoi tu répondras conformément à ce que je dis ici. Toujours en faveur, joue cet argument selon lequel ce genre de statut ne doit pas obliger l'ignorant et que celui-ci, en commettant son délit, n'a pas pensé qu'il pourrait être puni ainsi, ou perpétrer une infraction, d'une manière qui serait contraire au droit commun.

Mais, à cette raison, il peut être répondu, après Pierre de Belleperche, à propos du paragraphe *Si quis aes* de la loi *Volgaris* (D. 47.2.21.2), que celui qui a cru commettre le délit en volant une certaine quantité de bronze alors qu'il s'agissait d'or doit être condamné sur la base de l'or et non du bronze, et il en est ainsi à moins qu'il n'ait pensé commettre un délit et subir une punition conformément au droit commun : cependant, parce qu'en l'espèce, il y avait un statut au lieu même où il a commis le délit, il sera puni suivant les dispositions de ce statut, et Pierre de Belleperche donne son assentiment à cette opinion, non sans exprimer quelques doutes, et, en vérité, il n'est pas beaucoup plus clair.

2) Dans le second cas, Jacques de Révigny s'appuie sur une sous-distinction :

- ou bien ce qui ne serait pas ailleurs un délit à moins qu'il n'y ait un statut à ce sujet regarde l'utilité publique ;

- ou bien cela ne la regarde pas.

Si cela regarde l'utilité publique – ainsi, dans la vue d'empêcher que nul ne vende des poissons morts –, le statut obligera alors les étrangers. Il est tiré argument de la loi *Omnino*, au paragraphe *Cura carnis* (D. 1.12.1.11).

Si cela ne regarde pas l'utilité publique, alors, le statut n'obligera pas les étrangers, ainsi que le rappelle la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20).

A cette sous-distinction, Pierre de Belleperche donne son assentiment. Cependant, sur la seconde branche de l'alternative, certains semblent subdiviser de la manière suivante :

- ou bien l'étranger a passé suffisamment de temps ici, le mettant à même de connaître la situation et le statut du territoire et il est obligé d'observer le statut ;

- ou bien il n'a pas passé suffisamment de temps ici et il n'est pas obligé de l'observer, ainsi que le démontre la loi *Si haeres absens* (D. 51.1.19.)¹³².

¹³² CINO DA PISTOIA, *Commentaria in Codicem*, à la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.), n°7, in *Cyni Pistoriensis in Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomii, i.e. Digesti veteris, doctissima commentaria*, Francfort, 1578 : *Quaero ergo primo, statutum est in civitate, quod quicumque extrahit cultellum contra aliquem quod perdat manum, vel quod alia poena in statuta nominata puniatur, modo pone quod aliquis alienigena extrahit cultellum, nunquid ligetur statuto ? Haec quaestio nescio si formata est in quaestionibus statutorum, tamen per multorum scripta decurrit. In ista quaestione videtur quod non, per l. istam, in princ. quia si praeceptum Imperatoris non ligat, nisi sibi subditos, multo minus statutum ligabit extraneos. Item quia extra territorium, etc. ut ff. de juris. om. ju. l. ult. (D. 2.1.20) et de bo. autho. ju. poss. l. cum unus, § is qui (sic : de reb. aucto. ju. poss. l. cum unus, § Is qui). Econtra videtur quod sic : ut infra, de commerciis et merca. l. mercatores.*

Rassemblant, dans une même démonstration, l'héritage des civilistes italiens du XIII^e siècle (Martino de Fano, Dino del Mugello¹³³), celui des Français de l'École d'Orléans (Révigny et Belleperche) et celui, enfin, de la doctrine canoniste (Hostiensis est évoqué, *in fine*, à travers la condition relative à la durée du séjour, comme mesure d'appréciation de l'ignorance), Cino de Pistoia dresse le tableau des efforts conjoints des auteurs pour définir l'étendue et les limites de la règle de conflit en matière délictuelle et ouvre ainsi la voie à l'entreprise de systématisation que son successeur et élève Bartole va entamer en ces premières décennies du XIV^e siècle.

B. L'interdiction d'exporter les marchandises en dehors du territoire.

La question de l'interdiction, édictée par une cité, d'exporter des marchandises en dehors de son territoire, est sans doute l'une de celles qui manifestent le plus la sensibilité de l'ordre juridique municipal par rapport aux différents facteurs d'extranéité. En effet, confrontées à une circulation toujours plus dense des hommes et des marchandises, dans un contexte où leurs échanges commerciaux se font plus intenses entre elles, les cités italiennes ont ressenti, très tôt, le besoin d'exercer leur maîtrise sur les produits qui transitent par leur territoire et, plus particulièrement, par leurs centres urbains. Le statut apparaît dès lors comme le moyen le plus efficace de réglementer, à son propre profit, le marché des échanges et d'éviter que les marchandises issues d'une ville voisine ne viennent faire une concurrence déloyale envers les produits locaux. Différents types d'interdiction manifestent cette volonté des villes d'intervenir sur le marché des échanges pour imposer une législation statutaire qui aille dans le sens de leurs intérêts et, souvent, de leurs marchands : interdiction d'exportation des produits locaux, d'importation des marchandises étrangères, ou encore du transit des produits étrangers sur le territoire¹³⁴. En cas de violation de l'interdiction posée par le statut, les autorités locales sont ainsi habilitées à exécuter la sanction directement sur les marchandises et à procéder à leur confiscation.

Si la doctrine civiliste du XIII^e siècle, bien consciente de l'importance de ces dispositions et de l'enjeu qu'elles posent au regard des conflits de lois éventuels qu'elles peuvent faire naître,

Quidam antiqui sic distinguunt : aut iste alienigena alias deliquisset, posito quod non esset statutum aliquod in civitate ista de hoc, aut de jure communi non deliquisset : primo casu ratione delicti punitur in loco in quo deliquit, et punitur secundum formam statuti : ut in Authent. Qua in provincia. ubi dicit « illic juri subjaceat » : juri exponunt sive communi, sive speciali illius terrae, sive provinciae. Et hoc sentit ibi Mar. de Fa.

Praeterea delicta et contractus parificantur : ut ff. de judiciis. l. omnem et dicta Authent. Qua in provincia. Sed quando quis convenitur ratione contractus, debet judicari secundum legem quae est in loco in quo contraxit : ut l. Si fundus ff. de evic. et patebit plenius in sequenti quaestione. Ergo idem in delictis, ut servetur consuetudo sive statutum loco, in quo deliquit. Et ita tenet Dyn. ff. de accu. l. si cui. § ult. et Jacob. de Are. ut not. infra tit. proxi. l. cum clericis, in fin.

Quidam alii Doctores tenent contra, scilicet quod non puniatur ex vigore statuti, pro quibus facit, infra, ubi sena. vel cla. l. 1 cui respon. ut ibi dicam. Item facit pro eis, quia statutum istud non debet ligare ignorantem, nec iste sic delinquendo putavit sic puniri vel delinquere, nisi contra legem communem.

Sed huic rationi responderi potest secundum Petrum, per l. ff. de furtis. l. vulgaris, § si quis es. ver. quis putavit delinquere in massa aenea quae tamen erat aurea, et punitur in aestimatione aureae, et non aeneae, et sic iste licet putaverit delinquere et puniri de jure communi, tamen et quia ibi erat statutum in quo delinquit punitur secundum illud, et huic opinioni assentit dictus Petrus, tamen dubitando, et in veritate non est multum clarum.

Secundo casu subdistinguit Jaco. de Raven. aut istud quod non esset alias delictum nisi statutum foret, respicit publicam utilitatem aut non. Si publicam utilitatem respicit, videlicet, ut aliquis non vendat pisces mortuos, tunc ligabit extraneos. Argumen. ff. de offic. prae. Urbis, § cura carnis ; aut non respicit publicam utilitatem, et tunc non ligabit : ut ff. de juris. omn. jud. l. ultima. Huic subdistinctioni acquiescit Pet. Tamen in isto ultimo membro quidam videntur subdistingere : aut tantam moram contraxerit ibi forensis, quod potuit scire conditionem et statutum terrae et tenetur ; aut non et non tenetur : ut l. si haeres absens. ff. de judic.

¹³³ Sur Dino del Mugello, voir, *supra*, pp. 32-33, et la note 64.

¹³⁴ Sur cette question, envisagée dans une perspective plus large, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, pp. 72-77.

évoque plusieurs de ces interdictions dans les *quaestiones* qu'elle consacre aux statuts, une seule d'entre elles rentre véritablement dans les bornes posées par la définition même de « loi de police » : il s'agit de l'interdiction d'exporter des marchandises locales en dehors du territoire. Les effets d'une telle interdiction peuvent-ils être étendus aux étrangers ? Ce statut de police est, le plus souvent, traité en liaison avec les statuts pénaux et le mimétisme entre les deux matières est présent, dans l'esprit des auteurs, jusqu'aux textes, de droit romain et de droit canonique, qui sont invoqués et les raisonnements qui sont mis en œuvre au cours de la démonstration¹³⁵. En effet, les statuts de « police économique » et les statuts pénaux ont, tous, pour point commun de poser la question de la soumission indirecte de l'étranger aux lois particulières d'une cité, en envisageant de déroger à la règle *Statutum non ligat nisi subditos*, et, dès lors, de prendre en compte l'ignorance dont peut se prévaloir, légitimement ou non, le ressortissant étranger impliqué dans la commission de l'acte répréhensible.

Au moment d'y apporter réponse, les civilistes gardent en tête deux impératifs : d'une part, la directive *statutum non ligat nisi subditos*, qui les contraint à restreindre le champ d'application d'une disposition statutaire qui s'inscrit en rupture avec le *jus commune*, les encourage, par voie de conséquence, à adopter une attitude compréhensive avec l'étranger de passage ; d'autre part, la nécessité d'apporter une sanction appropriée à la commission d'un acte délictueux ou frauduleux, qui impose de soumettre au statut local tous ceux qui se trouvent, sciemment, en tort. Il n'est donc guère étonnant de constater que l'excuse d'ignorance légitime, invocable en matière pénale, soit au centre des raisonnements tenus par les auteurs et qu'elle soit la clé de leurs interprétations. C'est qu'il faut déduire, en tous cas, des témoignages rapportés, à ce sujet, par Alberto Gandino, puis, dans la première moitié du XIV^e siècle, par Alberico da Rosate qui, en plus de leur propre opinion, nous livrent également celles défendues par Ubèrto da Bobbio, Martino da Fano et Guido da Suzzara¹³⁶.

¹³⁵ Dans une longue note, qui effectue un survol de la doctrine des glossateurs en matière pénale, Henri Donnedieu de Vabres, dans son *Introduction, op. cit.*, relève, à propos de la question de la soumission des étrangers aux statuts locaux, que : « on a admis (...), pour des raisons de police, que l'interdiction d'exporter des denrées et les pénalités qui la sanctionnent concernent les étrangers (Ubertus de Bobbio, Guido de Suzaria, Martinus de Fano) » (Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 104-105, note 2 de la page 104).

¹³⁶ Uberto Rocca, dit DE BOBBIO († vers 1245), fut peut-être l'évêque de Bobbio qui siégea de 1203 à 1240. En effet, sa vie et sa formation juridique demeurent mal connues. Tout au plus sait-on qu'il enseigna à Parme de 1214 à 1228, puis à Modène en 1234. Il fut actif à Verceil vers 1225-1230 et il y accorda une consultation à la mère de Saint Louis. Il est l'auteur d'un *Libellus* dans lequel il prodigue une série de conseils de procédure à destination des avocats, mais aussi de *Glossae ad Digestum vetus* et de *Glossae ad Codicem*, ainsi qu'une collection de *Quaestiones*. Son activité de consultant et ses *quaestiones* laissent entrevoir un juriste attaché aux questions pratiques. Sur Ubèrto de Bobbio, voir Lucia SORRENTI, « Uberto da Bobbio e la giurisdizione sugli scolari. Una quaestio sui limiti di esercizio del foro privilegiato », *Rivista internazionale di Diritto comune*, 1993, n° 4, pp. 211-219 ; Ennio CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, deux volumes, Rome, 1996-1999, vol. 2, p. 419, note 71.

Martino del Cassero, dit DA FANO (vers 1190 - † 1265-1270), originaire de Fano et étudiant d'Azon à Bologne, en même temps que Jacopo Balduino et Accurse, assura un enseignement de droit civil à Fano et Arezzo, puis à l'université de Modène, à partir de 1255, où il côtoya Guillaume Durand, Alberto Galeotti, Guido da Suzzara et Alberto da Pavia (Papiensis). Indépendamment de son statut d'universitaire, il remplit les fonctions de podestat à Gênes en 1260 et 1262, à la suite de Jacopo Balduino. Il aurait terminé sa vie en ayant revêtu l'habit de l'Ordre des Frères Prêcheurs (Dominicains). Il laisse, essentiellement, derrière lui une série de traités de procédure avant tout destinés aux praticiens. Sur Martino da Fano, voir Filippo LIOTTA, « Martino Del Cassero », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 36, 1988.

Guido Ippoliti, dit DA SUZZARA (vers 1225 - vers 1290), originaire de Suzzara, près de Mantoue, fit ses études dans cette dernière ville : ainsi, il devient *doctor legum* de l'Université de Mantoue en 1250. De 1260 à 1283, il enseigna le droit civil dans différentes universités : entre autres, Modène, dès 1260, où il assiste le podestat, Padoue (1263), Naples (1268), alors qu'il est alors conseiller de Charles d'Anjou, Reggio Emilia (1270) et Bologne (1279). Outre ce parcours, qui atteste sa renommée, Guido est également connu pour avoir été le maître du canoniste Guido de Baiso,

Les solutions qui sont préconisées varient en fonction des sensibilités de chacun, mais aussi en fonction des hypothèses envisagées : la gravité de l'acte ne sera pas la même si l'infraction commise est de celles que connaît et sanctionne, ou non, le *jus commune* ; la réaction de l'ordre juridique civique ne sera pas la même selon que l'étranger aura enfreint directement le statut en exportant lui-même ou selon qu'il aura acquis des marchandises auprès d'un vendeur qui aurait agi en violation des dispositions statutaires ; la sanction ne sera pas la même selon qu'il s'agit de biens situés sur le territoire de la cité ou de marchandises en transit. Plus le lien, réel ou personnel, de la situation est étroit avec la cité et plus la conscience d'enfreindre une interdiction est forte, plus l'intervention du statut de police s'en trouve justifiée. C'est, du moins, la logique en œuvre dans la *quaestio XVII* que pose et résout Alberto Gandino, dans ses *Quaestiones Statutorum*, en s'appuyant sur des textes, romains et canoniques, qui regardent de fort près la matière pénale, et sur les avis autorisés de son maître Guido da Suzarra et de Ubèrto da Bobbio¹³⁷ :

10. Est- ce que le statut qui porte que personne ne doit exporter du bétail, mort ou vif, ni du blé, peut-il s'appliquer à l'étranger, etc. ?

Une telle question est tirée de la pratique. Le statut d'une cité établit que personne ne doit exporter du bétail, vivant ou mort, ni du blé en dehors de la cité, et que, si quelqu'un en avait exporté, il perdrait la propriété de la chose et le chariot, et les bœufs et la bête de somme sur lesquels ils sont transportés. Or, un Crémonais exporte, depuis la cité de Bergame, du bétail ou d'autres produits défendus selon le statut. Dès lors, l'on demande si le statut peut s'appliquer à lui. en premier lieu, il semble que cela ne soit pas le cas, parce que la cité de Bergame ne peut rien édicter qui puisse s'adresser à des non-sujets, ainsi que l'attestent les lois *Cunctos Populos* (C. 1.1.1) et *Ab incestis nuptiis* (C. 5.5.9.) du Code ; en second lieu, parce que nous ne possédons aucune autorité sur les non-sujets, si l'on suit les lois *Legatus* et *Jus dandi* du Digeste (D. 26.5.1 et 3) et la loi *Quod si quis* du Code (C. 3.4.1), ainsi que le canon *A nobis* du *Liber Extra* (X. 39.21.5).

En outre, celui-ci alléguait qu'il était ignorant de l'existence de ce statut et j'admets qu'il l'était, puisque le contraire n'est pas établi ; en effet quiconque, s'il n'est présumé informé, est présumé ignorant, d'après la loi *Verius* du Digeste (D. 22.3.21) et le paragraphe *Quod autem* du titre *De legatis* des Institutes (Inst. 2.20.4). Pareillement, « n'étant pas de cette cité, j'avais une juste cause d'ignorance ; dès lors, puisque j'étais ignorant, je ne tombe pas sous le coup du statut : en effet, selon la loi *Ex maleficio* du Digeste (D. 44.7.4), celui qui voyage ne commet pas de délit et, d'après les lois *Municipii lege* (D. 50.9.6) et *Si in rixa* (D. 48.8.17) du Digeste, le décret n'oblige pas l'ignorant ; et si je n'ai pas commis de délit, il est constant que je ne dois pas perdre mes biens, parce que la loi dit que, si quelqu'un commet un délit, il n'y a lieu de saisir ses biens, car les biens ne commettent pas de délit, comme l'atteste le paragraphe *Oportet autem* de l'authentique *De mandatis principum* (Nouvelle 17, ch. 12) ».

Au contraire, il semble que doit perdre ses biens celui qui ne peut invoquer son ignorance : ne doit-on pas connaître et chercher à connaître quels sont les statuts et usages du lieu ? Bien sûr que oui, car celui qui conclut un contrat avec autrui, etc., pour reprendre les termes de la loi *Qui cum alio* (D. 50.17.19) du Digeste¹³⁸. De plus, la loi ne dit-elle pas elle-même que « celui qui jette une pierre et n'a pas vu que, de l'autre côté du mur, elle heurtait quelqu'un, encourt une relégation de cinq années »,

« l'Archidiacre », et du praticien, civiliste et pénaliste, Alberto Gandino. Sur Guido da Suzzara, voir Ennio CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, deux volumes, Rome, 1996-1999, vol. 2, p. 419, note 71 ; Giuseppe MAZZANTI, « Guido da Suzzara », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 61, 2004.

¹³⁷ Sur Alberto Gandino, voir, *supra*, pp. 56-57, et la note 105.

¹³⁸ DIGESTE, livre L, titre XVII, fragment 19 : « Celui qui contracte avec autrui connaît, ou doit connaître, la condition de son cocontractant ; on ne peut, toutefois, présumer une telle connaissance chez un héritier, dans la mesure où, en contractant avec un légataire, il agit selon les volontés d'autrui » (Ulpien, au vingt-quatrième livre sur Sabinus : *qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus ; heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit*).

ainsi qu'en dispose la loi *Lege Cornelia* (D. 48.8.1) du Digeste ? Et comment se trouver une excuse, si l'ignorance était crasse et négligente, le statut ayant été promulgué publiquement et ostensiblement par la cité, de sorte qu'il ne pouvait se dérober aux oreilles des particuliers ? Sur cette question, voyez le canon *Ad haec* du titre *De postulatione praelatorum* du *Liber Extra* (X. 1.5.1) et le début de l'Authentique *Ut factae novae constitutiones* (Nouvelle 66, pr.). Il ne peut être remédié à cela parce qu'il est obligé, comme, au soutien de cet argument, le démontre le paragraphe *Licet* de la loi *Interdum* (D. 39.4.16.5) ; car celui qui a commis un délit dans une province, etc., pour reprendre les termes de l'Authentique *Qua in Provincia* du titre *De criminibus agi oporteat* du Code (C. 3.15.2, Nov. 69, c. 1) et la loi *Praeses provinciae* du Digeste (D.1.18.3). Selon mon maître Guido da Suzarra, il doit perdre ses biens, parce qu'il était légitime de soumettre à la loi (locale) ses biens, ainsi que le soutiennent les lois *Dudum* (C. 4.38.14), *Nemo alienigenis* (C. 4.41.2), *In re mandata* (C. 4.35.21), *Rebus* (C. 4.64.6) et *Legem* (C. 8.54.9) du Code, ainsi que la loi *Ob res* du Digeste (D. 23.4.20). De même, en exportant (ses biens), il a commis un délit, ainsi que le prouvent la loi *Cotem* (D. 39.4.11) du Digeste et, d'une manière générale, tout le titre *De publicanis et vectigalibus* du Digeste ; et, à raison de ce délit, le prévenu est attrait en justice suivant l'Authentique *Qua in provincia* précitée (C. 3.15.2, Nov. 69, c.1). La solution est évidente, lorsque le statut s'exécute sur ses biens : mais, au cas où ils auraient été transférés à l'étranger, il en irait autrement, comme je le dirai ci-après. Ou il en va différemment selon l'opinion de Ubërto de Bobbio, lequel a dit à ce sujet que le coupable doit être puni ou être privé de ses biens, comme mentionné plus haut, s'il avait connaissance du statut, et ce conformément à l'Authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2, Nov. 69, ch. 1) ; et cela parce que le juge doit juger selon la coutume du lieu où (le prévenu) se trouve, ainsi que le démontrent les lois *Cum iudicio* (D. 22.1.1), au début, *Si fundus* (D.21.2.6) et *Si publicanus* (D. 39.4.4) du Digeste. Autrement, l'ignorance lui fournit une excuse, comme l'atteste le paragraphe *Item cum debitor* de la loi *Si fideijussor* (D. 17.1.29.2) ; de même, le décret n'oblige pas ceux qui sont dans l'ignorance, comme le montre la loi *Municipii lege* (D. 50.9.6.) du Digeste. Mais comment pourrions-nous savoir qu'il savait ? Je réponds : s'agit-il d'un homme qui fréquemment et quasi quotidiennement fréquentait notre cité, il aurait dû ne pas ignorer ce que tous les habitants connaissaient, comme l'attestent le paragraphe *Sed facti* de la loi *Regula* (D. 22.6.9.2) et le troisième paragraphe de la loi *Sed si pupillus* (D. 14.3.11.3.) du Digeste. Cela est hors de doute pour les sujets, d'après les raisons déjà dites et d'autres ; car, même s'ils gèrent bien leurs intérêts, ils le font contre les règles et encourent la peine, comme le prouve le paragraphe *In bello* de la loi *Desertorum* (D. 49.16.3.15) du Digeste. Mais s'il s'est, durant une longue période, éloigné de la cité dans laquelle a été pris ce statut alors qu'il était absent, il n'est pas manifeste qu'il en ait eu connaissance, et en serait-il ainsi, il sera puni plus légèrement, parce que, là où il serait puni du double, il sera puni du simple, ainsi que le rappelle la loi *Antiqua* (D. 5.4.3)¹³⁹.

¹³⁹ Alberto GANDINO, *Quaestiones Statutorum*, Quaestio XVII (édition de Arrigo Solmi, Bologne 1901, réimpr. Turin, 1952, pp. 163-164) : *Statutum quod aliquis non portet carnes vivas vel mortuas nec bladum, an habeat locum in forense, et cet. Quaestio talis est de facto. Continetur in aliquo statuto alicujus civitatis quod aliquis non debet facere portare carnes vivas vel mortuas nec bladum extra civitatem, et si quis portaverit, amictat (sic) res et plastrum, et boves et somerium super quo portarentur. Modo quidam Cremonensis de civitate Pergami extraxit carnes vel alias res vetitas in statuto. Modo quaeritur an statutum locum habeat contra eum. Et primo videtur quod non, quia civitas Pergami non potest facere non subjectis. C. de summa trinitate, l. cunctos populos et de incestis nuptiis, l. fin. Item quia non habemus jus in non subjectos, ut ff. de tutoribus et curatoribus datis ab his, l.1 et l. jus dandi et C. qui pro sua jurisdictione, l.1, Extra de sententiis excommunicationis, c. a nobis. Praeterea allegabat quod iste de isto statuto fuerit ignorans, et quod fuerit ignorans sic probo, quia contra non probatur, nam quilibet praesumitur ignorans nisi praesumitur sciens, ut ff. de probationibus, l. verius et Inst. De legatis, § Quod autem. Item justam habui causam ignorantiae, quia non sum de hac civitate, ergo cum ignorans fuerim non cado in statutum : errans enim delinquere non videtur, ut ff. de actionibus et obligationibus, l. ex maleficio, et decretum ignorantem non tenet, ut ff. de decretis ab ordine faciendis, l. fin. et ad legem Cornelianam de sicariis, l. fin., et si non deliqui pro constante est quod non debeo res meas amictere, quia dicit lex quod si aliquis deliquit non debent res suae auferri, quia res non delinquant, ut in Auth. de mandatis principum, § oportet autem. E contra videtur quod amictere debeat, quia iste non potest allegare ignorantiam : nonne debet iste scire et interrogare conditiones terrae et qualia statuta erant ? Et certe sic, quia qui cum alio contrahit et cet., ut ff. de regulis juris, l. qui cum alio. Praeterea nonne dicit lex : « si quis lapidem projecerit et si post murum nec videat eum quem percussit, relegatur in quinquennium », ut ff. ad legem Cornelianam de sicariis, l. lege Cornelia ? Item qualiter potest se excusare, quia crassa et supina ignorantia erat, cum palam et publice erat promulgatum per civitatem, unde non debet auribus signulorum occultari ? Extra de postulatione, c. 1 et Auth. Ut factae novae constitutiones, circa principium, coll. V Unde ei non subvenitur quia teneatur, argumento ff. de publicanis et vectigalibus et commissis, l. fin., § licet ; nam qua in provincia quis delinquit (sic) et cet. ut C. ubi de criminibus agi oporteat, Auth. qua in provincia, ff. de officio praesidis, l. praeses. Secundum dominum Guidonem de Suzaria (quod) amictere debet res, quia licitum fuit legem imponere rebus suis : C.*

Après avoir rappelé le principe traditionnel de l'exemption, formalisé, en l'espèce, par les deux textes de référence, la loi *Cunctos Populos* du Code et la décrétale *A nobis* du *Liber Extra*, Alberto Gandino place, dès le second paragraphe, la question de l'ignorance ou de la connaissance du statut local au centre du débat. Envisageant tour à tour les arguments *pro et contra*, il en déduit que ce n'est pas tant la qualité d'étranger ou de ressortissant local qui importe ici, mais bien l'ignorance, légitime ou non, que peut alléguer celui qui est allé à l'encontre des prescriptions statutaires. Le poids de la réflexion se porte alors sur ce caractère légitime, qui détermine le bénéfice de l'exemption. Ainsi, en ce qui concerne la commission de l'acte illicite, l'étranger qui n'est que de passage sur le territoire ne peut, raisonnablement, avoir eu le temps de prendre connaissance d'un statut propre à la cité : il doit être, à cet égard, présumé, de bonne foi, ignorant et absous de la faute qui lui est reprochée. En revanche, plus intéressant pour notre propos est le cas de l'étranger qui est présent depuis longtemps sur le territoire : en effet, il se trouve soumis au même régime que le citoyen et, à ce titre, ne peut se soustraire à l'observation d'un statut dont il a pu, à loisir, s'informer de la teneur. Si, d'aventure, il avançait l'argument de l'ignorance, celle-ci serait réputée *supina et crassa*, comme elle le serait, ordinairement, pour le citoyen installé à demeure sur le territoire. Tout au plus, une absence prolongée, à l'époque même où fut promulgué le statut, pourrait-elle servir de condition pour mitiger la peine, non pour l'en dispenser. En dehors de cette circonstance, Ubertus da Bobbio et Guido da Suzzara semblent, tous deux, incliner en faveur de la confiscation des biens du coupable, dès lors qu'il est avéré qu'il a eu connaissance de la teneur de la réglementation statutaire.

Suivant ce même raisonnement, si l'étranger n'est que l'acquéreur des marchandises qui sont exportées par un citoyen en violation de l'interdiction statutaire, il subit de plein fouet les conséquences de la confiscation qui est prononcée par les autorités locales à l'égard des biens concernés par la transaction. Sans se trouver sur le territoire, il est soumis, de manière indirecte, à la peine de la confiscation, puisque ce sont les biens situés à l'intérieur de la cité qui en sont l'objet¹⁴⁰ : le fait même que les autorités publiques procèdent à la saisie des marchandises indique qu'il s'agit bien là, pour elles, d'un impératif économique qu'il leur faut satisfaire.

de contrabenda emptione et venditione, l. dudum, C. quae res exportari non debeant, l. 2, C. mandati, l. in re mandata, de rerum permutatione, l. rebus, de donationibus, l. legem, ff. de pactis dotalibus, l. ob res. Item deliquit exportando, ut ff. de publicanis et vectigalibus, l. cotem et per totum titulum; et ratione delicti convenitur quis, ut dicta Auth. qua in provincia. Et haec solutio aperta est, quando in rebus suis fecit statutum: sed si essent alienatae in alieno territorio aliter est, ut infra dicam. Vel aliter secundum Ubertum; quia dicit quod debet puniri seu amittere res suas ut supra, si scivit, ut in Auth. qua in provincia; et quia iudex debet iudicare secundum consuetudinem loci ubi est, ut ff. de usuris, l. 1 in principio et de evictionibus, l. si fundus, ff. de publicanis et vectigalibus, l. si publicanus. Alioquin ignorantia eum excusat: ff. mandati, l. si fidejussor, § item cum debitor (D. 17.1.29.2); item decretum non obligat ignorantes, ut ff. de decretis ab ordine faciendis, l. fin. (D. 50.9.6). Sed quomodo poterimus scire eum scivisse? Respondeo: si erat homo qui saepe et quasi cotidie ibi utebatur, unde non debuerit hoc ignorare cum omnes de civitate hoc sciunt; ut ff. de juris et facti ignorantia, l. regula, § sed facti, ff. de institoria actione, l. sed si pupillus, § III. De subditis non est dubium praedictis rationibus et aliis, quia si rem bene gerant, dum tamen contra praecepta, puniuntur: ff. de re militari, l. III, § in bello. Sed si longe distaret ab illa civitate in qua erat statutum et absens erat, sic quod non est plena fides quod scire potuerit, licet qualiter sit, mitius punitur, quia ubi puniretur in duplum punitur in simplicium, ut ff. si pars haereditatis petatur, l. antiqua.

¹⁴⁰ L'exemple de ce même statut appliqué, cette fois, à des marchandises qui sont seulement en transit à l'intérieur de la cité, et qui est traité, immédiatement après, par Gandino, pourrait apporter un argument *a contrario* au soutien de cette affirmation : « Mais évoquons une question pratique. Un citoyen de Reggio Emilia exportait, depuis la cité de Reggio, du bétail ou du blé vers la cité de Crémone, marchandises qui transitaient par la cité de Parme : est-ce qu'il s'expose à la peine fixée par le statut de Parme ? Solution : il semble qu'il ne s'expose pas à cette peine ; et le cas semble directement exprimé dans la loi *Si quis post hanc* du Code (C. 8.10.6) ; parce que ces biens ne sont pas issus du territoire parmesan, et ainsi les Parmesans ne peuvent imposer leurs lois que sur leurs propres biens, comme il a été remarqué précédemment » (Alberto GANDINO, *loc. cit.* à la note précédente) : *Sed pone questionem de facto. Quidam Reginus de civitate Regii exportabat carnes vel bladas ad civitatem Cremonae, qui transibat per civitatem Parme: numquid committitur in penam statuti Parme*

Dans l'un et l'autre cas de figure, c'est la situation des biens à l'intérieur du territoire qui conditionne l'application de la « loi de police » : le juge est habilité à prononcer une sentence de confiscation de ces biens, appartiendraient-ils à un ressortissant étranger, vendeur ou acquéreur, sur le fondement du statut. Celui-ci puise son impérativité dans les forces conjuguées du rattachement au territoire des marchandises (sans que le critère n'en soit autrement défini) et de la peine de la confiscation, sanction qui revêt un caractère pénal marqué, à en juger par les textes allégués par Gandino¹⁴¹.

A la *quaestio*, Alberto Gandino n'apporte donc aucune réponse absolue. L'exemption pèse encore de tout son poids, signe que l'exemption de l'étranger et le respect de la condition juridique de celui-ci, en sa qualité de *non subditus*, sont désormais bien ancrés dans l'esprit des civilistes du XIII^e siècle. Mais l'ignorance *supina et crassa* est un argument qui, jouant en défaveur de l'étranger, témoigne de l'influence du droit pénal sur cette matière de police et sur la volonté de faire respecter la législation statutaire à quiconque, sans distinction, se trouve établi à demeure sur le territoire. Dans tous les cas où l'ignorance est impuissante à le sauver, le ressortissant étranger, qu'il soit vendeur ou acquéreur, doit souffrir qu'il soit fait application du statut local et que soit prononcée, à son détriment, la sentence de confiscation. Aussi timide et prudente que paraisse la réflexion développée par Gandino, il s'agit, néanmoins, d'un premier pas vers la territorialité des « lois de police ».

Dans une *quaestio* qui se place volontiers sous le patronage de ses aînés du siècle précédent (Uberto de Bobbio, Martino da Fano, Jacopo dell'Arena, Guido da Suzzara, Alberto Gandino, entre autres, y sont abondamment cités), Alberico da Rosate¹⁴², qui écrit dans la première moitié du XIV^e siècle, s'inscrit dans la droite ligne de la solution exposée par Gandino au sujet de la soumission de l'étranger au statut local portant une interdiction d'exporter des marchandises : en l'occurrence, du bétail et autres sortes d'aliments (*carnes vel alia victualia*). Cette question est abordée au tout début du deuxième livre de son *De Statutis*, à la *quaestio I*, et s'étend sur dix-huit rubriques. L'intérêt de cette dissertation tient tout autant à la fidélité de ses vues avec la tradition rapportée

? *Solutio : videtur quod non committat in penam ; et videtur casus legis expressus C. de edificiis privatis, l. si quis post hanc ; quia non sunt hec res nate in territorio parmensi, et sic non possunt imponere legem nisi suis rebus, ut supra notatum est*). Dans ce cas, non seulement le rattachement avec le territoire est si lâche que les autorités publiques parmesanes n'entendent pas intervenir, mais le caractère de « police économique » attaché au statut ne justifie pas qu'elles s'émeuvent du transit de marchandises qui proviennent d'une cité étrangère.

¹⁴¹ Alberto Gandino reprend la question, et la développe en des termes très similaires, dans le cadre de la rubrique « De rebus non portandis contra devetum » de son célèbre traité de droit pénal, le *De maleficiis* (Alberto GANDINO, *De maleficiis*, rubrique « De rebus non portandis contra devetum », in *Tractatus diversi super maleficiis*, Lyon, 1555, qui rassemble les doctrines de Gandino, Bonifazio Vitalini, Paulo Grillandi, Balde et de Jacopo dell'Arena). Sur le *De maleficiis*, voir Hermann KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und des Strafrecht der Scholastik, 1. Die Praxis*, Berlin, 1907 ; 2. *Die Theorie*, Berlin, 1926.

¹⁴² Alberico DA ROSATE, ou da Rosciate (vers 1290-1360), originaire de Rosciate (Rosate), dans la région de Bergame, a fait ses études de droit à l'Université de Padoue, où il eut pour maîtres Oldrado da Ponte et Riccardo Malombra. Il est surtout connu comme praticien : avocat à Bergame, il fut très impliqué dans la vie civique bergamasque, en réformant, notamment, les statuts de la cité en 1331 et 1333. Egalement ambassadeur, il défendit les intérêts de la famille des Visconti de Milan et de la ville de Bergame à la cour d'Avignon, intercédant, à plusieurs reprises, en leur faveur auprès du pape Benoît XII (1334-1342). A la fin de sa vie, il se consacre essentiellement à une activité scientifique, rédigeant des ouvrages destinés, avant tout, aux praticiens, comme des *Quaestiones statutorum*, un *Repertorium juris canonici*, une *Lectura* (ou *Commentarii*) *Codiciis*, des *Commentarii in Digesti* et un *Dictionarium juris*. Les développements relatifs au conflit de statuts se retrouvent, pour une bonne part, dans ses *Commentarii Codiciis* (sur la loi *Cunctos populos*, C.1.1.1.) et dans ses *Quaestiones statutorum*. Sur Alberico da Rosate, voir Arrigo SOLMI, « Alberto da Gandino e il diritto statutario del sec. XIII », *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, Turin, 1901, pp. 1-64 ; Ennio CORTESE, *Il rinascimento giuridico medievale*, 2^e édition, Rome, 1996, pp. 85 et s.

par Gandino – fidélité que n’occulte pas l’argumentation *pro* et *contra* qu’il déploie à loisir – qu’à la structure même de son raisonnement, qui emprunte les mêmes détours que son prédécesseur lombard. En effet, après avoir posé, de manière générale, la question de savoir si un étranger peut être tenu d’observer les statuts locaux, il rappelle qu’il faut partir du principe désormais traditionnel *Statutum non ligat nisi subditos* et ce qui en constitue, en quelque sorte, le prolongement direct : l’excuse de l’ignorance. Mais c’est alors qu’il aborde la question de la matière pénale et qu’il développe toutes les raisons qui plaident en faveur de la double compétence du *forum* et de la *lex loci delicti*, qui écarte toute faculté de se prévaloir de son ignorance, sauf *justa ignorantia* :

5-7. ... Je tiens pour acquis que les statuts n’obligent pas l’étranger directement, mais que, cependant, ils l’obligent indirectement, parce qu’il a commis un délit sur le territoire et qu’il ressortit du tribunal local à raison du délit qu’il a commis. Et le cas semble avoir été traité par la loi *Praeses provinciae* (D. 1.18.3) du Digeste, *in fine*.

De même, parce que la cité peut édicter des lois sur les biens qui lui appartiennent et qui appartiennent à ses sujets, comme le veulent le titre du Code *Quae res exportari non debeant* (C. 4.41), la loi *Cotem* du Digeste (D. 39.4.11.2), et les lois *Dudum* (C. 4.38.14), *Nemo judaeorum* (C. 1.9.7.)¹⁴³ et *In re mandata* (C. 4.35.21) du Code, pour cette raison, les cités peuvent prendre un statut qui décide que les marchandises qui ont été exportées sont confisquées.

De même, elles peuvent frapper les étrangers de crainte et leur imposer leur loi sur le territoire qui est le leur, ainsi que l’atteste le paragraphe *Territorium* de la loi *Pupillus* du Digeste (D. 50.16.239.8). Car, selon les coutumes de chaque région, ce qui constitue un délit dans l’une d’entre elles n’en constitue pas un chez les autres, selon la loi *Sunt quaedam* du Digeste (D. 47.11.9)¹⁴⁴.

13. Quelle opinion devons-nous, en fin de compte, avoir face à une telle diversité d’opinions jurisprudentielles ? En général, l’on suit l’opinion de Guido da Suzzara qui considère, sans faire de distinction, que les étrangers sont tenus d’observer les statuts pénaux et les statuts relatifs aux biens qui sont frappés d’une interdiction, principalement parce que ce genre de statuts est communément partagé par toutes les cités. Et Guido a disputé de cette question à Pavie et il l’a posée dans ses *Questions sur les statuts*, charte 2, où une telle question ressortit de la pratique et il semble qu’il faille également suivre, sur ce point, l’opinion de Guillaume Durand, dans son *Speculum judiciaire*, livre IV, sous-partie I, *De constitutionibus*, n°5, § *Et nota*, où il est suffisamment traité de cette question¹⁴⁵.

Si l’on en croit plusieurs canonistes (Innocent IV, Bernard de Compostelle) et civilistes (Jacopo dell’Arena, Guido da Suzzara), l’ignorance de l’étranger est légitime lorsque le statut local n’est pas de ceux qui sont communément partagés par les cités ou lorsque les faits qui lui sont reprochés sont licites au regard du droit commun, mais spécialement interdits par une cité. A l’inverse, elle n’est pas justifiée lorsque le statut est de ceux qui posent une règle qui est

¹⁴³ Il s’agit, plus certainement, de la loi *Nemo alienigenis* (C. 4.41.2), déjà citée, à cet endroit, par Alberto Gandino : voir, *supra*, pp. 76-77.

¹⁴⁴ Alberico DE ROSATE, *De statutis*, Francfort, 1608, livre II, *quaestio* I, pp. 102-104, n°5-7 : ...*sic dato, quod statuta eum non ligarent directo, ligarent tamen per indirectum, quia ibi deliquit & sortitur forum ratione delicti. Et pro hoc videtur casus expressus ff. de offic. praesi l. 3. in fin. Item, quia civitas potest facere legem de reb. suis. & subditorum, ut. C. quae res expor. non poss. (sic) per totum. ff de pub. l. cotem ferro. C. de contrah. empt. l. dudum. de Iudaeis. l. nemo & man. in l. in re mandata. & ideo possunt statuere, quod res exportatae perdantur. Item possunt terrere extraneos & eis legem imponere in eorum territorio, ut ff. de verb. sig. l. pupillus. § territorium. Nam ex consuetudine regionis aliquid est delictum in una regione, quo non est delictum in alia. ff. de extraord. crim. l. saccularii. § sunt quaedam (sic). L’édition de Francfort, qui est la plus couramment utilisée, appelle néanmoins la plus grande prudence dans son utilisation, car les références aux textes, anciens et modernes, qui y sont retranscrites sont très souvent erronées.*

¹⁴⁵ Alberico DE ROSATE, *De statutis*, Francfort, 1608, livre II, *quaestio* I, pp. 102-104, n°13 : *Quid finaliter in tanta jurium opinionum varietate tenebimus ? Communiter servatur opinio Guid. de Suzz. qui indistincte tenet, forenses teneri observantiam statutorum in delictis, & rebus prohibitis, maxime per quia statuta sunt communiter in omnibus civitatibus. Et hanc quaestionem Paduae disputavit & eam ponit in suis questionibus statutorum. 2. charta, ubi quaestio talis est de facto & hoc etiam sequi videtur Spec. de constitut. § 1. vers. secundo not. quod constitutio ligat & versic. seq. pone ergo statutum, ubi de hoc satis nota.*

communément partagée par les cités : tel est le cas des statuts pénaux et des statuts qui frappent certains biens d'une interdiction, selon Guido da Suzzara. Elle n'est pas davantage justifiée lorsque l'étranger effectue un long séjour dans la cité, se mettant à même de s'informer de la disposition statutaire en cause :

14. ... Innocent, dans ses *Commentaires sur le Liber Extra*, au livre I, titre IV, *De consuetudine*, au n°5, et Bernard de Compostelle le Jeune, dans son *Apparat sur le Liber Extra*, livre I, titre IV, canon I, semblent être d'avis que l'ignorance légitime excuse tout, ce qui est peut-être vrai pour les statuts qui ne sont pas communément partagés par les cités et, pour ces faits qui seraient licites au regard du droit commun et interdites par les statuts, alors, l'ignorance serait légitime. En revanche, pour les statuts qui sont communément partagés par les cités, ou lorsque l'étranger séjourne longuement dans la cité, l'ignorance ne serait pas cause d'excuse¹⁴⁶.

C'est donc fort de toutes ces remarques que Rosate aborde et résout la question de la soumission des étrangers, fussent-ils de passage, aux statuts portant interdiction d'exporter des marchandises, qui sont le cœur même de son sujet :

17. Et, à ce propos, est-ce que les étrangers et les voyageurs sont soumis à l'observation des statuts (portant interdiction d'exporter) ? Voyez le canon *Quae contra mores* de la distinction VIII (Distinction VIII, canon 2), avec l'étude qui en est faite dans la *Glose ordinaire* de Jean le Teutonique, et ce qu'en dit l'Archidiacre¹⁴⁷. Les remarques émises précédemment se vérifient lorsque le statut porte sur des biens situés dans la cité même qui établit les statuts. En revanche, s'il portait sur des biens situés à l'étranger, par exemple, si le statut de Crémone dispose qu'il est fait défense à quiconque d'importer à l'intérieur du territoire de la cité du vin étranger sous peine de confiscation, Martino de Fano considère qu'un tel statut n'est pas valable, quant à la peine, parce que, dans ce cas de figure, ni les biens, ni les personnes ne sont sujettes de la cité, et, dès lors, ils ne peuvent être soumis à l'autorité du statut, pour les raisons ci-dessus alléguées. Umberto da Bobbio est du même avis et il allègue la loi *Curatores* du Digeste (D. 1.19.3). Cependant, ceux qui ont l'intention de transporter du vin peuvent se voir interdire de transporter celui-ci ; si, du reste, ils l'ont transporté, se voir interdire de l'exporter, en vertu des lois *Curatores* (D. 1.19.3) et *Divus* (D. 8.3.16) du Digeste. Mais, à cet endroit, en particulier. Guido da Suzzara était de la même opinion dans ses *Questions sur les Statuts*, ainsi que Alberto Gandino dans le commentaire qui figure au titre *De rebus non portandis contra devetum*, au n°8...¹⁴⁸.

La réflexion de Alberico da Rosate, après avoir déployé un long argumentaire qui mettait en avant, tout à la fois, le principe de la soumission indirecte aux lois pénales et le tempérament que

¹⁴⁶ Alberico DE ROSATE, *De statutis*, Francfort, 1608, livre II, *quaestio* I, pp. 102-104, n°14-15 : *Innocent. extra de consuetud. super rubrica. & Compo. eod titul. cap. 1 videntur tenere, quod justa ignorantia excuset a toto, quod forte verum est quoad statuta, quae non essent communiter in civitatibus ; & in his, quae essent licita de jure communi, & prohibita per statuta ; tunc enim ignorantia esset justa. In statutis autem, quae sunt communiter in civitatibus, vel quando forensis in ista civitate longam moram traxisset, ignorantia non excusaret.*

¹⁴⁷ Sur la glose du canon *Quae contra mores* faite par la *Glose ordinaire*, voir, *supra*, pp. 33-34. Sur l'opinion émise par Guido da Baiso, l'Archidiacre, sur ce même canon dans son *Rosarium*, voir, *supra*, p. 33, note 33. Dans les deux cas, les avis des auteurs tendent à joindre la lecture qui en est faite par Huguccio.

¹⁴⁸ Alberico DE ROSATE, *De statutis*, Francfort, 1608, livre II, *quaestio* I, pp. 102-104, n°17 : *Et de hoc, an peregrini & transeuntes teneantur ad observantiam statutorum ? Vide 8. dist. 1. quod contra mores. cum ibi notat in gl. & Archid. Praedicta vera sunt quando statutum fit rebus ipsius civitatis statuta condentis. Si autem fieret rebus alienis, puta quia statutum est Cremonae, quod nullus vinum forense trabat ibi sub poena amissionis, Martinus de Fano tenet, quod tale statutum non valeat, quoad poenam, quia tunc nec personae nec res sunt subditae et omnino non possunt ligari statuto, per jura supra ad hoc allegata. Idem tenet Uber. de Bobio, & allegat ff. de offic. procur. Caesar. l. fin. prohiberi tamen poterunt volentes vinum conducere, ne conducant : alias si conduxerunt, quod exportent, per d. l. fin. de offic. procur. Caesar. & de servit. rust. praedi. l. divus. 1. dist. Cap. 1 & 3. licet fit ar. contra. ff. de cloacis. l. 1 § quod ait. Sed ibi speciale. Hanc etiam opinionem tenet Gui. de Suz. in suis quaestionibus statutorum. & Alber. de Gand. tit. de rebus vetitus vers. item pone statutum est Cremonae...*

peut, en certains cas, apporter l'excuse légitime, se conclue par une distinction qui appelle deux solutions radicalement opposées : soit les marchandises se situent à l'intérieur même de la cité, auquel cas elles sont sujettes (*subditae*) de celle-ci et soumises donc à sa loi, au même titre que le marchand qui entreprend de les exporter en violation directe du statut local ; soit, *a contrario*, venant de l'étranger, elles ne sont qu'en transit sur le territoire et, dans ce cas, le statut qui porte interdiction d'exportation est tenu en échec, car la situation entretient des liens trop lâches avec la cité pour que l'ordre public économique de cette dernière en soit blessé. Par conséquent, le statut est rigoureusement territorial.

La disposition statutaire trouve sa raison d'être dans le souci de garder en réserve des ressources alimentaires suffisantes pour faire face à une éventuelle pénurie. La confiscation, fixée par le statut, ne peut être prononcée qu'à l'égard de celui, citoyen ou étranger, qui entreprend, en toute connaissance de cause, de faire sortir hors du territoire des denrées issues du territoire. Mais celui qui n'est que de passage ne peut être présumé avoir eu connaissance de l'existence et la teneur du statut – au moins, quant à la peine – et ne doit pas être inquiété, puisque les marchandises qu'il transporte ne font que transiter. De cela, il faut déduire que l'impératif de « police économique », qui justifie l'édiction d'un tel statut prohibitif, n'est rempli que si les critères mettant en jeu la loi locale sont réunis : les considérations de droit pénal et de situation des biens s'entremêlent pour donner vigueur au statut et en déterminer le champ d'application, personnel, matériel et territorial.

Depuis Ubërto da Bobbio, au début du XIII^e siècle, jusqu'à Alberico da Rosate, au début du XIV^e siècle, la doctrine civiliste et pénaliste s'empare de la question des statuts portant interdiction d'exporter des marchandises et l'intègre dans une étude plus large des statuts des divers cités qui caractérisent l'organisation municipale de l'Italie. Portés à souligner la singularité et la diversité de ces statuts, et s'attachant à des analyses au cas par cas qui n'ont pas encore la rigueur d'un véritable système, ils s'appuient sur leurs acquis : le principe, bientôt érigé en maxime, *statutum non ligat nisi subditos*, ainsi que la règle de conflit donnant compétence, en matière pénale, à la *lex loci delicti*, qui se laisse alors entrevoir, encouragent les auteurs à raisonner en termes de soumission ou d'exemption de l'étranger vis-à-vis de la loi locale. Les réponses – encore nuancées et prudentes – qu'ils apportent au sujet de l'interdiction d'exportation n'hésitent plus à mettre en avant des facteurs d'extraterritorialité comme l'ignorance excusable, qui s'apprécie de plus en plus à l'aune du *jus commune*. Au fur et à mesure que ce dernier entre en considération, les statuts qui s'inscrivent en faux contre ses dispositions vont apparaître toujours davantage comme des exceptions, qu'il faut enserrer étroitement à l'intérieur de leur territoire.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1^{ER}.

La théorie des statuts naît des efforts conjoints qu'ont entrepris les doctrines canonique et civiliste des XII^e et XIII^e siècles pour réfléchir sur l'étendue et les limites de la soumission de l'étranger aux lois particulières du territoire. Le principe d'exemption de l'étranger, dégagé par la science canonique et formalisé par les civilistes, au début du XIII^e siècle, sous forme de maxime : *statutum non ligat nisi subditos*, a encouragé les juristes de l'un et l'autre droit à déterminer dans quel cas il devait y être dérogé. Ils ont été conduits ainsi à en conclure qu'en certaines circonstances, l'étranger pouvait, effectivement, se voir soumis à des statuts territorialement impératifs, dès lors que l'*utilitas publica* (ou *communis*) le requérait. Le lent travail de maturation de la doctrine, à partir de textes aussi essentiels que les décrétales *A nobis* (1193) et *Ut animarum* (1298) ou les lois romaines telles que la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.) ou encore l'Authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2. ;

Novelle 69, chapitre 1), a abouti progressivement à discerner certaines catégories juridiques ou certains types de statut qui relaient, par essence et par fonction, les exigences formulées par chaque ordre juridique autonome. Les dispositions pénales, soumises sans discussion, à partir de cette époque, au *forum* et à la *lex loci delicti*, tout comme les statuts portant réglementation de police sur les biens (comme ceux qui interdisent d'exporter certaines marchandises jugées vitales pour la cité) se rangent ainsi parmi les lois d'application impérative, véritables lois de police et de sûreté avant l'heure, dont le champ naturel d'action se circonscrit au territoire du législateur, mais qui sont néanmoins reconnues, et tolérées, par le *jus commune*. Exprimant des impératifs d'ordre public, ils imposent la soumission de tous ceux qui, étrangers ou citoyens, se trouvent dans les limites de leur pouvoir. Avec les civilistes du XIII^e siècle, et, plus encore, avec les juristes de l'École d'Orléans, la question de la conformité ou de la contrariété avec le *jus commune* devient centrale pour apprécier ces statuts qui résistent à l'extraterritorialité et font barrage au statut personnel d'un étranger.

A l'orée du XIV^e siècle, au moment même où Bartole se propose de faire entrer la théorie des statuts dans l'ère de la systématisation, les lois d'application territoriale – statuts à caractère pénal et statuts à caractère réel – s'approprient à intégrer une construction théorique dans laquelle le *jus commune* tient, désormais, de l'aveu même du maître de Pérouse et de ses successeurs, le rôle d'arbitre chargé d'apprécier l'extraterritorialité ou la territorialité qui peut être reconnue aux statuts. Cette dimension publiciste du conflit de lois renforce encore la certitude que la valeur et la portée des statuts se déterminent en fonction de la *potestas statuendi* et de l'ancrage dans le territoire dans un ensemble encore dominé par un droit à vocation impériale. Non sans quelques paradoxes, d'ailleurs, les statuts impératifs, qui, plus tard, seront qualifiés de lois de police et de sûreté, vont en ressortir renforcés de l'expérience bartoliste. Aux statuts territoriaux par nature, déjà entrevus, viennent s'ajouter, en effet, les figures nouvelles des statuts permissifs et des statuts prohibitifs odieux.

CHAPITRE II - LA TERRITORIALITE SAISIE PAR LA THEORIE DES STATUTS : LES STATUTS TERRITORIAUX PAR NATURE ET LES STATUTS PERMISSIFS ET PROHIBITIFS CHEZ BARTOLE ET BALDE.

Fort d'un double héritage, celui légué par les juristes de l'École d'Orléans, dont il est devenu l'un des fidèles disciples grâce à Cino da Pistoia, et celui des grands maîtres italiens, Bartolo da Sassoferrato¹⁴⁹ demeure, de tous les grands noms de la science du droit international, celui auquel l'on doit d'avoir rassemblé, discuté et synthétisé les principales règles de conflits de lois et les divers mécanismes qui donnent corps à la théorie des statuts. En prenant le relais des juristes français de la fin du XIII^e siècle, il apporte à leurs enseignements son art consommé de la distinction et de la sous-distinction, qui l'autorise, davantage que ne pouvaient se le permettre ses prédécesseurs, à entrer plus profondément dans le matériau du droit privé et à répondre, de la manière la plus précise possible, aux cas pratiques soulevés à l'occasion d'un conflit de lois. Mais il est, tout autant, un homme de son époque, le *Trecento* italien, et un homme dépendant d'un environnement marqué par la prédominance du *jus commune* et les aspirations des statuts municipaux à trouver leur place dans cet ordonnancement juridique à multiples étages. L'on ne comprendrait pas les choix méthodologiques, parfois déroutants, de Bartole, ni la fidélité, plus ou moins avérée, de ses successeurs – au premier rang desquels se trouve Baldo degli Ubaldi¹⁵⁰ – à ses thèses si l'on faisait fi d'un contexte italien, voire méridional pour les pays de droit écrit, où le droit commun surplombe et s'impose à une multiplicité de droits particuliers (*jura propria* ou *jura singularia*). La dimension publiciste du conflit de lois est, tout autant que sa dimension privatiste, au cœur de la démarche statutiste et les deux voisinent, jusqu'à se faire concurrence dès lors qu'un statut touche de trop près les intérêts de la cité ou les intérêts de l'Etat.

La dimension publiciste du conflit de lois s'avère particulièrement sensible lorsque Bartole, Balde et leurs successeurs¹⁵¹ abordent les questions relatives aux statuts territoriaux par nature (qui sont ceux qui ont trait aux délits ou aux droits réels immobiliers, mettant en jeu, à chaque fois, des motivations d'ordre public), mais, aussi, et il s'agit là d'une nouveauté, des statuts prohibitifs odieux

¹⁴⁹ BARTOLE (1313 ou 1314-1357) est originaire de la ville de Sassoferrato, dans les Marches. Il suivit les enseignements, à Pérouse, de Cino da Pistoia, qui produisit une impression profonde et durable sur le jeune étudiant, puis ceux de Jacopo Butrigario et Raniero Arsendi (da Forlì) à Bologne. Il obtient le grade de docteur en lois à l'âge de vingt ans en 1334, puis il enseigne le droit à l'université de Pise (1339-1343) puis à l'université de Pérouse (1343-1357). Il fut député de cette ville auprès de l'empereur Charles IV du Saint-Empire, lequel le nomma conseiller. Bartole laissa à ses successeurs une quantité extraordinaire de travaux, qui contribuèrent fortement à forger la réputation et la gloire qui sont désormais attachées à son nom : *Lecturae*, *Repetitiones* et *Commentaria* sur toutes les parties des compilations de Justinien, de nombreux *Consilia* et *Tractatus* à la fois en droit civil et canonique.

¹⁵⁰ BALDE, ou Baldo degli Ubaldi (1327-1400) est né à Pérouse, où il fit ses études. Pour le droit romain, ces maîtres furent Giovanni Pagliaresi, Francesco Tigrini et Bartole, et, pour le droit canonique, Frederico Petrucci. Il fut promu au grade de docteur par Bartole en 1344. Par la suite, il enseigna le droit romain et le droit canonique à Bologne, à Pérouse, à Pise, à Florence, à Padoue et à Pavie, où il mourut le 28 avril 1400. Parmi ses élèves, figurent Pierre Roger de Beaufort (futur Grégoire XI), Pietro d'Ancharano, Francesco Zabarella, Giovanni da Imola et Paulo di Castro. Auteur d'envergure, il a laissé, en tant que civiliste, des *Lecturae* du Code et du Digeste, mais également d'innombrables *Consilia* et *Tractatus*. Ses qualités de canoniste l'ont conduit à commenter le *Liber Extra* et le *Sexte*. Enfin, il a commenté les célèbres *Libri feudorum* lombards.

Voir, entre autres, Annalisa BELLONI, *Professori giuristi a Padova nel secolo XV*, « Ius Commune », Francfort, 1986, pp. 128-131 ; Ennio CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, 2 volumes, Rome, 1996-1999, vol. 2, p. 436-446 ; les nombreuses contributions à la revue *Ius Commune, Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, XXVII, Francfort, 2000 ; les études rassemblées dans le recueil *VI centenario della morte di Baldo degli Ubaldi, 1400-2000*, Université de Pérouse, 2005.

¹⁵¹ Pour un exposé plus général de la théorie des statuts italienne à partir de Bartole, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, pp. 116-192.

*in personam*¹⁵² et même, grâce à Balde, des statuts permissifs¹⁵³. Dans les deux temps de son célèbre commentaire sur la glose *Quod si Bononiensis*, Bartole envisage, tour à tour, l'extension de la souveraineté personnelle, puis celle de la souveraineté territoriale en dehors de leur champ naturel de développement. Dans le premier cas, les statuts – territoriaux par nature – prétendent ainsi s'assujettir les étrangers, au même titre que les citoyens, et les soumettre aux mêmes prescriptions que ces derniers pour réaliser pleinement leur fonction : dès lors, les conflits s'instaurent essentiellement entre les ressortissants de deux cités différentes et sont résolus de manière horizontale. Dans le second cas, les statuts – prohibitifs ou permissifs – sont confrontés, lorsqu'ils prétendent à une application extraterritoriale, à la question de la conformité matérielle avec le *jus commune*, qui, seul, du fait de sa supériorité et de son universalité, peut leur accorder ou leur refuser le bénéfice de sortir des limites de leur territoire : dès lors, les conflits s'instaurent essentiellement (et sauf exceptions) entre les statuts et le droit commun et sont résolus de manière verticale. Comme nous le verrons, en dépit de l'approche iréniste de Bartole, la théorie des statuts embrasse pleinement ce mode de gestion verticale des conflits et c'est, précisément, ce qui contribue à lui donner son identité définitive¹⁵⁴.

Alors que l'on serait tenté de croire que les statuts pénaux et réels immobiliers, qui s'inscrivent dans le cadre d'une souveraineté personnelle étendue aux étrangers, sont les seuls à pouvoir être qualifiés, par anticipation, comme « lois de police et de sûreté », il convient d'accorder toute leur place aux statuts permissifs et prohibitifs odieux, qui, en la matière, sont investis d'un rôle semblable : préserver l'ordre public et écarter, s'il le faut, toute disposition contraire qui menacerait de faire barrage aux objectifs qu'ils se proposent de réaliser¹⁵⁵. Ainsi, le statut prévoyant l'exclusion des filles dotées est rangé parmi les statuts prohibitifs *odiosa* au regard du *jus commune* ou du *jus naturale*. De même, l'institution d'héritier en faveur d'un fils bâtard se présente comme un statut permissif qui est censuré par les droits commun et naturel. Or, pour la première fois, de manière formaliste, et dans la lignée des arguments tenant à l'*utilitas publica* de Révigny, l'intention du législateur statutaire entre entièrement en ligne de compte dans la catégorisation des statuts et participe pleinement de ce travail de systématisation formaliste de la théorie qu'entreprennent Bartole et Balde. L'intention du législateur permet, dans un premier temps, d'apprécier la portée, personnelle et territoriale, des règles de conflit applicables aux délits et aux statuts réels immobiliers, les distinguant ainsi des autres règles de conflit par leur territorialité impérieuse, qui

¹⁵² Les statuts prohibitifs, tels que les définissent Bartole et Balde (voir *infra*), regardent la condition même de la personne : ils édictent à son encontre une interdiction d'agir ou de disposer qui entrave sa capacité juridique, et pour des raisons qui dépassent l'*utilitas privatorum*.

¹⁵³ Les statuts permissifs, tels que les définissent Bartole et Balde (voir *infra*), regardent la condition même de la personne : ils octroient à cette personne une capacité à agir ou à disposer qui décuple sa capacité ordinaire, sous réserve de l'approbation du droit commun, appelé à sanctionner le statut en cas d'excès.

¹⁵⁴ C'est aussi à partir de Bartole et de Balde, pourtant canonistes émérites, qu'il nous faut délaisser le droit canonique : la constitution du corpus de doctrine bartolien a achevé de consacrer la théorie des statuts en une discipline civiliste parfaitement autonome et, ainsi, de diriger les deux doctrines sur des chemins bien différents, qui ne se recoupent plus guère. Il y aurait, certainement, lieu de reprendre les travaux de Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, et de Willy ONCLIN, *De territorialitati vel personali legis indole*, *op. cit.*, pour vérifier la justesse de l'assertion de Louis RIGAUD, « Contribution des canonistes aux plus anciennes doctrines du droit international privé et influence de celui-ci sur le *Codex juris canonici* », *Actes du Congrès de droit canonique, Cinquantenaire de la faculté de droit de Paris, 22-26 avril 1947*, Paris, 1950, pp. 376-386 : « ... Le sommeil dogmatique qui s'empare, après Bartole, de beaucoup de canonistes les empêche de se renouveler dans une matière où il ne suffisait plus de s'en tenir à l'autorité des anciens maîtres » (p. 383).

¹⁵⁵ Raymond VANDER ELST, « Conflits de lois et conflits de souverainetés », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 2 et 3, 1954, pp. 3-21, spéc. pp. 11-14.

s'impose pareillement aux citoyens et aux étrangers¹⁵⁶. Mais elle contribue à dessiner, dans un second temps, les contours des figures exorbitantes du droit commun que représentent les statuts permissifs et les statuts prohibitifs odieux, qui font, pour la première fois, leur apparition sous les plumes de Bartole et de Balde et qui sont destinés à un bel avenir. Dans l'un et l'autre cas, mais pour des raisons symétriquement inverses, c'est leur contrariété avec le *jus commune*, au droit naturel, voire, exceptionnellement, à un autre statut, qui les distingue des statuts ordinaires et qui les réunit dans une catégorie de statuts à part. Règles de conflit purement territoriales, étendant la souveraineté personnelle du législateur, ou mécanismes déroatoires du droit commun, étendant ou confinant la souveraineté territoriale dudit législateur : telles sont les divers statuts, issus des doctrines de Bartole, de Balde et de leurs successeurs, qui peuvent prétendre chacun conjindre, sur son chef, territorialité et impérativité.

Dans l'histoire des conflits de lois, Bartole ouvre la voie au deuxième chapitre de la doctrine franco-italienne et apporte à l'antique théorie des statuts ce qui lui manquait jusqu'alors : l'esprit de système. L'immense mérite de Bartole est d'avoir su réunir les matériaux dont il avait hérité dans une construction systématique qui débouche sur la première doctrine formaliste sur le conflit de lois. Dépassant, sans la renier, l'approche casuistique de ses prédécesseurs, il a fourni les clés d'interprétation et de résolution – à l'aide de ses distinctions, de ses catégories, de ses mécanismes, tous, plus ou moins, appelés à passer à la postérité – des conflits de lois et donné ainsi vie à un système qui, après lui, formera, jusqu'à Savigny, le point de départ exclusif de toute doctrine, qu'elle approfondisse, nuance, améliore, discute ou contredise frontalement les postulats bartoliens.

De l'École d'Orléans, Bartole a recueilli la méthode dialectique, le goût de la distinction et de la catégorisation, mais aussi un certain nombre de solutions concrètes, qu'il a pu adopter ou discuter à loisir. Plus en rapport avec notre propos, il a surtout recueilli l'idée que les statuts relatifs aux délits se fondaient sur l'*utilitas publica*, qui en justifiait la territorialité, et, par-delà, la conviction qu'un statut qui dérogeait au droit commun était voué à être cantonné sur son territoire. De ses maîtres italiens, il a hérité d'une sensibilité marquée pour la dimension publiciste du conflit de lois, l'idée d'une sujétion, directe ou indirecte, envers le législateur particulier et une conception hiérarchique des rapports entre les statuts municipaux et le *jus commune* : en somme, le mode de gestion vertical qui constitue l'essence de la démarche statutiste et qu'il faut exposer brièvement pour insérer les statuts permissifs et prohibitifs dans la trame générale de la théorie bartolienne¹⁵⁷.

Bartole a su donc s'emparer habilement de tous ces acquis, sans manquer d'y apporter – sous la forme, notamment, des statuts permissifs, prohibitifs et prohibitoires, mais aussi des statuts territoriaux – la marque de son génie propre, et les fondre dans une construction doctrinale cohérente et intelligible, qui présente l'immense avantage d'être exhaustive sur toutes les questions de conflits de lois de son temps (Section 1^{ère}). Balde a su, lui, s'en faire le fidèle, et néanmoins critique, continuateur, mais il a, tout autant, contribué, par son apport personnel et l'originalité de certaines de ses vues, à enrichir, à perfectionner et à remettre dans une perspective nouvelle le système de son maître. Une marque de sa singularité peut en être trouvée dans l'opinion, et la

¹⁵⁶ Luc SIRI, *Les conflits de lois*, op. cit., p. 188.

¹⁵⁷ Sur le double « mode de gestion verticale/horizontale » qui caractérise les diverses doctrines et jurisprudences en matière de conflits de lois, voir Bertrand ANCEL, « Conflit de coutumes et théorie des statuts », *La Coutume dans tous ses états, Actes du colloque international de Clermont organisé du 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du cinq-centième anniversaire de la rédaction de la Coutume d'Auvergne*, Paris, 2013, pp. 37-60.

clarification, qu'il développe sur les statuts permissifs et même sur les statuts prohibitifs odieux (section 2^{nde}). Tous deux ont su, enfin, entraîner dans leur sillage une armée de jurisconsultes italiens, et même français, des XIV^e, XV^e et XVI^e siècles, qui, attirés par leur autorité et leur renom, leur ont emboîté le pas, jusqu'à reprendre les mêmes solutions sans y ajouter grand chose et en ne leur apportant la contradiction que de manière exceptionnelle¹⁵⁸. Leur contribution à la théorie des statuts prohibitifs se résumant à confirmer leurs prédécesseurs, ils ne seront donc évoqués qu'au détour de la démonstration.

Section 1^{ère}. Les statuts purement territoriaux et les statuts prohibitifs chez Bartole.

Figure de proue de l'école italienne des statuts plus que père fondateur¹⁵⁹, Bartole érige certainement la synthèse la plus parfaite de cette pensée, dont il convient d'interroger aussi bien la méthode qu'elle utilise que les solutions concrètes auxquelles elle aboutit. C'est de ce double point de vue qu'il sera dès lors possible de cerner les contours de la « loi territorialement impérative » telle que la concevaient les auteurs italiens médiévaux. Le commentaire que Bartole¹⁶⁰ consacre à la glose *Quod si Bononiensis*, dédiée à la loi *Cunctos Populos*¹⁶¹, et qui forme traditionnellement le siège de la matière pour les auteurs médiévaux, s'inscrit dans le prolongement du principe dégagé par ses prédécesseurs : *statutum non ligat nisi subditos*. Un tel principe qui fournit, à première vue, une clé d'explication satisfaisante au problème soulevé par la dialectique *jura propria/jus commune*, et qui place le débat sur le terrain de la répartition de compétences entre les législations particulières et le droit romain, interpelle la sagacité de l'interprète sur plusieurs points. Même si l'affirmation respecte pleinement la vocation du statut local à imposer des normes de conduite à ceux qui sont soumis à l'autorité qui l'édicte, et cela en contravention des normes imposées par le droit commun, elle se présente sous une forme restrictive et limitative, qui nécessite de déterminer qui sont ces *subditi* liés par le statut et qui sont, au contraire, ceux qui, étant *non subditi*, peuvent prétendre s'exempter de son application. La question ne suscite aucune difficulté quand celui qui est ressortissant de la cité se trouve sur le territoire de celle-ci ou quand celui qui en est étranger se

¹⁵⁸ La postérité de Balde est trop nombreuse pour qu'une liste puisse prétendre être exhaustive : parmi la doctrine italienne des XIV^e-XVI^e siècles, quelques noms se détachent comme Angelo degli Ubaldi, frère de Balde, Bartolomeo de Saliceti, Petro d'Ancharano, Raffaele Fulgoso, Paolo di Castro, Alessandro Tartagni, Gaspare Antonio Tesauero, Rocco Corti, Bartolomeo Sozzini et son fils Mariano, etc. Parmi les Français, il s'agit de Jean Masuer, au XV^e siècle, ainsi que de Barthélémy de Chasseneuz et d'André Tiraqueau au XVI^e siècle. Sur ces auteurs, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, pp. 126 (pour les Italiens) et 292-295 (pour les Français).

¹⁵⁹ Sur la doctrine de Bartole en matière de conflits de lois, en général, voir Nikitas Emmanuel HATZIMIHAÏL, *Pre-Classical Conflict of Laws, An Essay on the Writing of the History of Private International Law*, Cambridge, Massachusetts, 2002, et « Bartolus and the Conflict of Laws », *Revue Hellénique de Droit International*, 2006, vol. 59, p. 11-79 ; Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, pp. 116-192.

¹⁶⁰ Sur la vie et l'œuvre de Bartole, qui ont suscité une littérature des plus abondantes, voir, outre les références indiquées à la note précédente : Friedrich MEILI, « Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus über san internationale Privat- und Strafrecht », *Niemeyers Zeitschrift für internationale Privatrecht*, 1894, IV, Leipzig 258-269, 340-346, 446-455 ; Joseph L. J. VAN DE KAMP, *Bartolo da Sassoferrato*, Urbino, 1935 ; ID., *Bartolus de Saxoferrato, 1313-1357, leven, werken, invloed, betekenis*, Amsterdam et Paris, 1936 ; *Bartolo da Sassoferrato studi e documenti per il VI centenario* (éd. Danilo Segoloni), 2 volumes, Milan, 1962 ; Francesco CALASSO, « Bartolo da Sassoferrato », *Dizionario Biografico degli Italiani*, n°6, 1964 ; Vincenzo N. RIZZO, Bartolo da Sassoferrato, *Annuario di diritto internazionale*, 1965, p. 266 ; Augusto P. MICELI, « Bartolus of Sassoferrato », *Louisiana Law Review*, n°37, 1977, pp. 1027-1036 ; Max GUTZWILLER, *Geschichte des Internationalprivatrechts von den Anfängen bis zu den grossen Privatrechtskodifikationen, Bâle/Stuttgart*, 1977, pp. 29-38 ; Bruno PARADISI, « Le glose di Bartolo da Sassoferrato », *Studi sul Medioevo giuridico*, éd. B. Paradisi, Rome, 1987, pp. 855-896 ; Ennio CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, deux volumes, Rome, 1996-1999, vol. 2, p. 415 et ss.

¹⁶¹ La traduction française de ce commentaire qui suit est celle, précitée à la note 16, du professeur Bertrand ANCEL, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, pp. 53-74, et *Eléments, op. cit.*, pp. 165-187.

trouve en dehors des limites du territoire, donc quand coïncident les champs d'application personnel et territorial du statut considéré. Aucun élément d'extranéité ne caractérisant ce genre de situation, le sens de la maxime se comprend de lui-même. Mais, quand la disjonction entre ces deux éléments s'opère, donc quand un étranger à la cité se trouve sur son territoire ou quand un ressortissant de la cité franchit les limites du territoire, alors, il revient à l'interprète de dépasser la maxime et d'envisager l'extension à donner au statut local : d'un point de vue personnel, le statut local peut-il s'imposer à un étranger, à raison des actes qu'il accomplit ou des biens qu'il possède sur ce territoire ? D'un point de vue territorial, le statut local peut-il suivre de ses prescriptions le ressortissant de la cité qui réalise une opération juridique en dehors des limites du territoire ? Telles sont les deux séquences qui vont scander la réponse de Bartole à cette double interrogation qui introduit la dissertation qu'il consacre aux conflits de lois (n°13) :

Maintenant venons-en à la glose qui dit *Quod si Bononiensis, etc...* et offre l'occasion d'étudier deux questions. D'abord, y a-t-il un statut qui [, à l'intérieur du territoire,] étende son autorité sur des non sujets ? Ensuite, y a-t-il un statut qui étende son effet au-delà du territoire de ceux qui l'ont édicté ?

162

En adoptant une telle distinction, la démarche bartolienne s'interroge sur le degré d'impérativité du statut local et sur la faculté qui peut lui être reconnue de déborder de ses champs d'application naturels. Dans le premier temps de sa réponse, l'auteur est amené, dans une perspective conflictualiste, à évoquer les statuts locaux qui imposent le respect d'une même norme aux citoyens aussi bien qu'aux étrangers qui se trouvent *intra territorium* (§ 1). En effet, le champ d'application personnel étant ici seul en question, leur territorialité n'est pas discutée. Dans le second temps de sa réponse, l'auteur envisage cette fois-ci, dans une perspective statutiste, l'hypothèse que puisse être reconnue la faculté pour le statut local de suivre les ressortissants de la cité qui l'a édicté au-delà de ses frontières et donc de prétendre à l'extraterritorialité (§ 2). A quel titre, et selon quels critères, autorise-t-on un statut à s'exporter au-delà des limites de son ressort, c'est-à-dire *extra territorium* ? Comment un statut local, produit de l'activité normative d'une cité, peut-il prétendre s'insérer au sein d'un ensemble plus vaste, circonscrit par l'activité normative de l'Empire ? Quelles sont les conditions et les limites de la tolérance manifestée par cet ordre juridique supérieur envers le déploiement extraterritorial de statuts d'origine locale¹⁶³ ? C'est poser la question des statuts favorables et des statuts odieux – celle-là même que l'on retrouve dans la deuxième partie de la démonstration de Bartole.

§ 1. La territorialité des statuts locaux et leur extension aux étrangers.

Primo utrum statutum porrigatur intra territorium ad non subditos. Pour répondre à la question de savoir si « le statut peut étendre son autorité, à l'intérieur du territoire, à des non-sujets », Bartole ne s'adresse pas au statut local, afin de lui demander de déterminer lui-même les cas dans lesquels il entend s'appliquer aussi bien aux citoyens qu'aux étrangers qui se trouvent dans les limites du

¹⁶² BARTOLE « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n°13 : *Nunc veniamus ad glossam quae dicit quod si Bononiensis [conveniat Mutinae non debet indicari secundum statuta Mutinae quibus non subest, cum dicat: quos nostrae clementiae] & cuius occasione videnda sunt duo, & primo utrum statutum porrigatur intra territorium ad non subditos : secundo, utrum effectus statuti porrigatur extra territorium statutivum* (traduction de Bertrand ANCEL, *op. cit.*, note 16)

¹⁶³ L'idée de courtoisie pourrait, à ce titre, trouver les premières ébauches de sa définition, même si elle apparaîtra bien plus tardivement, précisément, sous la plume des auteurs hollandais, sans doute plus sensibles au statutisme traditionnel sur ce point qu'ils ne l'auraient voulu.

territoire, mais emprunte sa démarche à Jacques de Révigny et à celui qui a acclimaté l'enseignement de ce dernier en Italie, Cinus de Pistoie. Révigny refusait l'approche statutiste, qui consistait à demander au législateur statutaire de fixer lui-même sa sphère de compétence personnelle et territoriale, et préconisait une démarche conflictualiste, qui permet de mieux saisir la réalité du rapport de droit en question et l'éventail de lois potentiellement appelées à en connaître. Le raisonnement de Révigny revenait à choisir, parmi les lois potentiellement applicables à la situation ou à l'acte en cause, celle qui présentait le lien le plus fort avec le rapport de droit considéré et, partant, à déterminer, pour chacune des matières pouvant faire l'objet d'un conflit de lois (contrats, délits, successions...), le facteur de rattachement qui conduirait à la désignation de ladite loi¹⁶⁴.

Dans l'éventail des matières qu'il recense dans la première partie de sa dissertation, et si l'on met à part le sort particulier qu'il réserve à la condition du clerc, Bartole distingue essentiellement les contrats, les délits et les testaments, tout en se réservant de traiter, dans un quatrième temps, tout ce qui ne rentre pas dans ces catégories, désignation vague qui se résume dans l'esprit de l'auteur à rechercher la loi applicable aux droits réels immobiliers. Si la présentation choisie par Bartole, séparant chacune des matières pour lui apporter réponse, donne le sentiment d'un ordonnancement rigoureusement pensé, il n'en reste pas moins que rien n'indique dans son propos quelles raisons ont présidé à cette sélection des matières, ni quelle logique le pousse à parler de telle matière avant telle autre. Sa démarche reste donc circonscrite à une logique purement casuistique, et c'est donc de l'étude de chacune des matières qu'il est possible de retirer des enseignements sur sa conception de l'impérativité de tel ou tel statut.

En effet, en se posant la question de l'extension personnelle d'un statut local, Bartole est naturellement amené à envisager les hypothèses où l'étranger, par sa seule présence sur le territoire de la cité, se voit appliquer le statut édicté par l'autorité municipale. Or, la difficulté, en la matière, surgit du fait qu'à une question formulée en des termes purement *statutistes*, l'auteur y apporte une réponse qui n'est rien moins que *conflictualiste*. L'exigence posée par le statut local de se voir appliquer à toute personne présente sur son territoire, fût-elle étrangère, est au cœur même des réflexions statutistes, alors que, précisément, elle est indifférente au regard de la démarche conflictualiste. Il est donc délicat d'inférer de la première partie de la dissertation de Bartole un enseignement général sur les critères qui permettraient ainsi de satisfaire une telle exigence de la part du statut local.

Pour autant, en raisonnant en termes de loi applicable, Bartole pose les premiers jalons d'une véritable réflexion sur l'application de certains statuts aux étrangers présents sur le territoire. Si l'impérativité du statut entre en ligne de compte désormais, ce n'est plus en tant que cause dérivant de sa prétention à se voir appliquer abstraitement à tel ou tel cas de figure, donc de sa compétence législative, mais en tant que conséquence de la mise en œuvre concrète d'une règle de conflit. Il convient donc de discerner, parmi les différents *casus* évoqués par Bartole, les cas où le statut local se retrouve doué d'une impérativité si forte que la qualité de ressortissant étranger ne suffirait pas à justifier une exception à son application territoriale. Il est des comportements ou des faits constitutifs d'une situation juridique qui exigent, afin de satisfaire au maintien d'une bonne

¹⁶⁴ Sur le conflictualisme de Jacques de Révigny, voir Bertrand ANCEL, *Eléments*, *op. cit.*, pp. 135-141 ; et « Conflit de coutumes et théorie des statuts », *La Coutume dans tous ses états, Actes du colloque international de Clermont organisé du 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du cinq-centième anniversaire de la rédaction de la Coutume d'Auvergne*, Florent Garnier et Jacqueline Vendrand-Voyer (dir.), Paris, 2013 ; Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 89-112.

« police », l'intervention exclusive du statut local. Au rebours de questions comme le statut personnel, les contrats ou les testaments, qui ne pâissent pas d'une éventuelle application d'une loi étrangère, le raisonnement, en matière de délits ou de droits réels immobiliers, conduit à envisager le rapport de droit comme né ou apparu sur le territoire, en ce qu'il touche des intérêts supérieurs – ceux de la cité. Cela a pour conséquence de neutraliser le critère d'extranéité que représente sa qualité d'étranger, et de réduire la situation considérée à une situation purement locale. De pareils cas s'induit alors la liaison de deux compétences : compétence législative, par l'application du statut local, et compétence judiciaire, par la connaissance du litige par le seul juge local. Cette identité de compétences se constate aussi bien dans l'étude que Bartole fait des délits (A.) que des droits réels immobiliers (B.).

A. Les délits.

La matière délictuelle est, certainement de toutes, celle qui constitue l'expression la plus aboutie et la plus cohérente de la territorialité de la loi locale. Les développements que les Glossateurs puis les Commentateurs consacrent au texte fondamental que constitue, en ce domaine, l'Authentique *Qua in Provincia* du Code Justinien (C. 3.15.2 ; Nouvelle 69, chapitre 1¹⁶⁵), concordent tous pour ériger en principe la compétence de la *lex loci delicti commissi*, à savoir la « loi du lieu où le délit a été commis ». De même, leur réflexion se conforte des enseignements tirés des travaux de la doctrine canoniste qui, en la matière, donnent lieu à des développements très importants¹⁶⁶. De manière caractéristique, les canonistes voient dans le statut pénal un cas où l'exemption de l'étranger de l'application du statut particulier est tenue en échec par l'impérativité des prescriptions du droit local.

La conjonction de ces deux écoles a donc naturellement conduit à inscrire dans le marbre le principe de la territorialité de la loi pénale locale. C'est ce principe que, tout naturellement, recueille Bartole :

Deuxièmement, je demande : qu'en est-il des délits ? Si un étranger commet un délit, sera-t-il puni selon les statuts de cette cité ? Cinus a traité la question à propos de cette loi *Cunctos populos* et aussi de la première loi du titre *Quae sit longa consuetudo* (C. 8.52 (53).1), mais il faut l'envisager plus largement :

1) ou le fait commis dans cette cité constitue un délit d'après le droit commun, et il faut le réprimer selon les statuts et la coutume de cette cité, comme, plus bas, dans l'authentique *Qua in provincia* du titre *Ubi de criminibus agi oportet* (C. 3.15.2), dans le premier paragraphe de la loi *Saccularii* du titre *De extraordinariis criminibus* (D. 47.11.7.1), dans le canon *A nobis* du titre *De sententia excommunicationis* du *Liber Extra* (X. V.39.21) et dans la Glose. Dinus, au sujet de l'avant-dernier paragraphe de la loi *Si* du titre *De accusationibus et inscriptionibus* (D. 48.2.7.4), en est d'accord, Jacques d'Arena aussi, et tous les autres, sans que la première loi du titre *Ubi senatores vel clarissimi civiliter vel criminaliter conveniantur* (C. 3.24.1) ne puisse y objecter, selon Cinus.

2) ou il ne s'agit pas d'un délit selon le droit commun et alors :

- soit cet étranger séjourne ici depuis assez longtemps pour être présumé connaître le statut et il faut le punir de même. Sur quoi j'invoque la deuxième loi du titre *Ubi de criminibus agi oportet* en accord avec la glose précédente (C. 3.15.2 ; Authentique *Qua in provincia*, Nouvelle 69, chapitre 1).
- soit, au contraire, il n'a pas passé assez de temps et alors :

¹⁶⁵ Sur l'Authentique *Qua in provincia*, voir, *supra*, p. 52, et note 95 (texte et traduction française).

¹⁶⁶ Sur la formation de la doctrine canonique au sujet de la soumission de l'étranger à la loi pénale, voir Luc SIRI, *L'apport des canonistes médiévaux à la solution des conflits de lois*, Mémoire de DEA d'Histoire du Droit, sous la direction du Professeur Anne Lefebvre-Teillard, Paris II, 2005, pp. 52-64.

- i. si le fait est de ceux qui sont généralement prohibés par toutes les cités - par exemple, sortir le blé du territoire sans licence des autorités, ce qui est communément interdit dans toute l'Italie -, il lui est inutile en pareil cas d'alléguer l'ignorance comme cause d'excuse, comme dans le paragraphe *Si quis* du titre *De publicanis et vectigalibus et commissis* (D. 39.4.16.12) ;
- ii. ou si le fait n'est pas communément prohibé, il n'est pas tenu, à moins qu'il n'ait été informé de l'interdiction, car, selon la loi *Si* du titre *De decretis ab ordine faciendis* (D. 50.9.6) et, aujourd'hui, selon le canon *Ut animarum* du titre *De constitutionibus* du Sixte (VI 1.2.2), l'ignorant n'est pas tenu, sauf ignorance crasse ou négligence¹⁶⁷.

En se plaçant, comme il le fait, sous le double patronage de l'Authentique *Qua in provincia* et de la Décrétale *A nobis* du *Liber Extra* (X. V.39.21), Bartole reconduit une solution installée que préconisaient déjà ses prédécesseurs, Cinus de Pistoie, son maître, dont il se réclame, et Jacques de Révigny, qu'il ne cite pas¹⁶⁸. L'intérêt de la démonstration ne réside donc pas principalement dans la réaffirmation de ladite solution, mais sur l'accent qu'il met sur l'importance du *jus commune* dans la mise en œuvre de la règle. En effet, si cette règle d'essence territorialiste est, *a priori*, favorable à l'ordre juridique local, qui est en mesure de faire respecter ses prescriptions en matière délictuelle, les tempéraments qu'y apporte Bartole conduisent à encadrer très fermement l'application du principe. La liberté laissée au statut local de réprimer les infractions commises sur son territoire est donc enserrée par un jeu de distinctions – si cher à la méthode bartolienne – qui en déterminent le mécanisme, et ce à double titre.

Le *jus commune* intervient pour servir de référent à la définition même de la disposition locale en cause : « Ou le fait commis dans cette cité constitue un délit d'après le droit commun, et il faut le réprimer selon les statuts et la coutume de cette cité... Ou il ne s'agit pas d'un délit selon le droit commun ». Si l'on suit les directives de Bartole, il convient donc de vérifier, au préalable, la conformité de la disposition locale à l'éventail des délits recensés par le droit commun pour en déduire s'il y a lieu, ou non, de *refuser* d'appliquer ladite disposition à l'étranger présent sur le territoire de la cité. Dans tous les cas de figure envisagés, jamais la compétence de la disposition locale n'est remise en cause ; en revanche, les nuances apportées par la référence au droit commun se dessinent au niveau de la mise en œuvre. Il est d'ailleurs à remarquer que, quel que soit l'attachement de Bartole pour le droit commun, les exceptions que celui-ci pourrait être amené à imposer à la règle locale ne font jamais obstacle à la compétence de la disposition locale en la

¹⁶⁷ BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n° 20 : *Secundo quaero quid de delictis. Si forensis delinquit hic, utrum puniatur secundum statuta huius civitatis ? Ista quaestio tangitur per Cyno hic, & jj Quae sit longa consuetudo, lex 1. Dic latius :*

- *Aut illud, quod commisit in hac civitate, est delicti de iure communi, & punitur secundum statuta seu consuetudinem huius civitatis, ut jj Ubi de criminibus agi oportet, authentica Qua in provincia, ff. de extraordinariis criminibus, lex Saccularii §1, & extra De sententia excommunicationis, canon A nobis & ibi notatum per glosam & hoc tenet Dynus, ff De accusationibus et inscriptionibus, lex Si § penultimo, & Iacobus de Arena & omnes. Nec obstat lex 1, jj Ubi senatores vel clarissimi civiliter vel criminaliter conveniantur, nam ut ibi no per Cynum.*

- *Aut non erat delictum de iure communi, et tunc : aut ille forensis ibi tantam moram traxit, quod verisimiliter debet scire statutum, & tunc idem. Pro hoc induco jj Ubi de criminibus agi oportet, legem 2, & quod ibi notatum in ultima Glosa. Aut ibi non contraxit tantam moram, & tunc, aut illud factum erat communiter per omnes civitates prohibitum, ut puta, ut non trahat frumentum extra territorium, sine licentia potestatis, quod est communiter prohibitum per totam Italiam : & isto casu non licet allegare ignorantiam ad totam excusationem, ut ff De publicanis et vectigalibus et commissis, lex Si § Licet quis. Aut non est ita generaliter prohibitum, & non tenetur, nisi fuerit sciens, ut lex Si ff De decretis ab ordine faciendis & est hodie tex. de hoc, extra De constitutionibus canon Ut animarum, liber 6 ubi ignorans non tenetur, nisi ignorantia fuerit crassa & supina (traduction de Bertrand ANCEL révisée, *op. cit.*, note 16).*

¹⁶⁸ Jacques DE REVIGNY, *Lectura super Codice*, Bologne, 1967 (éditée sous le nom de Petrus Bellapertica : réimpression de l'édition de Paris, 1519), fol. 2rb, à la loi *Cunctos populos* au titre *De summa Trinitate*. Voir, *supra*, pp. 60-66, et note 112.

matière, ce qui est assez révélateur de la force de fait des statuts et de la force de conviction qu'ils impriment dans l'esprit des auteurs.

Au cas où la conformité réclamée par le *jus commune* se trouverait dûment constatée, alors, aucun obstacle ne peut être soulevé à l'encontre du jeu naturel de la règle de conflit. En revanche, au cas où cette conformité se trouverait battue en brèche par le caractère purement local et particulariste de la disposition « incriminée », alors, à ce stade, se pose la question de savoir s'il peut y être imposé des exceptions.

C'est à ce titre que le droit commun, suivant Bartole, peut être conduit à intervenir comme une exception – et non une entrave – à la mise en œuvre de la règle de conflit. Ladite exception n'est appelée à déployer ses effets que dans le cas où le délit commis se signale par le défaut dans lequel il tient le « contrôle de conformité » exigé de l'ordre juridique supérieur.

Dans de telles circonstances, la deuxième distinction entée sur la coexistence des deux ordres juridiques s'opère, non plus au niveau de la définition de l'infraction, mais au niveau de l'application. C'est alors qu'entre en jeu le critère de la connaissance ou de l'ignorance par l'étranger de la disposition locale compétente. Critère que Bartole manie avec d'infinies précautions, mais qui peut se réduire à la question de l'ignorance excusable de la loi locale par l'étranger.

Le mécanisme de l'ignorance excusable est bien connu des auteurs de cette époque et a déjà été éprouvé par la doctrine, tant canoniste que civiliste¹⁶⁹. Les canonistes, d'ailleurs, précurseurs en la matière, préconisaient depuis longtemps, et notamment depuis Huguccio, la réserve de l'ignorance excusable au bénéfice de l'étranger de passage ou arrivé depuis peu sur le territoire¹⁷⁰. Les civilistes, à l'image de Jacques de Révigny¹⁷¹, avaient repris à leur compte cette solution qui permettait de tempérer les rigueurs d'une législation locale dont la connaissance ne pouvait pas être exigée d'un simple étranger de passage. Cette condition attendant à la durée du séjour de l'étranger est importante, en ce que, tout à la fois, elle légitime ou non aux yeux du juge local le bénéfice de l'ignorance excusable et elle comporte la limitation apportée par l'exception elle-même, ce qui conduit à un retour au principe territorialiste.

Bartole embrasse précisément l'ensemble de ces considérations en envisageant le cas de l'étranger qui commettrait un délit qui serait réprimé par la loi locale et ignoré du droit commun. Pour être en droit de réclamer l'exemption de l'application de la loi locale, l'étranger doit apporter la preuve qu'il était depuis peu sur le territoire de la cité, de sorte qu'il n'a pas été en mesure de se pénétrer de la législation locale particulière. S'il apparaît que son séjour s'est prolongé, alors, joue à son encontre une présomption : celle d'une connaissance suffisante du statut répressif local (« cet étranger séjourne ici depuis assez longtemps pour être présumé connaître le statut et il faut le punir de même »).

Pour autant, et l'auteur insiste bien sur ce point, même une fois la condition d'un séjour bref établie, l'octroi du bénéfice de l'exemption est assorti à une dernière condition : l'ignorance à elle seule ne suffit pas, elle doit aussi revêtir un caractère légitime, qui écarterait derechef toute négligence grossière de la part de l'étranger.

¹⁶⁹ Franck ROUMY, « L'ignorance du droit dans la doctrine civiliste des XII^e-XIII^e siècles », *Cahiers de recherches médiévales*, t. VII, 2000, pp. 23-43. Version en ligne : 7 | 2000. URL : <http://crm.revues.org/878>. Voir, *supra*, pp. 36-49 et 64-74.

¹⁷⁰ Sur cette question, Luc SIRI, *L'apport des canonistes médiévaux*, *op. cit.*, pp. 52-64.

¹⁷¹ Jacques de REVIGNY, *Ad legem Cunctos populos*, C. 1.1.1, *Quaestio XXI* de la répétition *Ex non scripto : Queritur an consuetudo liget extraneos [...]* *Dicendum si ignorabat, non ligatur nisi crassa et supina ignorantia* (« La question se pose de savoir si une coutume peut lier les étrangers [...] Il faut répondre que, s'il ignorait la coutume, il n'est pas tenu par elle, sauf ignorance crasse et négligence grave »).

Dès lors, la discussion se déporte sur l'éventuelle absence d'un motif d'excuse légitime. Un élément de réponse est apporté par l'auteur lui-même : si le fait délictueux est de ceux qui sont « généralement prohibés par toutes les cités » (*illud factum erat communiter per omnes civitates prohibitum*), alors, l'étranger ne peut pas prétendre ignorer l'interdit qui frappe l'acte en question et ne peut se prévaloir de sa méconnaissance d'une législation locale qui n'offre aucune différence sur ce point avec d'autres législations municipales. Il importe d'ailleurs de souligner toute la valeur qu'accorde Bartole à cet aspect de la question, plus encore que ne le faisaient ses prédécesseurs : du fait qu'il existerait, selon lui, des dispositions communes édictées par chacun des ordres juridiques propres à l'Italie et toutes revêtues du même caractère d'ordre public, il est possible d'en inférer une seconde présomption : celle que ce fond commun, ce quasi droit commun partagé par l'ensemble des cités italiennes, est nécessairement connu de tous. De manière très caractéristique, Bartole s'appuie sur un *exemplum* qui a fait florès en la matière depuis, au moins, Ubërto da Bobbio : celui de l'interdiction d'exporter du blé hors du territoire de la cité au mépris des prescriptions des autorités municipales. Cette mesure d'utilité publique, destinée à pourvoir à la subsistance de la cité en cas de crise ou de guerre, est si couramment répandue dans l'Italie médiévale que l'étranger – aussi bien que le citoyen, d'ailleurs – qui y contreviendrait ne pourrait s'abstraire de l'application de la loi répressive locale. L'importance économique et politique d'une telle mesure pour le bon fonctionnement de la cité a pu conduire certains interprètes à y voir, sous la plume de Bartole, une préfiguration des futures « lois de police »¹⁷². La conclusion a sa valeur si l'on garde toutefois à l'esprit que, pour Bartole, il ne s'agissait pas nécessairement de consacrer une catégorie particulière de lois territorialement impératives, mais d'illustrer un cas où l'exemption offerte au secours de l'étranger inculpé est battue en brèche et où, de surcroît, la justification ne réside pas, à ses yeux, dans la souveraineté de la cité, mais, au contraire, serait-on tenté de dire, dans l'identité de législation qui peut exister, dans certains cas, entre deux cités différentes. Le fondement s'en trouverait dans un quasi droit commun des villes italiennes.

A supposer qu'un étranger ait méconnu l'existence d'une disposition d'une telle gravité, alors, cette ignorance rentrerait dans les cas d'ignorance « crasse » ou de négligence grave, qui ôterait toute légitimité et donc toute force à l'exemption. Cette expression : *nisi ignorantia fuerit crassa & supina* est directement empruntée, semble-t-il, à Jacques de Révigny (*Ad legem Cunctos populos*, C. 1.1.1), et elle traduit bien toute la restriction qui est apportée au périmètre de l'excuse d'ignorance.

Pour admettre, par dérogation, qu'un étranger ne soit pas soumis à l'application de la loi locale, il faut donc que cette dernière présente un caractère exceptionnel qui la rende insusceptible d'être connue par un étranger présent depuis peu sur le territoire et qui, par surcroît, la distingue de toutes les autres dispositions du même type. C'est précisément à cette double exigence que répond le traitement du sort réservé à l'étranger qui se serait rendu coupable d'un acte délictueux sur le territoire de la cité : pour se défaire de la double présomption qui peut peser contre lui, il devra apporter la preuve de la brièveté de son séjour et la démonstration que son ignorance du statut local était « excusable » et non « crasse ».

Aussi subtiles que paraissent les distinctions de Bartole, elles peuvent néanmoins se justifier par le souci qui anime cet auteur de ménager les intérêts des ordres juridiques en cause et de donner sa juste place à la réserve de l'ignorance légitime. La difficulté naît uniquement dans l'esprit de l'auteur du cas où le caractère proprement local du délit est accusé par son absence de

¹⁷² En dernier lieu, Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, tome 1^{er}, Caractères généraux, Paris, 1956, première partie, chapitre I, section 1, spéc. pp. 31-32.

conformité au droit commun et par son absence de correspondance dans les ordres juridiques municipaux. En la matière, le principe veut que le particulier tienne le général en échec, sauf si l'étranger arrive à faire admettre que ledit caractère particulier échappait à sa prévisibilité. Malgré tout ce jeu de distinctions, Bartole n'en laisse pas moins une place très large à la *lex loci delicti commissi* et réduit à la portion congrue la mise en œuvre de l'exemption. Toutefois, il est patent que les considérations essentielles à ses yeux tiennent précisément à la difficulté d'orchestrer les rapports entre ordres juridiques particuliers comme les rapports entre un ordre juridique particulier et l'ordre juridique supérieur que représente le droit commun (sollicité en l'espèce au niveau de la définition du délit). Cet équilibre entre les ordres juridiques, cette recherche d'une juste mesure assurée au trébuchet du *jus commune* est une préoccupation encore plus essentielle dans la deuxième partie de la dissertation de Bartole : celle qui a trait à la question de l'application extraterritoriale du statut local.

B. Les droits réels immobiliers.

Après avoir passé en revue l'éventail des matières juridiques de droit privé qui posent à titre spécifique la question de l'application ou non du statut local à l'étranger, Bartole traite ensuite des droits réels immobiliers, qu'il insère dans une catégorie créée spécialement pour les besoins de la démonstration, et dont la seule définition est posée de manière négative par rapport aux catégories qui ont précédé (contrats, délits, testaments) :

Quatrièmement, je demande : qu'en est-il de ce qui n'est pas contrat, ni délit, ni dernières volontés ? Supposons que le propriétaire d'une maison ici demande s'il peut la surélever. En bref, puisque c'est une question relative à un droit dérivant de la chose même, il faut suivre la coutume ou le statut du lieu où la chose est située, comme dans l'ensemble de la loi *An* du titre *De aedificiis privatis* (C. 8.10.3). J'entends ainsi le § *Si constat* de la loi *Venditor* du titre *Communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum* (D. 8.4.13.1).¹⁷³

Cette catégorie résiduelle, destinée, semble-t-il, à servir de « catégorie-balai », ne comporte pourtant qu'une seule illustration, un seul *exemplum* qui semble suffire, aux yeux de l'auteur, à justifier cette consécration. Cette retenue ne manque pas de surprendre : en effet, pourquoi n'avoir pas choisi de traiter des droits réels immobiliers en reprenant à son compte, pour les commodités de la présentation, la catégorie classique dite du « statut réel » et la règle de conflit qui lui est traditionnellement attachée : la *lex rei sitae* ? Et pourquoi donc n'avoir considéré la règle de conflit de lois relative au statut réel en ne traitant seulement, et de manière laconique, que d'une question très précise attendant à l'exercice d'un droit réel immobilier¹⁷⁴ ?

La relative modestie même du traitement que réserve Bartole à cette question ne doit pas conduire à mésestimer l'importance du statut réel et l'empire de la *lex rei sitae* aux yeux de la doctrine de cette époque. La solution est à ce point confortée par une tradition constante et un consensus jamais démenti que la soumission de l'étranger à ladite loi - et ce à raison des actes ou des opérations qu'il viendrait à effectuer sur des biens situés sur le territoire - ne fait pas discussion. La force de cette solution se vérifie d'ailleurs dans les quelques lignes qu'y consacre Bartole,

¹⁷³ BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n°27 : *Quarto quaero, qui de his quae non sunt contractus, neque delicta, neque ultimae voluntates ? Pone, quidam habet domum hic & est quaestio : an possit altius elevare ? Breviter cum est quaestio de aliquo iure descendente ex re ipsa, debet servari consuetudo vel statutum loci ubi est res, ut jii De aedificiis privatis, lex An in totum, ita intelligo l. Venditor § Si constat Communia praedia* (traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, note 16).

¹⁷⁴ Sur les solutions admises en la matière à cette époque, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 104-107 et 149-150.

puisqu'il retient, de manière tout à fait traditionnelle, l'application de la « coutume ou [du] statut du lieu où la chose est située » en matière réelle. Par sa présentation même, l'auteur marque bien que toutes les questions qui ne rentreraient pas dans les catégories spéciales précitées (*his quae non sunt contractus, neque delicta, neque ultimae voluntates*) peuvent fort bien trouver un principe de solution dans l'application de la loi locale.

Cet empire de la *lex rei sitae* n'est pas sans conséquence sur le caractère particulièrement impératif dont se retrouve doté le statut local vis-à-vis de l'étranger. Plus que la solution en elle-même, c'est l'*exemplum* avancé par l'auteur et son fondement qui doivent retenir l'attention. Il s'agit de la servitude *altius non tollendi*¹⁷⁵, classée par le droit romain parmi les servitudes réelles ou prédiales, et qui consiste en une servitude de ne pas surélever qui grève le propriétaire d'une maison. Cette servitude, qui constitue clairement une limitation dans l'intérêt exclusif d'autrui du droit de propriété, correspond à une mesure de politique publique destinée à réglementer l'urbanisme et son respect fait qu'il ne peut appartenir qu'à la coutume ou au statut du lieu de situation de l'immeuble de fixer et de faire respecter. Ainsi, dans le cadre d'une cité, c'est aux autorités municipales qu'il incombe de réglementer la hauteur des constructions privées, afin que celle-ci ne porte pas atteinte au droit d'autrui. En l'espèce, le statut réel se voit recouvert d'une impérativité spécialement justifiée par un intérêt public et constitue une sorte de « police des sols ». C'est toute l'ambiguïté et l'ambivalence du statut réel - tel que la doctrine l'envisage et va continuer encore longtemps de l'envisager - que de remettre dans les mains des autorités publiques le respect de droits purement privés dont l'exercice abusif peut éventuellement nuire à l'intérêt de la collectivité.

L'étude des différentes règles de conflit qu'analyse Bartole dans la première partie de sa dissertation permet ainsi de tracer certains des contours que peut prendre un statut local quand il est dans l'esprit des autorités qui l'édictent et de celles chargées de l'appliquer doté d'une impérativité spéciale. Que cette dernière doive être discernée à travers les règles de conflit ne saurait surprendre si l'on se rappelle que, dans cette partie de son commentaire, Bartole adopte une démarche conflictualiste qu'il a héritée de Jacques de Révigny. Mais la manifestation la plus forte de ces lois à caractère impératif, liant tous ceux qui sont présents sur le territoire de la cité, se fait plus clairement entrevoir à travers la seconde partie de son commentaire, celle qui s'interroge sur la prétention de la loi locale à s'appliquer au-delà des frontières de la cité. La distinction des lois revêtues de l'extraterritorialité et de celles à qui cette vertu est refusée conduit nécessairement à se poser la question des caractères qui définissent ces lois strictement territoriales.

§ 2. L'extraterritorialité des statuts locaux : les statuts prohibitifs odieux.

*Secundo, utrum effectus statuti porrigatur extra territorium statuentium*¹⁷⁶ : la dichotomie autour de laquelle se construit la démonstration de Bartole le conduit logiquement, après avoir passé en revue les questions de droit qui admettent ou non l'extension personnelle d'une loi locale *intra territorium*, à envisager, de manière symétriquement inverse, les cas de figure où se constate une extension *extra*

¹⁷⁵ La servitude *altius non tollendi* est régleméntée dans le Digeste, 8, 2, 2, qui reprend à cet égard un passage du septième livre du Commentaire sur l'Édit provincial de Gaius : *Urbanorum praediorum jura talia sunt : altius tollendi, et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi...* (« Les servitudes des fonds urbains sont les suivantes : le droit de surélever un bâtiment et de nuire au jour du voisin, ou d'empêcher de faire cette surélévation... », traduction de Jean GAUDEMET, *Droit privé romain*, 3^e édition, 2009, p. 368, texte n°105).

¹⁷⁶ BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n°20.

territorium des prescriptions posées par un législateur étranger. La dualité qui nourrit l'essence même des distinctions bartoliennes est elle-même double : à cette *summa divisio* qui sépare le champ d'application territorial du champ d'application personnel vient s'adjoindre une césure entre les lois dont le périmètre personnel se restreint aux seuls ressortissants de la cité et celles dont le bénéfice ou la sanction peut s'élargir également aux étrangers. A première vue, en réduisant ainsi sa focale aux cas où la loi locale est interrogée sur sa prétention à excéder – tant au niveau géographique que matériel – les frontières de la cité pour « suivre » les ressortissants de celle-ci à l'étranger¹⁷⁷, Bartole aborde des questions qui ne semblent pas en corrélation directe avec celle des dispositions locales impératives. Pourtant, cette deuxième partie n'est pas moins riche en indications que ne l'était la première. D'abord, par le revirement méthodologique auquel procède l'auteur, sans nul doute sous le coup de l'influence des sources dont il s'inspire : l'emprise qu'exerçait Jacques de Révigny jusqu'alors se relâche au profit d'une approche qui correspond parfaitement aux canons du statutisme franco-italien. Au niveau matériel, ensuite, par la fameuse distinction entre statuts prohibitifs, statuts permissifs et statuts prohibitifs, qui constitue certainement l'un des apports les plus importants de Bartole :

Sixièmement, il faut rechercher si les statuts ou coutumes peuvent étendre leur effet au delà du territoire – ce qui implique d'étudier de nombreuses questions, parce que certains statuts sont prohibitifs, non parce qu'assortis d'une peine, mais par l'exigence d'une forme, certains sont permissifs et certains prohibitifs.¹⁷⁸

Cette distinction tripartite constitue donc à la fois l'outil méthodologique de résolution des conflits et la réponse matérielle apportée à la question de l'extension territoriale des statuts locaux. A cet égard, il convient de souligner qu'au rebours de la démarche de catégorisation juridique qui caractérisait la première partie de la dissertation, la deuxième partie met clairement en relief une approche basée sur la classification en divers statuts. Selon l'appréciation qui sera portée sur tel ou tel statut, il lui sera accordé ou refusé le bénéfice de l'extraterritorialité. Cette appréciation conduit précisément à poser la question de la confrontation de ce statut local avec les autres statuts locaux – notamment ceux chez lesquels il serait éventuellement appelé à déployer ses effets – et de ce même statut avec le *jus commune*. Dans quelle mesure le statut d'une cité prétendant à l'extraterritorialité peut-il être jugé compatible par les autorités et les juridictions d'une autre cité, aussi bien au regard des statuts particuliers de cette cité qu'avec les prescriptions du droit commun ?

Pour mener à bien ce travail de coopération entre les ordres juridiques, c'est naturellement, dans l'esprit de Bartole, au *jus commune* qu'il revient d'endosser le rôle d'évaluer la prétention du statut local à s'appliquer en dehors des limites naturelles de son champ de compétence. Ainsi, du caractère permissif, prohibitif ou prohibitif qui va être affecté au statut en question au regard du droit commun (A.), va en être déduit, à titre de corollaire, le bénéfice ou le refus de

¹⁷⁷ Notons à ce stade que « l'inquiétude » qui s'empare du législateur local devant le risque de voir ses ressortissants profiter du franchissement de la frontière pour s'abstraire des commandements contenus dans ses statuts, et le besoin qu'il sent d'éviter que ne s'accomplisse une telle hypothèse – qui viderait de leur force un certain nombre de dispositions à ses yeux essentielles –, vont donner corps, au fur et à mesure de la construction théorique du droit international privé, à la théorie de la « fraude à la loi » dont il n'est pas excessif de marquer la gemellité qu'elle entretient avec l'exception d'ordre public.

¹⁷⁸ BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n°32 : *Sexto videndum est, an statuta vel consuetudines porrigant effectum suum extra territorium quod examinandum est per multas quaestiones : quia quaedam statuta sunt prohibitoria non ratione poenae, sed ratione alterius solennitatis, quaedam sunt permissiva, quaedam prohibitiva* (traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, *supra*, note 16)

l'extraterritorialité. Parmi cette tripartition, c'est une sous-distinction qui se voit revêtir d'une territorialité absolue et exclusive : les statuts prohibitifs *in personam* odieux (B.).

A. Les statuts prohibitifs, permissifs et prohibitifs : la distinction tripartite.

Le statut prohibitif, qui constitue, en fait, une déclinaison des statuts prohibitifs et qui prescrit l'observation de formalités déterminées pour la validité de l'acte¹⁷⁹, et le statut permissif, qui confère une aptitude ou une habilitation déterminée à une personne¹⁸⁰, n'entrent pas en ligne de compte, chez Bartole, dans la délimitation des contours des statuts impératifs d'application territoriale¹⁸¹. En effet, le statut prohibitif assortit la passation d'un acte d'un certain nombre de solennités imposées par la loi locale et destinées à souligner la gravité de l'acte en question, et cette territorialité, qui ne concerne que la formation de l'acte et non ses effets, n'est autre que l'expression de la règle *locus regit actum*. De même, le statut permissif, venant conforter ou renforcer la qualité de la personne à agir, est un statut personnel, et, par conséquent, bénéficie de l'extraterritorialité conférée aux statuts personnels, sous réserve de sa reconnaissance par le droit commun.

Ce sont donc les statuts prohibitifs *stricto sensu*¹⁸² qui posent les plus graves questions, pour la contrariété de leurs dispositions avec le droit commun :

[32.] - Ou le statut est prohibitif *in rem* et en considération de la chose, tel celui qui interdit de disposer seuls des choses indivises, et alors, quel que soit le lieu où il serait disposé de la chose, l'acte est nul, car une telle disposition affecte la chose et empêche de transférer la propriété, comme il est dit dans les Institutes, au début du titre *Quibus alienare licet vel non* (Inst. 2.8., pr.), dans la première loi du titre *De fundo dotali* (D. 23.5.1), au § *Cum lex* de la loi 1 du titre *De rei uxoriae actione* (C. 5.13.1.15), qu'il est noté dans la loi 1 du titre *De conditione ob causam datorum* (C. 4.6.1) et que l'applique la loi *An* du titre *De aedificiis privatis* (C. 8.10.3) ;

- ou le statut est prohibitif *in personam* et porte une interdiction favorable, tel celui qui, de crainte que les mineurs ne se fourvoient en faisant un testament, établit que le mineur de vingt-cinq ans ne peut tester, ou par exemple celui qui, de crainte qu'ils ne se dépouillent ou ne se dupent l'un l'autre par amour mutuel, empêche le mari de léguer à sa femme et la femme de léguer à son mari, alors pareille incapacité atteint le citoyen de cette cité où qu'il se trouve. Semblablement, dans le cas de celui qui est frappé par jugement d'interdiction générale quant à ses biens, l'interdiction est favorable, puisqu'elle prévient la perte des biens, et elle développera son effet en quelque lieu que ces biens soient situés, comme dans cette loi *Cunctos populos*, ainsi que la loi *Is, cui bonis* du titre *De verborum obligationibus* (D. 45.1.6) et la loi *Julianus* du titre portant sur *De curatoribus furioso* (D. 27.10.10) ; et de même, par identité de raison, pour l'incapacité spéciale visant un seul acte, l'équivalence de l'interdiction générale et de l'incapacité spéciale étant établie par la loi *Ex castrensi*, au titre *De castrensi*

¹⁷⁹ BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n°32 : « Certains statuts sont prohibitifs, non parce qu'assortis d'une peine, mais par l'exigence d'une forme » (*Quaedam statuta sunt prohibitoria non ratione poenae, sed ratione alterius solennitatis*) et « Les statuts sont prohibitifs [prohibitifs] par l'effet de la solennité qu'ils prescrivent pour un acte (*Aut statuta sunt prohibitiva [prohibitoria] ratione solennitatis alicuius actus*).

¹⁸⁰ BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n°34 : « Parfois, en effet, le statut confère un pouvoir qui, raisonnablement, n'est pas offert à tous, mais seulement à ceux qui le reçoivent spécialement par privilège » (*Aliquando enim statutum concedit et permittit id quod rationabiliter non competit, nisi in his, in quibus specialiter privilegium est concessum*) et n°39 : « Il se trouve aussi, parfois, des statuts permissifs, qui enlèvent un empêchement lié à l'état de la personne » (*Interdum vero reperiuntur statuta permissiva tollentia obstaculum qualitatis personae*).

¹⁸¹ En revanche, les statuts permissifs prennent, chez Balde, une valeur qu'ils n'avaient pas chez Bartole. Ils présentent, ainsi, cette particularité de pouvoir, en tant que statuts locaux, être anéantis si leurs dispositions offrent une capacité d'agir qui est jugée contraire ou excessive par le droit commun. Voir, *infra*, pp. 104-110.

¹⁸² Sur le statut prohibitif, voir Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, « Du statut prohibitif (droit savant et tendances régressives) », *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, 2009, pp. 7-31.

peculio, au début (D. 49.17.18) et par la loi *Si duo, in fine*, au titre *De administratione tutorum et curatorum* (D. 26.7.51).

- Ou le statut porte une prohibition odieuse et alors il ne s'étend pas au-delà du territoire, comme dans la loi *Ex ea, in fine*, au titre *De postulando* (D. 3.1.9), et c'est pourquoi je soutiens que le statut qui dispose que la fille ne succède pas, est un statut prohibitif et odieux, comme dans la loi *Maximum vitium* du titre *De liberis praeteritis vel exheredatis* (C. 6.28.4), qui ne s'applique pas aux biens situés ailleurs...¹⁸³

Parmi les différentes déclinaisons du statut prohibitif, il convient de mettre de côté le statut prohibitif *in rem et respectu rei*, car les droits réels attachés à la chose sont assujettis à sa situation et c'est donc naturellement à la *lex rei sitae* qu'il incombe d'en définir le régime, étant admis à l'époque que la chose dont il est question ne peut être qu'immobilière. Ce statut prohibitif n'est donc que l'expression du statut réel, qui est, par essence, territorial. Toute référence au *jus commune* est donc exclue, car ces statuts n'ont pas vocation à l'extraterritorialité.

C'est donc le statut prohibitif *in personam* qui va concentrer l'essentiel de la discussion. En effet, du seul fait que ce statut local pose une interdiction qui vise la personne, il revient au *jus commune* d'apprécier quelle portée accorder (ou refuser) à cette interdiction, et cette appréciation s'opère à partir de la conformité ou de l'absence de conformité des dispositions locales avec le contenu matériel du droit commun. Ce « contrôle de conformité » de la loi locale effectué par le droit commun fait écho à celui qu'avait préconisé Bartole au sujet de la *lex loci delicti* et de la soumission éventuelle d'un étranger à une loi pénale particulière. Il n'est donc guère étonnant à cet égard de voir l'auteur consacrer dans sa deuxième partie de longs développements à la matière pénale.

B. Le statut prohibitif *in personam* odieux : l'exemple de l'exclusion des filles dotées.

L'analyse du statut prohibitif *in personam* à laquelle se livre Bartole s'enrichit d'une nouvelle distinction, qui affine et complique encore son approche de la matière. Une fois admis qu'il s'agit d'un statut prohibitif, la définition qui est donnée de celui-ci implique, selon l'auteur, de les séparer en deux groupes :

1^o Les statuts prohibitifs favorables (*prohibitio favorabilis*), qui sont édictés en faveur de la personne et en considération de ce qui est perçu comme étant son intérêt. Les deux exemples les plus évidents de ce caractère favorable avancés par l'auteur consistent dans l'interdiction faite au mineur

¹⁸³ BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n^o 32 et 33 : - *Aut statutum est prohibitivum in rem & respectu rei, ut quia prohibet dominium rei alienari extra consortes, tunc ubicumque fiat dispositio de tali re, non valet : quia talis dispositio afficit rem et impedit dominium transferri*, ut Institutes, Quibus alienare licet vel non, in principio, & De fundo dotali, lex 1, De rei uxoriae actione, lex 1, § Cum lex & notatum in 1 ea lege De conditione ob causam facit lex An in totum jj De aedificiis privatis.

- *Aut statutum est prohibitivum in personam, & tunc continet prohibitionem favorabilem, ut puta ne minores decipiantur in confectione testamentorum, statutum quod minor 25 annis non possit facere testamentum, vel statutum est quod vir non possit legare uxori, vel e contra, & hoc est factum ne mutuo amore se adinvicem spolient, vel decipiant, tunc talis prohibitio comprehendit etiam civem illius civitatis ubicumque existentem. In simili & in eo, cui in suo iudicio bonis interceditur intelligitur generaliter, nam illa interdictio quae est favorabilis : ne sua bona pereant, extendit effectum suum ubicumque sint bona, ut hic & De verborum obligationibus, lex Is, cui bonis, De curatoribus furioso, lex Iulianus. Eadem ratione ista interdictio specialis in illo actu illa, & aequiparatio interdictionis generalis, & specialis, probatur ff De castrensi peculio, lex Ex castrensi, in principio, & § 1, De administratione tutorum, lex Si duo, in fine.*

- *Aut statutum continet prohibitionem odiosam & tunc non porrigitur extra territorium statuentium, ut lex Ex ea, in fine, ff. De postulando.*

Et ideo dico, quod statutum disponens quod filia foemina non succedat, cum sit prohibitorium, & odiosum, ut lex Maximum vitium, jj De liberis praeteritis, ad bona alibi sita non porrigitur (traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, supra, note 16)

de vingt-cinq ans de faire un testament et l'interdiction des donations entre époux. Ces deux exemples, parmi ceux qu'évoque Bartole, se caractérisent par leur conformité au droit commun, et par donc un souci communément partagé par l'ordre juridique particulier comme par l'ordre juridique supérieur, de protéger l'intérêt privé en cause : mesure contraignante, mais mesure de protection, elle peut, par là même, recevoir un laisser-passer qui implique son extraterritorialité : *tunc talis prohibitio comprehendit etiam civem illius civitatis ubicumque existentem ; extendit effectum suum ubicumque sint bona* (à propos de l'incapacité générale de disposer de ses biens, qui vise à protéger le patrimoine de l'interdit).

2° Les statuts prohibitifs odieux (*prohibitio odiosa*), qui sont édictés en faveur de la personne et en considération de ce qui est perçu comme étant son intérêt.

Toutes ces distinctions et subdivisions ont pour effet, d'un point de vue méthodologique, de resserrer le périmètre de la territorialité autour du statut réel (dont l'assise, l'enracinement, pourrait-on dire, justifie l'application de la *lex rei sitae*) et des statuts prohibitifs odieux. C'est donc ceux-ci qui, par la figure complexe qu'ils dessinent et par le caractère exorbitant du droit commun qu'ils postulent, doivent retenir l'attention.

Ces statuts locaux réputés « odieux » sont donc ceux qui présentent, au regard du seul droit commun, une conformation trop singulière pour se voir accorder une extraterritorialité qui conduirait à l'application de lois qui heurtent trop frontalement les valeurs ou les intérêts défendus par ce même droit commun. C'est l'un des enseignements qu'il convient de relever d'emblée en lisant les développements que consacre Bartole aux statuts prohibitifs : en les classant dans deux catégories strictes, celles des statuts favorables et odieux, l'auteur impose donc aux autorités, notamment aux autorités judiciaires, qui auraient à connaître d'un statut « étranger », de vérifier, à l'aune du droit commun, si ces caractères sont remplis. C'est donc à ce droit commun, et à lui seul, qu'il revient de porter un jugement sur la loi, d'effectuer une comparaison entre les dispositions matérielles particulières qui requièrent leur application et les dispositions matérielles contenues dans le droit commun. De cette comparaison, en découle, pour le statut particulier franchissant les limites de son territoire, l'applicabilité ou le refus de cette applicabilité. Le *statutum odiosum* est donc celui dont le contenu matériel heurte les prescriptions du droit commun : *Aut statutum continet prohibitionem odiosam & tunc non porrigitur extra territorium statuentium*.

Ce critère de la conformité au droit commun est l'élément essentiel du raisonnement statutiste défendu ici par Bartole et le mécanisme qui est ici mis en œuvre se rapproche de celui que recouvre la moderne exception d'ordre public. Néanmoins, il importe de souligner la différence de contexte qui empêche toute assimilation hâtive.

Si l'on adopte une lecture qui voit dans le contexte de l'Italie de l'époque la cohabitation de deux niveaux d'ordre juridique, celui du droit commun et ceux, multiples et divers, des *jura propria*, l'on constate qu'en l'occurrence, c'est la contrariété au droit commun qui interdit toute extraterritorialité au statut local, qui est, ainsi, qualifié d'*odiosum*. La conséquence pratique en est alors le confinement de ce même statut local aux seules limites du territoire de la cité qui l'a édicté, étant entendu que son empire territorial n'est pas pour autant contesté ou affaibli. L'interdiction qui frappe, dans les limites du territoire local, le citoyen disparaît dès lors que celui-ci franchit les frontières de la cité. L'absence de conformité au droit commun, en interdisant au statut local de déployer ses effets au-delà des limites du territoire, condamne celui-ci à n'être qu'une disposition locale impérative, applicable aux seuls ressortissants de la cité.

L'exemple de statut odieux que donne Bartole en illustration de sa théorie est celui de l'exclusion des filles dotées de la succession paternelle en présence d'héritiers mâles¹⁸⁴ : *dico, quod statutum disponens quod filia foemina non succedat, cum sit prohibitorium, & odiosum... ad bona alibi sita non porrigitur*. La prise en considération d'une telle prohibition, lors du règlement d'une succession, révèle précisément toutes les difficultés et les ambiguïtés que pose la mise en œuvre du statut odieux. Dans l'hypothèse où une législation particulière viendrait à exclure les filles de famille ressortissantes de la cité qui a édicté une telle interdiction de toute succession paternelle en présence de leurs frères, le jeu normal des règles de conflit en matière successorale¹⁸⁵ s'en trouve logiquement perturbé si une partie de la succession se trouve en dehors des limites du territoire.

Le problème soulevé concerne essentiellement les biens situés en dehors du territoire de la cité qui a édicté le statut prohibitif. Cette seule situation, parce qu'elle sollicite nécessairement deux ordres juridiques, conduit à distinguer deux cas de figure :

1^o celui où la succession s'ouvre sur le territoire de la cité qui a édicté le statut prohibitif, et de la cité dont le défunt est ressortissant ;

2^o celui où la succession s'ouvre sur le territoire d'une cité étrangère, notamment en raison du domicile qu'y avait le défunt au moment de son décès.

L'exclusion édictée par la cité d'origine du défunt concerne aussi bien ses ressortissants que les ressortissants étrangers. Ainsi, dans le cas où l'ensemble de la succession, quelles qu'en soient les composantes, se trouve situé sur le territoire de la cité d'origine, les règles de conflit en la matière, soit qu'elles soient personnelles (du fait notamment de la présence de meubles) ou réelles (du fait de la présence d'immeubles), habilite la législation de cette cité à régler la succession, y compris la disposition prohibitive. Il n'est pas fait de distinction selon que le défunt est originaire ou non de la cité.

La difficulté naît surtout de l'existence de biens situés à l'étranger, qui viennent s'ajouter, dans la composition de la succession, aux biens situés sur le territoire. Dans pareil cas, ces *bona alibi sita* échappent à l'empire de la disposition prohibitive qui est strictement cantonnée aux limites du territoire de la cité qui l'a édictée. Cette restriction est le fruit d'une appréciation de la teneur de cette disposition locale par le *jus commune*, qui conduit à la qualifier d'odieuse, en ce qu'elle édicte une prohibition spécialement dirigée contre les filles de famille et que ne connaît pas le droit commun. Si, donc, le propre d'une disposition odieuse est de se voir refuser l'extraterritorialité pour être exorbitante du droit commun, il est logique d'en déduire, comme le fait Bartole, son inapplication aux *bona alibi sita* – et ce quelle que puisse être la loi compétente ou la nature des biens concernés. Opératoire dans le territoire de la cité qui l'a édictée, elle est réputée inapplicable en dehors des frontières de celle-ci. Au niveau de la mise en œuvre, le résultat conduit, concrètement, à un morcellement de la succession, les biens situés *intra territorium* et *extra territorium* n'étant pas assujettis au même règlement.

Si l'on inverse la démarche et que l'on se place, cette fois-ci, du côté du territoire qui ne connaît pas une telle disposition prohibitive, le problème qui se pose à l'autorité chargée de régler la succession est de devoir tenir compte de la prohibition qui s'exerce dans le périmètre de la cité qui l'a édictée, et qui concerne des biens de la succession qui y sont situés. Dans la mesure où il

¹⁸⁴ Sur cette question de l'exclusion des filles dotées, voir Laurent MAYALI, « La notion de *statutum odiosum* dans la doctrine romaniste au Moyen âge. Remarques sur la fonction du docteur », *Ius commune*, XII, 1984, pp. 57-69, et ID., *Droit savant et coutumes. L'exclusion des filles dotées, XII^e – XV^e siècle*, Francfort (*Ius commune. Sonderhefte 33*), 1987, spéc. pp. 76 et suivantes.

¹⁸⁵ Sur les règles de conflit retenues en matière de succession, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, p. 111.

n'est pas possible de contourner cette prohibition, au risque, sinon, de compromettre l'exécution des opérations, il est nécessaire de la faire jouer pour la part de succession qui se trouve ainsi soumise à une telle disposition. En pratique, cela conduit également à consacrer le morcellement de la succession.

Ces deux situations qui montrent la force et l'irréductibilité d'une disposition odieuse, quel que soit le cantonnement dans lequel on l'enferme, suggèrent la mise en jeu de deux mécanismes :
 1° D'une part, le refus d'accorder le bénéfice de l'extraterritorialité à une disposition qualifiée d'odieuse par le droit commun conduit au refoulement de la législation particulière dans les strictes limites de son territoire. Parce que les vues du droit commun s'opposent à la teneur d'une telle disposition jugée choquante, c'est bien une préfiguration de l'ordre public, mais d'un ordre public qui serait garant des valeurs du *jus commune*, qui est à l'œuvre dans ce cas précis. Pour autant, l'assimilation ne peut être qu'imparfaite. En effet, le défaut qui caractérise le fonctionnement du statut odieux au regard de la moderne exception d'ordre public s'explique par l'ordonnance juridique propre à l'Empire et que fait défaut, en l'occurrence, l'élément essentiel : la souveraineté et l'indépendance respectives des ordres juridiques impliqués dans le rapport de droit considéré. Concrètement, le droit commun est la référence qui empêche une assimilation complète à l'exception d'ordre public, car, pour que celle-ci puisse développer ses effets, il faudrait que ce soit l'ordre juridique de la cité qui accueille l'étranger qui, dans un premier temps, soit violé dans ses prescriptions, et, dans un second temps, le remplace substantiellement. La conséquence qu'il convient d'en tirer est qu'un statut odieux peut très bien écarter l'application d'une loi d'origine étrangère si elle heurte une prohibition jugée fondamentale par la cité. La restriction du champ d'application de la disposition « odieuse » au seul territoire de la cité implique certes que lui soit interdite toute extraterritorialité, mais également que soit respectée sa prétention à se faire respecter de tout autre statut étranger qui demanderait son extraterritorialité.

2° D'autre part, le caractère impératif dont est revêtue la disposition prohibitive, et qui ne saurait être contesté par les autorités étrangères, s'impose avec une telle vigueur que ladite disposition s'applique à tous, citoyens comme étrangers, dans les seules limites du territoire civique. Ainsi, le magistrat ou le notaire étranger qui aurait à connaître d'une telle disposition, est nécessairement contraint de l'appliquer ou d'en tenir compte, sous peine de voir s'élever un obstacle dirimant au règlement de la question posée. *A fortiori*, l'autorité locale ne peut pas faire autrement que s'y conformer. La force particulière d'une telle disposition encouragerait à y voir une « loi de police » et il est exact que, dans ce cas de figure, la disposition matérielle qui se veut d'application immédiate vient se substituer, pour tout ou partie, à la loi normalement applicable après jeu de la règle de conflit. Mais cette parenté n'est possible que si l'on garde à l'esprit une nuance de taille : le statut local odieux s'inscrit encore dans un contexte juridique et politique dominé par l'Empire et son medium, le droit commun. Le statut prohibitif, pour voir ses dispositions satisfaites, ne se contente pas d'exiger une application sans exception sur l'ensemble du territoire aux personnes qui y sont présentes, mais exige également de suivre les ressortissants de la cité qui habitent à l'étranger ou y ont leurs biens. Or, c'est parce que cette extraterritorialité lui est refusée, au motif que ledit statut contrevient aux règles fixées par le droit de l'Empire, que le statut se voit refoulé aux seules limites du territoire. Là où la territorialité, par la volonté du législateur, s'impose d'elle-même, l'extraterritorialité, pour sa part, est neutralisée par la volonté de ne pas attenter aux prescriptions du droit commun. La logique propre à une loi de police la conduirait à assurer un certain état des choses, un ordre juridique conforme à une politique législative déterminée, qui ne peut être que celle de l'autorité qui l'a mise en place, et battre en brèche toute législation étrangère qui

demanderait à bénéficier de l'extraterritorialité. Le débat se placerait dès lors sur le terrain de la confrontation de deux ordres juridiques équivalents, sans faire le moindre appel à l'intervention d'un ordre juridique supérieur.

Or, Bartole, en rendant le droit romain de l'Empire maître des destinées « extravagantes » des statuts locaux, marque sa déférence envers l'ordre politique et juridique supérieur. Si la volonté particulariste manifestée par l'ordre juridique local est pleinement respectée, dans la mesure où nulle disposition étrangère ne peut entrer sur le territoire de la cité, la prédominance de l'universalisme incarné par le droit romain explique à elle seule le refus de l'extraterritorialité d'une disposition odieuse.

Ainsi, participant aussi bien du mécanisme de l'exception d'ordre public que de celui de la loi de police, le statut prohibitif odieux doit davantage son existence à un pragmatisme qui conduit les auteurs de doctrine et les magistrats à s'accommoder de l'existence de règles territorialement impératives qu'à une volonté assumée et une claire conscience de consacrer lesdites règles. Dans le cas de l'exclusion de la fille dotée, un arbitrage réaliste entre les intérêts en présence imposait ainsi à tous de composer avec l'éventualité d'un statut prohibitif qui se voulait incontournable.

S'il revient ainsi à Bartole de recueillir les éloges qui reviennent traditionnellement à ceux qui font office de précurseurs, sa systématisation ne se détache pas complètement, en ce qui concerne l'approche qui est la nôtre, de la casuistique héritée des anciens docteurs. La démarche conflictualiste et horizontale, héritée de Révigny, guide toute la première partie de sa dissertation, alors que la démarche statutiste et verticale, nourrie par les maîtres italiens, en innerve toute la seconde partie. Une telle répartition le contraint, *in fine*, à envisager le statut impératif, dans un premier temps, à travers le fonctionnement des règles de conflit (notamment en matière pénale) et, dans un second temps, à travers la figure particulière du statut prohibitif odieux. Ces différentes manifestations d'impérativité de la loi locale sont comme des éléments épars de la pensée de l'auteur, ce qui interdit d'y voir la présence d'une définition théorique de la « loi d'application impérative » en tant que mécanisme à part entière du droit international privé.

Néanmoins, il faut rendre à Bartole justice d'avoir su approfondir les cas d'application de la loi locale impérative, ainsi que ses possibles exemptions, et d'avoir su insérer ces considérations dans une construction théorique d'envergure, au prix, certes, d'un enchevêtrement de distinctions et de sous-distinctions qui en rendent la lecture difficile¹⁸⁶. La dissertation bartolienne s'avère, en la

¹⁸⁶ L'apport de Bartole à la discipline sur des bases plus équitables a été reconsidéré par les auteurs du début du XX^e siècle, qui prenaient ainsi le contre-pied de leurs aînés – tel Armand Lainé – qui voyaient en lui le « père de la théorie des statuts ». Cette étiquette exagérée, si ce n'est erronée, et qui rejette dans l'ombre ses prédécesseurs, français et italiens, a participé de la construction, aujourd'hui remise largement en cause, de l'idée d'une théorie des statuts formaliste et systématique née à partir de Bartole, alors qu'une étude approfondie de la doctrine de l'époque conduirait à être plus nuancé. A ce propos, il suffira de citer Karl NEUMEYER, *Die Gemeine rechtliche Entwicklung des internationalen Privat und Strafrecht bis Bartolus*, 2 vol., 1901-1916, t. 1, p. V (trad. Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, thèse Paris 1, 2002, p. 37, note 71) : « Aujourd'hui encore, Bartole passe essentiellement pour être le père du droit international privé. Injustice des grands noms ! Bartole n'a pourtant marché la plupart du temps que dans les pas de ses devanciers. Et si nous suivons ici le cours de l'évolution jusqu'à cet auteur, il ne faut pas voir dans cette façon de procéder la mise en évidence d'un point de rupture dans l'histoire du droit international privé, mais bien celle d'un point culminant, qui n'a pu être atteint que grâce aux travaux préalables d'un grand nombre d'autres auteurs ». Cette assertion est reprise par Eduard-Maurits MEIJERS, dans son « Histoire des principes fondamentaux du Droit international privé », *op. cit.* : « On a nommé Bartole le père de la science du droit international privé. C'est peut-être un peu exagéré. Les grands principes étaient déjà dressés par ses prédécesseurs. Cependant, il a réuni toutes ces remarques dispersées et il a systématisé et complété toutes les questions discutées avant lui. Et il l'a fait d'une telle manière que, pendant plus de deux siècles, la théorie du droit international privé est restée là où Bartole l'avait menée. Ce qu'on discute après lui, ce ne sont plus les principes, mais l'application de ces principes dans des cas de pratique ».

matière, aussi riche en nuances que délicate à manier, et elle révèle par là même tout ce que les lois d'application impérative présentent de complexe et d'exorbitant pour des théoriciens coulés dans le moule de la pensée statutiste.

Section 2nde. L'affinement de la doctrine bartolienne : les statuts permissifs, prohibitifs et pénaux chez Balde.

La construction théorique érigée par Bartole avait posé les premiers jalons d'un riche travail de doctrine à partir duquel allait se dégager une systématisation progressive de la théorie des statuts¹⁸⁷. Laissant de côté les développements que consacrait Bartole aux règles de conflit envisagées selon les principales questions de droit, les auteurs statutistes qui s'inscrivirent dans son sillage allaient retenir de son œuvre les considérations tenant aux conflits de statuts, aux rapports entre *jus commune* et statuts locaux, ainsi qu'aux rapports inter-statutaires. Ces considérations servaient ainsi de référence, en ce qu'elles fournissaient à la doctrine matière aux discussions, aux enrichissements et aux remises en cause qu'y apporteront les successeurs du maître de Sassoferrato.

Esprit suffisamment indépendant pour s'émanciper des enseignements de celui qui fut son maître, Baldo degli Ubaldi, ou Balde, reste, à plusieurs titres, l'une des figures les plus représentatives de cette maturation intellectuelle qui, peu à peu, dessine le corps d'une doctrine proprement statutiste tenant aux conflits de lois. D'abord, au niveau de la méthode : tranchant avec l'approche composite que défendait son prédécesseur, Balde entend mettre en œuvre, au travers de sa *Lectura* sur la loi *Cunctos populos* du Code (C. 1.1.1.)¹⁸⁸, une réflexion qui se veut purement et ouvertement statutiste, en ce qu'elle s'adresse uniquement au statut – envisagé pour lui-même, dans ses rapports avec le *jus commune* ou dans ses rapports avec les statuts de force équivalente – pour déterminer l'empire personnel, territorial et matériel qu'il entend exercer. Au niveau des solutions, ensuite : l'étude des questions que Balde reprend à la suite de son maître montre assez qu'il est capable de marquer son désaccord vis-à-vis de telle solution ou de tel raisonnement. En cela, l'apport de Balde se mesure également en ce qu'il apporte un subtil contrepoint à la pensée de Bartole¹⁸⁹.

En matière de territorialité des statuts, les choix, sur le plan méthodologique, opérés par Balde induisent deux conséquences immédiates et logiques : d'une part, la matière délictuelle, qui

Sur ces considérations, voir Nikitas E. HATZIMHAIL, *Pre-Classical Conflict of Laws*, op. cit., pp. 171-266, Bertrand ANCEL, *Eléments*, op. cit., pp. 147-164, et Luc SIRI, *Les conflits de lois*, op. cit., pp. 122-123 et 190-192.

¹⁸⁷ Sur cet enrichissement doctrinal qui caractérise la postérité de Bartole, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, op. cit., pp. 116-192, spéc. pp. 190-192.

¹⁸⁸ BALDE, *Baldi Ubaldi Perusini Commentaria in primum, secundum & tertium Codicis libra*, Venise, 1522, Venise, 1522 (Bibliothèque de la Facoltà di Giurisprudenza de l'Università degli Studi d'Urbino "Carlo Bo"), pp. 8-10, n°57-103. La *Lectura* de Balde a fait l'objet d'une traduction française, à laquelle nous aurons recours : Bertrand ANCEL, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos*, traduite en français », *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris, 2015, pp. 1-16.

¹⁸⁹ La doctrine de Balde ne se limite, toutefois, pas à la seule *Lectura super Codice* : il fut également, dans sa jeunesse, l'auteur d'une *Repetitio* sur la loi *Cunctos populos* (C.1.1.1.), professée pendant son séjour, en tant que professeur, à Florence (1358-1365), dont les solutions, en bien des points, tranchent singulièrement avec les conclusions qu'il défendra plus tard dans son œuvre de maturité. Le texte de la *Repetitio* a été redécouvert et publié par Eduard-Maurits Meijers, *Tractatus duo de vi et potestate statutorum*. Edidit E. M. Meijers. Insunt 1. *Baldi repetitio super lege cunctos populos* (C. 1, 1, 1) ; 2. *Van der Keessel praelectionis iuris hodierni ad H. Grotii introductionem, theses 26-44. Ambo nunc primum e codicibus typis excusi*, Rechtshistorisch Instituut (Institut d'Histoire du droit), Leyde, série II, 9, Haarlem, 1939, et assorti d'une introduction, qui figure, sous le titre « Introduction à la publication d'œuvres inédites de Balde et de van der Keessel », dans la *Revue critique*, n°35, 1940-1946, pp. 203-219. Cette introduction est reprise, avec quelques ajouts, sous le titre : « Balde et le droit international privé », dans Eduard-Maurits MEIJERS, *Études d'Histoire du droit*, éd. Robert FEENSTRA et Herman F.W.D. FISCHER, tome IV : Le droit romain au Moyen-Âge, Leyde, 1966, aux pages 132 à 139.

apparaissait au premier plan chez Bartole, n'est plus traitée comme une catégorie à part, mais par le biais d'une étude du *statutum loci delicti*, qui s'inscrit dans la continuité de l'étude des statuts permissifs et prohibitifs touchant au droit de la personne et du statut concernant les solennités et les formes. D'autre part, c'est la mise au premier plan de la distinction statuts permissifs/statuts prohibitifs, déjà importante chez Bartole, qui prend ici toute son ampleur. En effet, la majeure partie de sa *Lectura*, qui concentre l'essentiel de ses idées en matière statutaire, est consacrée au droit des personnes, conformément au plan qu'il annonce dans son propos liminaire¹⁹⁰. C'est dans ces développements qu'il lui revient d'aborder le problème de l'extraterritorialité et de la territorialité des statuts.

Tout au long de cette œuvre, l'auteur s'interroge aussi bien sur la conformité de certaines dispositions statutaires, à raison de leur teneur matérielle, au droit commun (A.) que sur la confrontation entre deux statuts d'égale valeur (B.). Si la première série de questions témoigne d'une approche « verticale » classique pour un théoricien statutiste et implique, par leur extension extraterritoriale, les statuts permissifs, la seconde – qui aborde de front la problématique des statuts prohibitifs – manifeste de manière plus intense encore les amendements que Balde apporte, par des vues nouvelles et complémentaires, à la discussion engagée par son maître.

A. La conformité des statuts locaux au droit commun : aspect formel et aspect matériel. L'exemple des statuts permissifs.

C'est au détour d'une discussion qu'il porte sur le terrain des dispositions statutaires touchant à la condition des personnes, au début de sa dissertation (paragraphe 57 à 91), que Balde en vient à s'interroger sur la validité desdites dispositions au regard du droit commun :

62. De quelles manières les statuts s'occupent-ils du droit de la personne ? Mais pour que cela ressorte plus clairement et plus complètement, il faut considérer qu'à l'égard du droit de la personne, les statuts opèrent de trois manières différentes, en permettant, en interdisant et en punissant. Quant aux statuts permissifs, la première question est celle de leur valeur, la seconde, celle de leur effet.¹⁹¹

Le terme qu'emploie ici Balde pour désigner la « valeur » des statuts permissifs – *essentia* – se réfère aussi bien à l'*existence* du statut permissif qu'à sa *validité*. Ce choix terminologique place ainsi la problématique sur le plan de la constitutionnalité, formelle et matérielle, du statut. Ce dernier est envisagé à sa racine : les autorités municipales sont-elles habilitées à légiférer en la matière (constitutionnalité formelle) ? Le statut édicté est-il en sa teneur conforme aux valeurs que défend l'Empire (constitutionnalité matérielle) ? Deux exemples, traités suivant la même méthode,

¹⁹⁰ BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°57 : « ... Il faut considérer que tout statut dispose, ou bien des personnes, ou bien des choses, ou bien des actions. Mais, pour plus de clarté, je procède autrement et j'observe que le statut règle tantôt le droit de la personne, tantôt le droit des solennités ou de la forme, tantôt le droit de la procédure ou des instances, tantôt le droit de l'exécution, et aussi ces éléments – je parle des activités civiles – qui sont destinés à produire des effets de droit ». La dissertation de Balde s'étend des paragraphes 57 à 103 : en réalité, les paragraphes 57 à 92 concernent le droit de la personne ; les paragraphes 93 et 94, le droit de la procédure ; les paragraphes 95 à 103, le droit pénal (loi applicable, juridiction compétente, confiscation).

¹⁹¹ BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°62 : *Statuta quibus modis procedant circa ius personae. Sed ut haec plenius & clarius appareant, considerandum est quod circa ius personae statuta possunt procedere tripliciter : permittendo, prohibendo & puniendo. Circa statuta permissiva, quaero primo de essentia. Secundo quaero de effectu* (traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, *supra*, note 188).

mais appelant des réponses différentes, permettront d'apporter une réponse à cette double interrogation et de mieux comprendre la logique inhérente à un statut permissif : l'institution d'héritier en faveur du bâtard (1), jugée contraire au droit naturel, et le droit d'aînesse, qui ne trouve grâce aux yeux du droit commun que s'il s'accompagne de l'octroi d'aliments aux puînés (2).

1) Le statut habilitant le père à instituer héritier son bâtard.

Pour répondre à la double interrogation tenant à l'*essentia* du statut permissif, Balde s'appuie sur l'exemple du statut suivant : celui qui habilite le père à instituer héritier son bâtard.

63. *Le statut qui habilite le père à instituer héritier son bâtard est-il valable ?* Je me demande d'abord si le statut qui permet au père d'instituer son bâtard est valable. Cette question s'est effectivement posée dans cette ville où le statut veut qu'à défaut d'enfant légitime, le père puisse transmettre à son bâtard et où les juges sont tenus de le faire observer sous la menace d'une peine déterminée. Mais il est soutenu en faveur de la négative que le statut ne vaut pas en premier lieu parce que les bâtards sont frappés d'une incapacité de succéder et nul ne peut aller là-contre, sauf l'Empereur, comme dans l'Authentique *Quibus modis naturales efficiuntur sui* (Nouvelle 89). Ce qui est réservé à l'Empereur seul, son subordonné ne peut en disposer, comme je le dirai ci-après sur la loi *Rescripta*, au titre *De precibus imperatori offerendis* du Code (C. 1.19.7).

64. *Le statut ne peut légitimer le bâtard.* En deuxième lieu, il est établi que le statut ne peut légitimer un bâtard et c'est ce qu'a déclaré le Pape Boniface : comme le rappelle Cinus, après Oldrado, sur la loi *Omnes populi*, au titre *De iustitia et de iure* du Digeste (D. 1.1.9). Voici l'argument : si le statut ne peut s'occuper de la cause, il ne le peut non plus de l'effet ; or l'effet de la légitimation est l'accès à la succession, donc s'il ne peut s'occuper de la légitimation, il ne le peut de l'accès à la succession, selon la loi *Oratio*, au titre *De sponsalibus* du Digeste (D. 23.1.16), pas plus que le médecin s'il n'élimine la cause de la maladie ne parviendra à guérir le patient.

65. *Le statut ne peut disposer sur ce que le droit civil interdit de régler lorsqu'il n'en est pas fait mention.* En troisième lieu, il est établi que le statut ne peut disposer sur ce que le droit civil interdit de régler : or, le droit civil veut que même une ordonnance de l'Empereur ne vaille, si elle ne précise : *nonobstant telle loi*.¹⁹²

En pareille matière, il convient de relever que non seulement, et dans la mesure où seuls les enfants légitimes ou dûment légitimés sont admis à la succession, il n'est pas possible au père d'instituer son bâtard héritier, mais qu'il est également interdit à un statut municipal de disposer qu'à titre subsidiaire, et à défaut d'héritier légitime, le bâtard serait appelé à la succession de son père. En effet, ce serait contrevenir à l'incapacité successorale qui frappe les enfants illégitimes, et porter une atteinte frontale à la prérogative impériale qui, si l'on suit Balde, est la seule habilitée à

¹⁹² BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°63, 64 et 65 : 63. *Statutum quod pater possit instituere filium spurium an valeat. Primo permittit statutum patri quod instituat spurium, quaero utrum valeat statutum ? Haec quaestio fuit de facto in civitate ista, in qua est statutum quod pater possit relinquere filio spurio non existentibus filii (sic) legitimis, & quod iudices statuta talia debeant observari facere sub certa poena. Et arguitur ad partem negativam, quod non valet statutum & primo, quia prohibentur capere, & nemo potest contrarium statuere, nisi Imperator : ut in authentica Quibus modis natura efficiuntur sui, supra, fin. collatio septima. Quod ergo est soli Imperatori reservatum, inferiori disponere non potest : ut dicam in les Rescripta, infra, De praecibus (sic) imperatori offerendis.*

64. *Statutum non potest legitimare spurium. Secundo hoc probatur : statutum non potest legitimare spurium, & ita declaravit Papa Bonifacius : ut refert Cyn. post Oldradus in lex Omnes populi ff. De iustitia et iure. Tunc arguitur sic. Si statutum non potest providere in causa, non in effectu : sed effectus legitimacionis est succedere : ergo si non provideretur in legitimacione, nec in successione : ut ff. De sponsalicio (sic), lex Oratioi (sic) sicut medicus non potest sanare aegrotum nisi removeat causam morbi.*

65. *Statutum non potest disponere super eo, super quo ius civile prohibet statui non facta mentione de illa. Tertio probatur statutum non potest disponere super eo, super quo ius civile prohibet statui : sed ius civile vult quod etiam statutum Imperatoris non valeat, nisi dicatur, non obstante tali lege ? (traduction Bertrand ANCEL, op. cit., supra, note 188).*

effacer la macule née de la bâtardise¹⁹³ et à autoriser l'enfant à intégrer le rang des successibles, par l'effet de la légitimation.

Cette question est donc particulièrement lourde d'enjeux tenant aussi bien au droit public qu'au droit privé, en ce qu'elle agite tout à la fois le problème des rapports entre pouvoir normatif impérial et pouvoir normatif local, et celui de la corrélation entre l'institution de la légitimation et l'effet qu'on veut lui faire produire : l'accès à la succession. Il est manifeste que la question du statut de l'enfant illégitime recouvre des intérêts qui dépassent la simple sphère du droit privé pour toucher à des impératifs d'ordre public. Le fait qu'il s'agisse ici d'une question – légitimation du bâtard et effet successoral – qui concerne à la fois le droit civil et le droit canonique met à jour ces impératifs d'une manière particulièrement aiguë.

Ainsi, un statut qui permettrait à un père d'instituer son bâtard héritier se voit fermer les portes de la validité – y compris sur le territoire de l'autorité qui a édicté un pareil statut – et, partant, frappé de nullité, car un tel statut aboutirait à la négation d'un interdit posé aussi bien par l'Empereur que par la Papauté. Cela revient à postuler qu'il existe un certain nombre de dispositions matérielles issues du droit commun qui ne souffrent pas l'existence et donc la validité de dispositions contraires. Cela revient aussi à admettre qu'il existe un ordre juridique supérieur – ici, caractérisé par la volonté impériale ainsi que par l'interdit pontifical – qui peut s'ériger en juge des ordres juridiques locaux, à la condition, toutefois, que ceux-ci présentent des dispositions qui heurtent les valeurs défendues par le droit commun.

L'arbitrage entre ces différents ordres juridiques, entre la strate supérieure composée des droits universels et la strate inférieure représentée par les *jura propria*, suppose donc qu'un certain nombre de questions touchant à l'ordre public – comme, ici, la légitimation et la succession des bâtards à défaut d'héritiers légitimes – échappe à l'évidence à l'emprise ou l'empiètement des ordres juridiques municipaux. Sortant de leur champ d'action, les cités, en prenant des mesures législatives sur ces questions, se verraient « sanctionnées » par la nullité des dispositions concernées. Parce qu'ils ne sont pas placés sur un pied d'égalité vis-à-vis du droit commun, les ordres juridiques municipaux ne peuvent totalement s'émanciper de ce dernier et de l'ordre public « impérial » qu'il entend faire respecter.

Parmi les prérogatives impériales que le droit commun entend imposer aux cités, le pouvoir de légitimation exercé à l'égard d'un enfant illégitime est réservé au seul Empereur, quand il ne peut l'être aux seuls parents par leur mariage subséquent. Balde prend bien soin d'expliquer, par la suite, que la gravité de la faute que représente la bâtardise et les conséquences importantes qu'entraîne l'effacement de cette faute justifient assez que ce pouvoir soit confié à la seule autorité impériale.

67. *Pourquoi l'institution du bâtard est interdite*. En quatrième lieu, il est reconnu que l'institution du bâtard est interdite afin que les parents se gardent de fauter ; or, ce statut encouragerait le contraire par voie de conséquence, donc il n'y a rien de plus à ajouter (*infra*, à la dernière loi du titre *De naturalibus liberis*, soit la loi *Cuidam* du Code, C. 5.27.12), à la lettre, la conséquence est nécessaire. Et il faut remarquer que lorsque le statut permet que le bâtard soit institué, il s'adresse par priorité au père et non à l'enfant, et ainsi invite à la faute. [Des auteurs comme Jacques Butrigario et Recuperus de San Miniato en concluent de même...]

¹⁹³ De manière tout à fait caractéristique, Balde n'omet pas de préciser quelques paragraphes plus loin que « la légitimation est réputée valoir remise du péché. Ce qui est établi par la loi *Quis tam iniquus*, au livre dixième du Code *De decurionibus* (C. 10.32.52) » (BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°68 : *legitimatío dicitur remissio peccati. Hoc probatur in lex Quis tam [inveniri] iniquus, De decurionibus libro decimo* : traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, *supra*, note 188).

68. La légitimation emporte rémission du péché. ... parce que la légitimation est réputée valoir remise du péché. Ce qui est établi par la loi *Quis tam [inveniri] iniquus*, au livre dixième du Code *De decurionibus* (C. 10.32.52). De même, celui qui légitime est en quelque sorte réputé adopter, comme l'indiquent la loi *Prima* au titre *Ad municipalem* du Digeste (D. 50.1.19), & *infra*, la loi *Filios*, au titre *De municipibus et originariis* du Code (C. 10.39. 3).

69. *La légitimation relève en propre de l'Empereur*. Et c'est pourquoi la légitimation ressortit en propre à l'Empereur.¹⁹⁴

La motivation d'une telle interdiction relève donc bien d'un impératif d'ordre public qui réserve, par ailleurs, à l'Empereur l'exclusivité du pouvoir de légitimer par lettres et qui remet donc entre ses mains le pouvoir de réparer la faute commise. Dans l'esprit de Balde, un statut municipal qui permettrait l'institution du bâtard constituerait bien une atteinte à la prérogative impériale, seule habilitée à prononcer la décision qui ferait de ce bâtard un enfant légitimé et, donc, un successible légitime. Cette incompatibilité entre les compétences normatives reconnues aux ordres juridiques locaux et celles qui sont dévolues à l'Empereur exige ainsi que toute validité soit déniée à des statuts qui contrarieraient l'ordre public « impérial ».

La lecture particulièrement restrictive que fait Balde de la légitimation, et qui le conduit à refuser que soit ouverte la faculté, pour un ordre juridique local, de racheter la faute des parents en leur permettant de légitimer leur enfant naturel simple, se fonde sur une double justification formelle et matérielle. Examinant, dans le cadre d'un exposé des arguments *pro* et *contra* des plus classiques, quelles raisons pourraient être invoquées en sens contraire¹⁹⁵, l'auteur marque sa préférence pour une interdiction inconditionnelle de l'institution de bâtard et pour l'impossibilité pour une autorité subordonnée à l'Empereur d'ouvrir la voie à la successibilité par le biais d'une légitimation par lettres. Un argument, en particulier, retient l'attention de l'auteur (n°70) :

70. *Le statut qui permet au père de substituer le bâtard va contre une fiction de droit civil, et non contre le droit naturel*. En outre, ce statut ne va pas contre le droit naturel, mais contre une fiction du droit civil : parce que, tant que la nature régissait les hommes, tous naissaient légitimement (dans l'Authentique *Quibus modis naturales efficiuntur sui, in principio*, Nouvelle 89). N'y contredit pas que ce statut soit réputé cause de péché, car, si cela était, l'Empereur même ne pourrait statuer ainsi, ce qui est faux. De même, si cela était, même l'enfant naturel ne pourrait être institué, parce que né de la fornication, laquelle est péché mortel.

Ceux qui soutiennent ainsi que le statut local qui autoriserait l'institution de bâtard ne ferait que réagir contre une fiction de droit civil – celle qui distingue les enfants légitimes des enfants naturels simples ou adultérins – en se conformant au droit naturel¹⁹⁶ ne peuvent obtenir

¹⁹⁴ BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°67, 68 et 69 : 67. *Institutio spurii quare prohibita. Quarto probatur : institutio spurii est prohibita, ut parentes non delinquant : sed istud statutum permetteret contra per quandam consequentiam : ergo est nullum maior probatur infra*, De naturalibus liberis, lex ultima in ratione literae consequentia est necessaria. Et est hic advertendum, quod cum statutum permittit spurium institui : prius disponit in patre quam in filio, & sic invitatur ad delinquendum. Quinto et ultimo probatur quia ita tenet Iacob. Butrig. *infra* de iure aureo annulo l. prima, & secunda in lectu. nova hoc idem consuluit dominus Recuperus de Sancto Miniato, ad idem facit...

68. *Legitimatio dicitur remissio peccati... quia legitimatio dicitur remissio peccati. Hoc probatur in lex Quis tam iniquus, De decurionibus libro decimo. Item ille qui legitimat, quodammodo dicitur arrogare ut not in lex Prima ff. Ad municipales (sic), & lex Filios infra, de municipa. (sic) & originariis libro decimo.*

69. *Legitimatio proprie pertinet ad imperatorem. Et ideo proprie pertinet ad Imperatorem...* (traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, *supra*, note 188).

¹⁹⁵ Ces justifications sont déclinées en cinq points, qui courent des paragraphes 69 à 71.

¹⁹⁶ BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°70 : *Statutum quod pater possit substituere spurium est contra fictionem iuris civilis, non contra ius naturale. Praterea istud statutum non est contra ius naturale, sed contra fictionem iuris civilis : quia dum natura hominibus sanciebat omnes legitime nascebantur : ut in authentica Quibus modis naturales efficiuntur*

l'assentiment d'un canoniste comme Balde, profondément soucieux de rappeler la nature peccamineuse qui s'attache à la procréation hors mariage. Les droits civil et canonique, par la légitimation par lettres héritée du droit romain et par la légitimation par rescrit du Pape qui en est l'héritière¹⁹⁷, offrent, en l'occurrence, le mérite de réserver, dans des cas exceptionnels et selon des procédures rigoureusement définies, le pouvoir d'accorder l'onction de la légitimité à des autorités revêtues de la *plenitudo potestatis* telles que le Pape, l'Empereur, ou tel grand roi d'Occident. Le pouvoir séculier vient ainsi au renfort de la vision ecclésiale et canoniste du mariage. Pour cette raison, Balde tranche en faveur d'une conception particulièrement stricte de l'interdiction de l'institution du bâtard et s'en explique dans les termes suivants (n°71) :

71. ...Pourtant je crois le premier parti meilleur, c'est que le statut ne peut valoir du fait d'un défaut de pouvoir, et même d'un défaut d'honnêteté, et principalement s'il existe des enfants légitimes car il est écrit que le fils de la servante ne sera pas héritier avec le fils de la femme libre, c'est-à-dire que l'enfant de la concubine ne sera pas héritier avec l'enfant né du mariage, même si, dans la sainte écriture, ces mots peuvent avoir une signification différente.¹⁹⁸

Ce qui l'emporte ainsi dans l'esprit de l'auteur, c'est à la fois ce « défaut de pouvoir » qui dénie à l'autorité municipale toute compétence pour prendre un statut en la matière, et ce « défaut d'honnêteté » qui interdit à une autorité non habilitée pour ce faire de revenir sur un péché. Ce défaut d'honnêteté est singulièrement (*maxime*, dit Balde) – mais non exclusivement – avéré si l'institution de bâtard a pour effet de mettre en concurrence pour la succession des enfants issus de légitime mariage et des enfants adultérins. Pour autant, l'auteur raisonne sans distinguer le cas où l'enfant naturel est le seul descendant de son auteur et le cas où il viendrait en concurrence avec des enfants légitimes. Il faut donc supposer que, dans l'esprit rigoureux de Balde, l'enfant naturel simple, le *spurius*, tout comme l'enfant adultérin n'a de chance de succéder un jour à son auteur que s'il est légitimé, soit par mariage subséquent, soit, si le mariage est physiquement impossible, par lettres du prince. Il n'y a que de la sorte qu'il parviendrait à contourner des interdits posés et défendus par le droit commun.

2) Le « statut permettant à l'aîné de succéder à l'exclusion des autres ».

Le deuxième exemple de statut permissif qui mérite d'être mis en lumière est celui, que l'on retrouvait déjà chez Bartole, du droit d'aînesse, ou, pour reprendre les termes de Balde, du « statut permettant à l'aîné de succéder à l'exclusion des autres ». Il conviendrait, sans doute plus rigoureusement, de parler d'un statut qui permettrait au père d'instituer son aîné héritier au détriment des puînés, comme le prouve l'exposé de la question :

sui, in principio. Non obstat, si dicatur quod hoc statutum est causa peccati nam si hoc esset, Imperator etiam non posset hoc statuere, quod est falsum. Item si hoc esset ; etiam filius naturalis non posset institui, cum ibi actus fornicationis, qui est peccatum mortale. (traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, *supra*, note 188).

¹⁹⁷ L'on doit cette légitimation par rescrit du Pape à Innocent III, qui la reprit du droit romain, et qui en fit bénéficier en 1202 les enfants que le roi de France Philippe Auguste eut avec Agnès de Méranie. Sa portée se limite à la seule dimension spirituelle pour les territoires extérieurs aux Etats pontificaux : voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au Droit des personnes et de la famille*, Paris, 1996, n°197, p. 264.

¹⁹⁸ BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°71 : ... *sed ego credo primam partem veriore, scilicet quod statutum non valeat ex defectu potestatis, & etiam ex defectu honestatis, & maxime si extarent filii legitimi : quia scriptum est, non erit haeres filius ancillae cum filio libere, id est filius concubinae non erit haeres cum filio ex matrimonio genito, licet in divina scriptura illa verba habeant aliud significare* (traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, *supra*, note 188).

84. *Le statut permettant à l'aîné de succéder à l'exclusion des autres est-il valable ?* Ensuite, je me penche sur les statuts permissifs ; suppose que le statut permette à l'aîné de succéder à l'exclusion des autres. Ici j'examine d'abord la valeur : est-ce que ce statut est valable ? Je crois que oui, pourvu du moins que les puînés reçoivent des aliments, car les aliments procèdent en propre du droit naturel et la coutume s'y conforme le plus souvent dans les juridictions où le partage affaiblirait la dignité du pouvoir¹⁹⁹.

Le choix de traiter ainsi à part, et à la suite du statut habilitant le père à instituer son fils illégitime en l'absence de descendance légitime, le cas du statut disposant du droit d'aînesse, révèle certainement, de la part de Balde, la volonté de s'en tenir à une méthode casuistique des plus classiques. Mais elle relève également de sa volonté d'étudier, pour eux-mêmes, et de mettre en comparaison deux cas particuliers de statuts qualifiés de « permissifs », mais qui, pour autant, n'appellent ni la même analyse, ni les mêmes réponses.

La différence entre ces deux types de statuts permissifs présente d'autant plus d'intérêt que la démarche de Balde ne varie pas, analysant d'abord la valeur du statut considéré sur le plan matériel, pour, une fois sa validité admise, déterminer quel peut en être l'effet en dehors du territoire de l'autorité qui en est l'auteur :

1° L'exemple précédemment étudié – celui de l'héritier bâtard – avait offert à l'auteur l'occasion de discuter de la valeur même du statut permissif en question et d'inférer de cette discussion la conclusion que ce type de statut heurtait frontalement les valeurs fondamentales défendues par l'ordre juridique supérieur que représente le droit commun. La conséquence logique de cette prémisse était donc qu'un statut, frappé d'invalidité à la racine, est contenu, en vertu des exigences posées par le droit commun et par le droit naturel, dans les retranchements de l'autorité qui l'a édicté. Ainsi, de l'appréciation que l'on portait à sa valeur, découlait logiquement le sort réservé à son effet.

2° Le cas du statut portant faculté pour le père de laisser son héritage au seul fils aîné au détriment des puînés est différent. La valeur accordée sur le plan de son contenu au statut ne pose plus cette fois-ci difficulté : dans sa réponse, Balde considère qu'un statut qui disposerait ainsi n'entre pas en contradiction avec les valeurs défendues par le droit commun et les dispositions matérielles qui en tiennent lieu en matière de succession. Sa validité est donc pleinement admise, mais il importe toutefois de souligner que cette validité n'est jamais que conditionnelle : elle est subordonnée à l'obligation pour l'auteur du statut – et, partant, du père disposant de ses biens – de laisser les puînés un droit aux aliments²⁰⁰. L'importance que Balde attache à l'octroi des aliments a plusieurs implications :

1. D'une part, cela signifie que la validité d'un statut qui légiférerait sur le droit d'aînesse doit pouvoir s'apprécier au regard d'une norme supérieure incarnée par « le droit naturel » (*jus naturale*) qui impose le respect minimal de la fourniture d'aliments aux cadets qui auraient été privés de succession en vertu de la décision paternelle.

2. D'autre part, à supposer que l'acquiescement d'une telle obligation fasse défaut, il est logique d'en déduire *a contrario* qu'il n'est pas possible d'accorder de valeur à un tel statut. Celui-ci se trouverait

¹⁹⁹ BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°84 : 84. *Statutum permittens primogenitum succedere exclusis certis, an valeat. Deinde quaero circa statuta permissiva : pone quod statutum permittit primogenitum succedere aliis exclusis. Hic primo quaero de essentia, an valeat ? credo quod sic, dum tamen post ea geniti habeant alimenta : qua solum alimenta proprie veniunt de iure naturae, & ita servat consuetudo maxime in iurisdictionibus, in quibus divisio habet diminuere dignitatem potestati* (traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, *supra*, note 188).

²⁰⁰ Michel VERWILGHEN, « Contribution à l'étude historique du droit international privé des obligations alimentaires », *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, 1986, pp. 863-883.

ainsi neutralisé par l'intervention régulatrice du droit commun, qui se fait, en l'espèce, le relais du droit naturel, et réduit à contenir ses effets dans les strictes limites du territoire.

Ainsi, ces deux statuts illustrent à merveille l'intérêt, l'ambiguïté et, sans doute, les limites dont est porteuse la fameuse distinction statuts permissifs/statuts prohibitifs : en réalité, un statut permissif qui irait à l'encontre du droit commun ou naturel peut s'avérer tout aussi *odiosum* qu'un statut prohibitif qui encourrait le même grief. En effet, dans cette logique, l'effet, extraterritorial ou purement territorial, d'un statut semble entièrement dépendre du *jus commune* : c'est à ce dernier qu'est confié, par la doctrine bartoliste, le soin d'assurer qu'il est donné, ou non, effet à un statut local à l'intérieur du périmètre soumis à la domination d'autrui. La conformité, formelle et matérielle, du statut local au droit commun devient, dès lors, le critère opératoire qui permet d'orchestrer la circulation des statuts dans le respect des différentes *potestates*, équivalentes autant que concurrentes. Cette manière de raisonner se vérifie tant à l'épreuve du statut permissif qu'à l'épreuve du statut prohibitif.

§ 2. La contrariété des statuts étrangers au droit local : aspect formel et aspect matériel. L'exemple des statuts prohibitifs.

La question des statuts prohibitifs, qui suit immédiatement celle des statuts permissifs (paragraphe n° 86 à 92) dans la dissertation de Balde²⁰¹, est une des questions qui illustrent le mieux, tout à la fois, la fidélité et la réflexion critique de Balde, qui, reprenant la distinction de l'odieux et du favorable, prend ses distances avec son maître sur ce point et modifie radicalement l'économie de ladite distinction. Fidèle à la lettre davantage qu'à l'esprit, il semble mesurer les faiblesses d'une compartimentation entre l'odieux et le favorable et écarte le dernier pour n'en retenir que le premier²⁰². Passant en revue les statuts qui peuvent être tenus pour prohibitifs, il manifeste son scepticisme envers la pertinence de la qualification, notamment à propos de l'effet d'un statut, perçu comme « favorable », qui interdit tout legs de la femme envers son mari :

86. ...Il n'est pas vrai de dire avec Bartole que ce statut est favorable. En quoi en effet est-il favorable d'accorder la liberté testamentaire, comme le démontre le titre *De lege Fufia Caninia sublata* des Institutes (Inst., I, 7) ? Comment ce qui pour les époux est favorable entre vifs, à savoir la prohibition de la donation, serait-il jugé odieux par acte de dernière volonté ?²⁰³

Toutefois, c'est l'exemple suivant, développé par Balde aux paragraphes 89-91, qui, présentant tous les caractères d'un statut prohibitif odieux selon Bartole, va être réinterprété par l'auteur en procédant à une complète réorientation de la distinction odieux/favorable²⁰⁴. Avec le

²⁰¹ BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°86, *in fine* : « J'ai parlé des statuts permissifs concernant les personnes, j'examine maintenant les statuts prohibitifs touchant la personne » (*Dixi de statutis permissoriis circa personam, quaero de statutis prohibitoriis circa personam* : traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, *supra*, note 188).

²⁰² Sur le statut prohibitif excluant les filles dotées, voir Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, « Du statut prohibitif », *op. cit.*, pp. 12-14.

²⁰³ BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°86 : *Nec est verum quod dicit Bart. quod istud statutum sit favorabile . quomodo enim est favorabile id pro admittitur libera testamenti factio ? ut insti. de legi. Fusi cani. Unde quod est favorabile inter vivos, scilicet donatio prohibita : inter coniuges in ultima voluntate reputaretur odiosum* (traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, *supra*, note 188).

²⁰⁴ Sur le statut prohibitif édictant l'exclusion des filles dotées de leur père en présence d'héritiers mâles, voir l'opinion de Bartole, *supra*, pp. 98-102. Sur la notion de statut odieux, voir Laurent MAYALI, « La notion de « *statutum odiosum* » », *op. cit.*, pp. 57-69 et, sur son application au statut concernant l'exclusion des filles dotées, ID., *Droit savant et coutumes. L'exclusion des filles dotées, XII^e - XV^e siècle*, Francfort, 1987 (*Jus commune*, Sonderhefte, 33), spéc. p. 76 et sqq.

cas de l'exclusion de la fille dotée, que choisissait déjà Bartole pour support de sa distinction, son élève et successeur se livre, ainsi, à une relecture de la notion même du *statutum odiosum*, qui n'est plus – ou plus uniquement – envisagé, désormais, sous l'angle de la conformité du *jus commune*, mais sous l'angle de la confrontation entre deux ordres juridiques statutaires et paritaires :

89. Ensuite je passe au statut qui déclare que la fille ne succède pas en présence d'un mâle. J'en examine la solidité d'abord, le champ d'application ensuite. Et il semblerait sur le premier point qu'il ne vaut pas parce qu'il apporte le plus grand mal, selon la loi *Maximum vitium* du Code (C. 6.28.4). En outre, ce qui ne peut être fait par accord ne peut non plus être fait par statut, comme le veut la loi *Nec ex pretorio* du Digeste (D. 50. 17. 27).

90. C'est le contraire qui est vrai. Parce que ce statut est fait en vue de la conservation de la dignité des familles qu'il importe à l'Etat de maintenir, ainsi que le démontrent la loi *Sed et si* du Digeste (D. 25.4.13), aux mots *Quam sententiam puto veram*, le début du titre *De curatoribus* des Institutes (Inst. 1.23)... Ne s'y oppose pas que cela ne puisse être fait par accord : au contraire, d'ailleurs, cela peut être fait par accord pourvu que celui-ci soit renforcé par un serment, comme le rappelle le canon *Quamvis pactum* du Sexte (VI. I, XVIII, 2) : tout ce qui peut être fait par un accord renforcé par serment peut être fait par statut, c'est bien connu.

91. Maintenant quant à l'effet, je me demande si la fille exclue succède ab intestat aux biens hors du territoire. Bartole dit que oui, parce que cette prohibition est irrationnelle et donc doit être cantonnée, selon la loi *Cum quidam* du Digeste (D. 28. 2.19.)²⁰⁵. Et tout ce qui dispose contre la raison, et surtout contre la raison naturelle, serait réputé odieux, d'après canon *Si* du Sexte (VI. V, XI, 16) ; mais, moi, je soutiens que ce statut n'est pas odieux, mais mélangé de faveur et d'hostilité : au contraire, il est même principalement favorable, ainsi que le démontre le début de la loi *Qui exceptionem* du Digeste (D. 12.6.40.pr.) ; cependant, je soutiens que, par exception, il ne s'étend pas aux biens hors du territoire lorsque le droit y est contraire, parce que la disposition contraire de la loi fait échec au droit d'accroissement, comme le veut la loi *Mulieri et Titio* du Digeste (D. 35.1.74)²⁰⁶.

Balde démontre, à l'aide de cet exemple, que le même statut peut être tout aussi bien perçu comme favorable ou odieux suivant l'intérêt que l'on se charge de défendre. Alors qu'il est indiscutablement odieux pour les filles qui se retrouvent exclues de la succession de leur père, en présence d'héritiers mâles, l'auteur, lui-même, estime que : « ce statut n'est pas odieux, mais mélangé de faveur et d'hostilité : au contraire, il est même principalement favorable », dans la mesure où il a été « fait en vue de la conservation de la dignité des familles qu'il importe à l'Etat de maintenir » (*propter conservandam dignitatem familiarum quam conservare interest Rei publicae*). Or, de l'aveu même de Balde, l'odieux ne se mesure plus à l'aune du droit commun, comme le pensait encore

²⁰⁵ BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n°32.

²⁰⁶ BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°89-91 : 89. Statutum dictans quod filia foemina non succedat extante masculo, an teneat. *Subsequenter quaeritur, dicit statutum quod fillia foemina non succedat extante masculo. Quero primo de robore secundo extensione. Et videtur quo ad primum, quod non valeat statutum, quia inducit maximum vitium : ut infra, de lib. praete l. maximum vitium. Item hoc non potest fieri per pactum : ergo nec per statutum : ut no. ff. de regu. iur. l. nec ex pretorio & c. de decur. in rubr.*

90. Statutum factum pro conservanda dignitate familiarum est favorabile Rei publicae. *Contrarium est verum : quia illud statutum est factum propter conservandam dignitatem familiarum quam conservare interest Rei publicae : ut ff. de ven. inspi. l. j. § publice, in verbo « dignitas familiarum salva sit » & j de adul. l. j. per Iac. de Aret. & Cyn. Non obstat quod non potest fieri per pactum : imo potest fieri per pactum, si sit juramento vallatum : ut in c. 2 de pact. lib. 6 unde do regula : quidquid potest fieri per pactum juramento vallatum, potest fieri per statutum, quod est no.*

91. Stante statuto quod filiam succedat an habeat locum extra territorium. *Sed hic quaero de effectu, utrum ista filia praeterita ab intestato succedat in bonis extra territorium. Dicit Bartolus quod sic : quia haec prohibitio est irrationabilis : & ideo restringenda arg. de lib. & posthu. l. cum quidam. Et dicitur odiosum quicquid disponitur contra rationem, praesertim naturalem ad hoc facit c. si sententia § si extra de sent. excom. lib. vi. ego dico quod istud statutum non est odiosum, sed mixtum ex favore et odio : imo principaliter est favorabile argu. de codi. inde. l. qui exceptionem tamen bene teneo quod non extendatur ad bona extra territorium : ubi contraria est iuris dispositio : quia legis contraria dispositio impedit ius acrescendi ; ut ff. de condi. & démon. l. mulieri & Titio. (traduction Bertrand ANCEL, *op. cit.*, *supra*, note 188).*

Bartole, mais de la *naturalis ratio* : « tout ce qui dispose contre la raison, et surtout contre la raison naturelle, serait odieux » (*dicitur odiosum quicquid disponitur contra rationem, praesertim naturalem*)²⁰⁷.

En l'espèce, l'*utilitas privatorum* des filles, soulignée par le caractère *odiosum* du statut, se heurte, invinciblement, à l'*utilitas publica*, qui soutient l'intérêt des familles et renforce, ainsi, la thèse du statut *favorabile*. Le statut prohibitif, qui manifeste le souci de l'Etat de prendre en charge des intérêts privés, fût-ce au détriment d'autres intérêts privés, se colore, en l'espèce, d'une impérativité qui est celle qui définit les lois de police. Balde est ainsi le premier juriste à exprimer ouvertement que le statut prohibitif peut, et a précisément pour vocation de, remplir cette fonction de préservation de l'ordre public dans le champ du droit privé.

Qu'en est-il, alors, de sa portée territoriale ou extraterritoriale ? Selon Bartole, un statut odieux est strictement territorial, parce qu'il porte une prohibition qui, parce qu'elle est contraire au *jus commune*, révolte tous les ordres juridiques susceptibles d'en connaître les effets ; un statut favorable est toujours extraterritorial, parce que l'interdiction qu'il relaie, jugée conforme au *jus commune*, est parfaitement acceptable aux regards de ces mêmes ordres juridiques. Avec Balde, quelle que soit la qualification adoptée, le statut prohibitif n'en demeure pas moins extraterritorial dans son application : la fille privée de succession sur son territoire doit l'être partout.

Toutefois, la réflexion de Balde ne s'arrête pas à ce simple constat. Postuler l'extraterritorialité d'un tel statut, « favorable » ou non, suppose, en effet, de s'assurer de son acceptation par tous les ordres juridiques étrangers qui pourraient être concernés : en l'occurrence, tous les lieux où se trouvent les immeubles qui rentrent dans la succession. Or, Balde ne confie pas au *jus commune*, comme l'aurait fait Bartole, la mission d'exercer le contrôle de la teneur matérielle de la norme de l'Etat d'origine, mais décide que celle-ci doit être directement accueillie ou rejetée par l'ordre juridique de l'Etat de réception : « cependant, je soutiens que, par exception, il ne s'étend pas aux biens hors du territoire lorsque le droit y est contraire, parce que la disposition contraire de la loi fait échec au droit d'accroissement ». Dès lors, le statut prohibitif favorable peut être éventuellement tenu en échec par le droit du lieu de situation du bien, qui prévoit une solution contraire. Si ce droit local ne prévoit pas de droit d'accroissement en faveur des frères (ceux-ci se voyant, du fait de l'éviction de leur sœur, de la part de la succession dont elle aurait dû bénéficier), alors, il écartera le statut prohibitif étranger, pour incompatibilité avec son ordre juridique.

En conclusion, Balde démontre que la distinction odieux/favorable souffre si bien d'être réversible²⁰⁸ qu'elle semble s'en trouver vidée d'une grande partie de son intérêt et qu'elle devient même inopérante du point de vue du champ d'application territorial. L'odieux n'est plus que ce qui est inacceptable au regard de la raison naturelle²⁰⁹ et, donc, intolérable aux yeux d'un autre ordre

²⁰⁷ Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, p. 630, relève, à propos de la doctrine italienne issue de Bartole, que : « à côté [du] droit commun, c'est encore le droit naturel qui est reconnu comme source de droit. Cette idée, empruntée aussi au droit romain et cultivée spécialement par les philosophes et les canonistes, a toujours exercé son influence, même dans la pratique des jurisconsultes. L'équité naturelle met une limite au pouvoir de tout souverain. C'est pourquoi un statut est déclaré souvent non obligatoire, parce qu'il « *sapit iniquitatem, disponit contra naturam vel rationem naturalem* », etc. ».

²⁰⁸ Ainsi que le relevait déjà Laurent MAYALI, « La notion de « *statutum odiosum* » », *op. cit.*, p. 67 : « D'odieuse ou favorable, la règle devient odieuse et favorable ».

²⁰⁹ La doctrine tend, à cette même époque, à assimiler statut odieux et statut inique, en s'inspirant de l'exemple donné par Balde, qui évoquait le statut odieux qui allait à l'encontre de la raison naturelle. Son frère, Angelo, écrit dans ses *Consilia*, au n°210 : « Tout ce qui dispose à l'encontre de la nature ou de la raison naturelle est qualifié d'odieux » (*quicquid disponitur contra naturam vel rationem naturalem, illud odiosum, appellatur*). Toutefois, Mariano Socini le Jeune, jurisconsulte du XVI^e siècle, renoue avec l'acception qu'avait voulu en donner Bartole, lorsque, dans son commentaire sur la loi *Gallus* du Digeste (D. 28.2.29), au n°92 : « Un statut est dit « favorable » lorsque, en effet, les législateurs n'ont

juridique : le droit commun n'a plus sa place dans la détermination de ce qui est odieux et de ce qui ne l'est pas. Selon Balde, le statut prohibitif disposant que les filles dotées sont exclues de la succession de leur père est, en principe, favorable, et, par exception, odieux²¹⁰. Il révèle également que le statut prohibitif, quel qu'il soit, peut être investi par l'Etat d'une fonction de police, y compris dans l'ordre juridique privé. S'il a vocation à être extraterritorial, la question se pose de savoir comment assurer sa réception dans les ordres juridiques où il est amené à déployer ses effets : quand Bartole s'en tenait au critère de la conformité matérielle au *jus commune*, Balde se réfère directement à la nécessaire conformité matérielle au droit du territoire concerné. Après avoir été verticale, l'exportation du statut, ainsi que sa réception à l'étranger se conçoit désormais de manière horizontale.

§ 3. Les statuts relatifs aux délits.

Bien qu'elle soit érigée en une catégorie indépendante dans la dissertation de Balde, quand Bartole l'intégrait encore parmi les règles de conflit de droit privé, la doctrine relative à la loi applicable aux délits commis à l'intérieur du territoire – seule question qui intéresse directement notre propos et qui prend place au paragraphe 95 de sa *Lectura* – prend une facture des plus classiques et ne se distingue guère de la désormais longue tradition en la matière : l'auteur lui-même s'en remet à l'autorité de ses prédécesseurs, dont Guillaume Durand, Dino del Mugello et l'élève de ce dernier, Cino da Pistoia :

95. *Le statut de la cité qui punit le délit ici commis par un étranger est-il valable ?* A propos du délit, voyons d'abord si le statut de la ville lie l'étranger qui y contrevient ici. Cette question a été abordée par Cino, ici et sur la loi *Quae sit longa consuetudo* du Code (C. 8.52.1.) et dans le *Speculum juris* de Guillaume Durand, livre IV, 1^{ère} sous-partie, rubrique *De constitutionibus*²¹¹. Et il est communément déclaré par les Docteurs qu'il convient de distinguer :

- ou le statut introduit un nouveau délit assorti de sa peine ;
- ou il institue une peine nouvelle pour un délit du droit commun.

1) Au premier cas,

a) ou bien l'étranger s'est établi à demeure ici et il est vraisemblable qu'il a connaissance du statut : alors, il est lié par le statut comme il est lié par la coutume municipale, conformément à l'Authentique *Qua in Provincia* (C., 3, 15, 2 ; Nouvelle 69, chapitre 1), *infra*, à la loi *Saccharii* du Digeste (D. 41.11.7), et à la Décrétale *A nobis* du *Liber Extra* (X. V, XXXIX, 21), ainsi que Dino del Mugello le professe, en s'appuyant sur la loi *Si cui*, au paragraphe *Idem imperator*, du Digeste (D. 48.2.7.4.)²¹². La raison en est que, procédant de l'intention ou de la faute, le délit le fait sujet quant à la peine,

pas été mus par la haine des femmes, mais par la faveur envers les hommes » (*Statutum dicatur favorabile cum enim statuentes non fuerint moti odio foeminarum sed favore masculorum*). Sur cette question, voir Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 630-631 et les textes.

²¹⁰ En dépit des efforts de Balde, la doctrine italienne des XV^e et XVI^e siècles s'est partagée sur la question des statuts odieux et des statuts favorables, en particulier sur l'exemple, devenu topique, du statut excluant les filles dotées de la succession en présence d'héritiers mâles. Eduard-Maurits MEIJERS, dans son « Histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, relève, à ce sujet, pp. 618-619, « l'incertitude causée par la distinction des statuts en odieux et favorables. Je ne nomme ici que deux statuts très répandus : le statut d'après lequel les femmes ne pouvaient pas succéder tant qu'il y avait des parents mâles, et le statut portant que les époux ne pouvaient pas s'avantager par don ou par testament. Autant il y a des jurisconsultes qui nomment ces statuts odieux, autant il y en a d'autres qui les déclarent favorables. Ceux qui les nomment odieux font appel au préjudice fait par le statut aux femmes et à l'époux gratifié ; les autres allèguent l'intérêt de la famille et de l'autre époux protégé par le législateur. A peu près toujours, une loi impérative fait préjudice à l'un, et avantage l'autre ».

²¹¹ Sur le passage en question de Guillaume Durand, voir, *supra*, pp. 36-38.

²¹² BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n°20.

comme le démontrent les lois *Colonus*, au paragraphe *Navem* (D. 19. 2. 61.1.), *Caesar* (D. 39. 4. 5.) et *Praeses provinciae* (D. 1.18.3) du Digeste ;

b) ou bien l'étranger n'a pas ici séjourné si longtemps que vraisemblablement il soit informé et, alors :

- soit le fait était communément réprimé comme par une coutume générale à tous pays, par exemple, celle qui interdit de se déplacer en armes par colère ou de nuit, ou encore de passer sans acquitter le péage : alors, cet étranger doit être puni pour son ignorance et sa négligence, comme le prescrit la loi *Si in rem* du Digeste (D. 6.1.6) ;

- soit le fait, tel que porter des perles, n'était pas généralement proscrit par la raison naturelle, ni par un usage universel, et, alors, l'étranger n'est pas puni, à moins qu'il n'ait été informé, conformément à la loi *Municipii lege* du Digeste (D. 50.9.6) et au canon *Ut animarum* du Sixte (VI. I, II, 2). Voilà pourquoi les étrangers et même les citoyens qui se sont absentés longtemps, sont excusés, comme le veut la loi *Plane* du Digeste (D. 27.1.19). C'est ainsi que les étrangers qui visitent leurs sœurs moniales ne sont pas soumis à la peine nouvellement introduite par décret épiscopal.

2) Au second cas, tu dois dire que tous ceux qui savent ou doivent savoir qu'ils commettent un délit, doivent être sûrs d'encourir la peine, même s'ils se trompent sur la nature de la peine et croient l'infraction plus légère : ce n'est là d'aucune manière motif d'être excusés, d'après la loi *Leges sacratissimae* du Code (C. 1.14.9) ; en effet, par cela seul, qu'ils commettent le délit, ils consentent implicitement à la peine, comme je le dirai à la loi *Venia* du Code (C. 2.2.2)²¹³.

Les solutions préconisées par Balde, ainsi que les distinctions sur lesquelles il s'appuie, restent conformes aux directives déjà enseignées par Bartole et ses prédécesseurs : le *statutum loci delicti* déroge au droit commun, soit en créant une nouvelle infraction, soit en édictant une peine particulière pour un délit qui, lui, est prévu par le *jus commune*. La règle de principe est toujours la même : l'étranger est assujéti au statut local, en vertu de la règle de conflit qui donne compétence à la *lex loci delicti*, et il doit se conformer à la peine qui est fixée par le statut en question, à chaque fois qu'il est présumé avoir eu connaissance du statut. Par exception, s'il peut apporter la preuve qu'il ignorait la teneur du statut particulier, parce qu'il est un étranger de passage, son sort dépend de la nature de l'infraction qui lui est reprochée :

1° Si cette infraction est supposée connue de tous, parce qu'il s'agit d'une infraction de droit commun (« réprimé comme par une coutume générale à tous pays ») ou parce qu'il s'agit d'une infraction qui est partagée par le voisinage, son ignorance est trop grossière pour être excusée : *ignorantia supina*. La *naturalis ratio* chère à Balde entre en ligne de compte dans la connaissance supposée connue de tous.

²¹³ BALDE, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos* », *op. cit.*, n°95 : Statutum civitatis puniens extraneum ibidem deliquentem, an sit validum. Circa maleficium aliquid videamus & primo numquid statutum civitatis liget extraneum ibidem deliquentem. Ista quaestio tangitur per Cyn. hic & in l.j. infra quae sit long. consue. & in Spec. de consti. in quarta parte. Et declaratur communiter per Doctores sic distinguendo : Aut statutum inducit delictum et poenam : aut inducit poenam circa id, quod est delictum de iure communi, primo casu ; aut forensis contraxit ibi moram : ita quod sit verisimile eum habere notitiam statuti & ligatur tali statuto, quemadmodum ligatur consuetudine municipalis : ut infra ubi de cri. agri oportet. auth. qua in provincia & de extraor. cri. l. saccularii § j de sen. exc. c. a nobis hoc tenet Dyn. de acc. l. si cui § pe. Et est ratio : quia delictum ex animo, vel ex culpa proveniens, facit eum subditum respectu illius poena ar. ff. lo. l. colonus § navem ff. de pub. l. Caesar. de off. praesi. l. iij aut forensis non contraxerat ibi tantam moram quod verisimiliter debet esse instructus, & tunc aut illud factum erat communiter prohibitum quasi per generalem consuetudinem terrarum : puta ire cum armis, vel ire de nocte, vel transire sine solutione pedaggi, tunc debet puniri propter supinam ignorantiam : ut ff. de pub. l. si § licet. Aut non erat generaliter prohibitum naturali ratione : nec consuetudine universali, ut portare margaritas : & tunc non punitur, nisi fuerit sciens arg. l. fin. de decre. ad ord. facien. & extra. de constit. cap. ut animarum, libr. vi. Et ideo forenses & etiam cives qui diu absuerunt, excusantur : ut ff. de excusatio. tut. l. plane. Itaque forenses visitantes consanguineas moniales, quando poena est noviter introducta per constitutionem episcopi non tenentur ad poenam. Secundo casu principali dic, quod omnes qui sciunt vel scire debent se delinquere, certi esse debent de poena ubi licet errent in genere poenae, et credant levius esse delictum, quod ut : non propterea excusantur in aliqua : ut infra de legi. l. leges sacratissimae. Eo enim ipso quod delinquent impliciter in poenam consentiunt : ut dicam j. de in ius voc. l. venia. (tradu. Bertrand ANCEL, *op. cit.*, supra, note 188).

2° en revanche, si les agissements ne sont considérés comme punissables que dans l'environnement propre à la société locale dans laquelle l'étranger se trouve de passage, l'étranger peut faire état de son ignorance légitime pour échapper à la peine portée par le statut.

Enfin, la peine qui doit être appliquée doit toujours être la peine prévue par le statut, quelle qu'en soit la gravité, et sans faculté, pour le délinquant étranger, de se prévaloir de l'imprévisibilité supposée de ladite peine : l'excuse d'ignorance ne s'étend jamais à la peine.

Dans cet exposé par ailleurs très classique, le critère joué par la connaissance, réelle ou présumée, ou de l'ignorance, crasse ou légitime, du statut local revêt, dans l'esprit de Balde, une importance majeure qui traduit une attention soutenue pour la proximité que l'étranger peut nourrir avec la société locale dans laquelle il est amené à évoluer. Son comportement ne sera pas jugé avec la même sévérité selon qu'il est un étranger installé à demeure ou de passage. La domiciliation ou le séjour temporaire sont, ici, déterminants pour déclencher, ou non, la répression envers le délit commis par l'étranger et pour y appliquer la peine comminée par le statut. La loi de sûreté, au sens le plus strict, entend étendre ses effets aux citoyens comme aux étrangers, fussent-ils simplement de passage : dans la conception baldienne, si l'excuse d'ignorance légitime a toujours sa place, sa liberté d'action s'exprime désormais dans un cadre de plus en plus restreint. « Procédant de l'intention ou de la faute, le délit le fait sujet quant à la peine » ; « qu'ils commettent le délit, ils consentent implicitement à la peine » : par ces expressions sans ambiguïté, Balde semble préfigurer la théorie de la soumission volontaire (ou tacite) de l'étranger présent sur le territoire aux lois de police et de sûreté, soumission qui semble *a priori* peu compatible avec la *doxa* statutiste telle qu'elle est en train de s'élaborer.

CONCLUSION DU CHAPITRE II.

Les statuts permissifs et les statuts prohibitifs odieux, qui rejoignent, à partir de Bartole, les statuts territoriaux par nature (délits et statuts réels immobiliers), dans la catégorie aux contours encore mal définis des futures lois de police et de sûreté, s'imposent avec force à partir de Balde et sont relayés avec enthousiasme par la doctrine postérieure. S'appuyant sur une tradition bien ancrée, Bartole a su discerner dans les statuts relatifs aux délits et aux immeubles la nature rigoureusement impérative et strictement territoriale. Il a su aussi donner corps aux notions de statuts permissifs et de statuts prohibitifs, distinguant chez ces derniers un caractère favorable (donc extraterritorial) ou odieux (donc territorial) qui sera repris et discuté par la doctrine subséquente. D'une part, les statuts permissifs, en renforçant la capacité à agir de la personne par rapport au *jus commune*, s'exposent, éventuellement, à la censure de ce dernier, dès lors qu'il juge que les dispositions particulières outrepassent leur champ d'application pour empiéter sur le sien. Ce mécanisme offre la singularité de renverser complètement la perspective habituelle, en encourageant le droit commun à s'imposer sur le territoire du statut et à le vider de sa force normative, en raison de l'atteinte à sa propre souveraineté législative. D'autre part, les statuts prohibitifs odieux, préfiguration de l'ordre public international, mais cantonnée dans son territoire et privée de toute extraterritorialité par son absence de conformité avec le *jus commune* chez Bartole, sont redessinés par Balde, qui, dépouillant la distinction favorable/odieux d'une grande partie de son utilité, décline leur extraterritorialité ou leur territorialité en fonction des objectifs que le législateur se propose de remplir en édictant ce statut et la compatibilité, ou non, de celui-ci avec les normes concurrentes que connaissent les ordres juridiques étrangers. Si Balde délaisse le critère de conformité au droit commun cher à Bartole, pour lui préférer celui de la *naturalis ratio*, il

n'empêche que son raisonnement se place désormais dans la confrontation des ordres juridiques locaux entre eux et non plus sous la tutelle d'un droit supérieur remplissant le rôle d'arbitre. Tel qu'il est défini par la doctrine bartoliste des XIV-XVI^e siècles, le statut prohibitif, qui a pour fonction de défendre des valeurs jugées fondamentales par l'ordre juridique qui l'a édicté, se tient désormais prêt à servir de garde-fou contre des lois étrangères dont l'application serait nuisible à la stabilité de la société.

CHAPITRE III – LE STATUTISME ITALIEN A L'ÉPREUVE DU CONFLIT DE COUTUMES: CHARLES DUMOULIN, OU LA RECEPTION NUANCEE DES STATUTS TERRITORIAUX PAR LE DROIT COUTUMIER FRANÇAIS (XVI^E SIECLE).

S'il est encore d'usage, dans l'historiographie traditionnelle, de présenter les XV^e et XVI^e siècles comme les siècles-charnière où la doctrine bartoliste aurait été accueillie en France et acclimatée à l'environnement coutumier qui en caractérise l'ordre juridique, et ce notamment grâce aux efforts de Charles Dumoulin, l'étude approfondie de ces juristes français et de leurs œuvres appelle, toutefois, un grand sens des nuances et des distinctions, qu'une réduction aussi généraliste ne saurait satisfaire. Trop souvent perçus comme les successeurs de Bartole et comme les continuateurs de l'École italienne, ces auteurs offrent néanmoins l'avantage, par leur adhésion toute relative à la tradition italienne, d'accentuer, et encore de manière très artificielle, les différences qui nourrissent l'opposition avec une École française, apparue au XVI^e siècle, et dont le héraut et le père fondateur serait Bertrand d'Argentré. En réalité, la prudence dans le jugement s'impose. Les juristes français, de Jean Masuer jusqu'à Charles Dumoulin, ne sont pas davantage les propagateurs serviles des idées bartolistes qu'ils ne sont des théoriciens rétifs à la force de la source coutumière et à la jurisprudence des Parlements. De même, Bertrand d'Argentré n'est pas plus la figure emblématique d'une École française qui aurait porté ses feux jusqu'au XVIII^e siècle qu'il n'était un ennemi acharné du statutisme franco-italien. S'il est possible de convoquer sous un même ban tous ces auteurs dont le plus petit dénominateur commun est d'être Français, c'est pour mieux souligner que leurs travaux ont, tous, contribué à l'éclatement de l'héritage bartoliste et à sa dilution, voire à sa dénaturation, dans une tradition française qui est celle du conflit de coutumes²¹⁴.

En effet, la période qui s'ouvre à partir du XV^e siècle et, surtout, du XVI^e siècle – et qui se prolonge, en France, jusqu'au XVIII^e siècle finissant – est celle où le conflit de statuts laisse place au conflit de coutumes. Plusieurs facteurs contribuent à ce changement de cap et à ce déplacement d'épicentre²¹⁵. D'abord, quand la doctrine bartoliste refait surface au XV^e et XVI^e siècles et s'infuse dans les œuvres des juristes coutumiers, elle n'est plus celle des grands maîtres Bartole et Balde, mais celles de leurs continuateurs : s'il y a bien une réception de la théorie statutiste italienne, cette réception est imparfaite et mal maîtrisée, parce qu'elle ne s'est effectuée qu'à partir de sources de seconde main. Jusqu'à Charles Dumoulin, rares sont ceux qui ont vraiment lu et compris les enseignements des maîtres de Sassoferato et de Pérouse. Ce facteur d'éloignement favorise une prise de distance avec des autorités qui sont encore révéérées et respectées, mais qui ne sont plus forcément comprises et qui paraissent bien loin des conditions qui entourent l'activité d'un juriste du XVI^e siècle. Ensuite, les juristes français sont, tous, sans exceptions, des praticiens, qui recherchent davantage à livrer des réponses aux problèmes que soulèvent les confrontations entre les différentes coutumes et à éclairer ou à expliquer le travail des juges qu'à se livrer à de doctes spéculations qui rivaliseraient avec les professeurs italiens. La sensibilité coutumière et l'existence d'une jurisprudence des Parlements, insensible aux variations de la doctrine et peu perméable aux hardiesses théoriques, ne peuvent que concourir à entretenir ce sentiment que le conflit de coutumes est voué à demeurer une science de praticiens coutumiers, plutôt qu'un terrain d'expression privilégié de l'enseignement romaniste. Enfin, tous ces juristes, qui viennent presque

²¹⁴ Bertrand ANCEL, *Éléments*, *op. cit.*, pp. 205-206.

²¹⁵ Pour un exposé plus complet de cette réception (imparfaite) de la doctrine italienne en France, à partir du XV^e siècle, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 287-304.

exclusivement de la partie septentrionale du Royaume, se confrontent quotidiennement au fonds coutumier, pris dans sa diversité, mais aussi dans ses traits caractéristiques et historiques, qui en commandent l'absolue souveraineté à l'intérieur de leur détroit. L'unité politique du Royaume, sous l'égide d'un roi désormais indiscutablement et pleinement souverain, doit composer avec les irréductibles particularismes de l'ordre juridique coutumier. Celui-ci, d'ailleurs, connaît une rénovation complète consécutive à la mise par écrit, puis à la réformation des coutumes, qui disposent désormais d'un texte fixe, structuré et, à bien des égards, modernisé et qui nourrissent ces commentaires de coutumes, et leurs conférences, qui sont le berceau d'un droit coutumier savant. Dès lors, nul ne saurait s'étonner de constater que, parmi les grands noms de la doctrine dite « française », se trouvent quatre grands commentateurs de coutumes : le Bourguignon Barthélémy de Chasseneuz (1480-1541), le Poitevin André Tiraqueau (1488-1558) et, surtout, les deux maîtres des conflits de coutume : le Parisien Charles Dumoulin (1500-1566) et le Breton Bertrand d'Argentré (1519-1590)²¹⁶.

Cet esprit d'indépendance et cette conscience de l'identité juridique coutumière propre aux Provinces de France, qui ne saurait surprendre chez ces juristes humanistes, n'entraînent pas, pour autant, un rejet des méthodes des commentateurs, ni même des solutions héritées du statutisme franco-italienne. En dépit des attaques virulentes que lance d'Argentré, avec un sens de la théâtralité et de la radicalité que lui confèrent son fort tempérament, à l'encontre de Bartole et des Bartolistes, auxquels il rattache Dumoulin, les distinctions et les concepts hérités de Bartole se sont infusés dans leurs propres théories, parfois bien malgré eux, et ont influencé fortement leurs interprétations, quand bien même ces dernières fussent relues au prisme du conflit de coutumes. Leur formation universitaire, nourrie de droits savants, leur interdit de renier cet héritage, autant que leur carrière de praticiens leur interdit de méconnaître la vigueur de la source coutumière. Leur dépendance envers Bartole est bien plus forte qu'ils n'osent l'avouer et elle n'a d'égale que leur volonté de s'en affranchir. Entre dépendance et indépendance, l'histoire de cette doctrine dite « française » est celle de la remise en cause des vieux cadres bartolistes et de l'émancipation, incomplète, à l'égard de ces derniers. La doctrine italienne est donc réajustée et reconfigurée afin de pouvoir rentrer dans les coutures propres à l'habillement coutumier du XV^e siècle et des siècles suivants.

En réalité, davantage que Bartole ou Balde, ce sont leurs successeurs des XIV^e et XV^e siècles, abondamment cités car abondamment utilisés, qui ont le plus souvent à souffrir de cette remise en cause : « l'Ecole française des statuts » – si tant est qu'elle ait jamais fait école – se voit comme un retour à ce statutisme classique qui s'enracine dans les enseignements de l'Ecole d'Orléans et, par conséquent, aux origines de la théorie des statuts, avant que celle-ci ne fût dévoyée par ses épigones des siècles suivants. Derrière l'acceptation sous bénéfique d'inventaire dont fait l'objet le bartolisme, et ce malgré les déclarations de renonciation dont se flatte d'Argentré, il y a solution de continuité entre le statutisme de l'Ecole d'Orléans et le statutisme français du droit coutumier de l'Ancien Droit. La distinction entre statuts réels et statuts personnels, qui devient la pierre angulaire de l'édifice doctrinal, disparate mais solide, à partir de cette période, n'est guère une innovation, puisqu'elle puise sa source dans les écrits de Pierre de Belleperche et de Guillaume de Cun.

²¹⁶ Sur ces commentateurs de coutumes, voir, entre autres, Jean-Louis THIREAU, *Introduction historique au droit*, Paris, 2001, pp. 247-248, et Didier VEILLON, « Quelques observations sur le droit commun coutumier français (XVI-XVIII^e siècles) », *Slovenian Law Review*, n°4, 2007, pp. 215-226.

Qu'en est-il, alors, des mécanismes qui s'apparentent aux lois de police et de sûreté ? Comment peuvent-ils s'intercaler dans un cadre coutumier fort différent, et, à bien des égards, antithétique, de celui qui avait présidé au statutisme italien et à son mode de gestion vertical ? Ne sont-ils pas voués à se dissoudre dans les statuts réels, dont la force s'affirme de plus en plus au détriment des statuts personnels ? Que deviennent alors les statuts relatifs aux délits ? La règle énoncée par Antoine Loisel dans ses *Institutes coutumières* parues en 1607, selon laquelle « toutes coutumes sont réelles », semble, à première vue, réduire les statuts territoriaux d'application impérative à n'être que l'un des avatars de la réalité des statuts et n'avoir plus guère vocation à justifier sa singularité. La réponse à cette interrogation légitime méritée d'être sérieusement pondérée, voire d'être revue. D'une part, les statuts pénaux, qui sont bel et bien évoqués par Barthélémy de Chasseneuz ou encore Charles Dumoulin, évoluent en dehors de la dichotomie traditionnelle et, pour cette raison, Bertrand d'Argentré ne les intègre pas dans sa distinction tripartite entre statuts réels, statuts personnels et statuts mixtes. Ils n'en demeurent pas moins d'application territoriale. D'autre part, comme tend à le démontrer l'œuvre de d'Argentré, qui, lui, est pénétré de la souveraineté des coutumes, la réalité des statuts n'abolit certainement pas les préoccupations de *publica utilitas* : au contraire, elle tend pleinement à les garantir. Même dans une acception très large de la réalité des statuts, il est possible de discerner le poids de ces considérations à chaque fois que, pour cette raison même, la territorialité se fait intransigeante à propos de certaines dispositions coutumières.

Parce qu'il est, d'abord, l'un des seuls – avec Bertrand d'Argentré, dont le territorialisme intransigeant requiert une grille de lecture différente²¹⁷ – à tenter de bâtir un système de résolution des conflits de statuts ou de coutumes qui se veut cohérent, à défaut de toujours l'être en pratique, le parti a été pris de recentrer cette étude autour de la figure de Charles Dumoulin et d'évoquer, le cas échéant, les auteurs qui l'ont précédé ou l'accompagnent pour autant qu'ils apportent quelque complément utile à la compréhension de sa doctrine. Parce qu'il est, également, l'un des seuls à proposer, sous couvert d'une approche romaniste, des solutions originales qui s'adaptent au contexte du conflit de coutumes, il est un acteur privilégié de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire du statutisme de Bartole, de Balde et de leurs successeurs et offre un point de comparaison pour mesurer la postérité des mécanismes qu'ils ont contribué à forger. Parce que son œuvre, enfin, se situe, en plein XVI^e siècle, à la croisée entre héritage bartoliste et affirmation du gallicanisme juridique, les statuts d'application territoriale qui traversent ses travaux de romaniste et de juriste coutumier offrent une illustration remarquable, parmi tant d'autres, de ces continuités et de ces évolutions qui scandent l'histoire du conflit de lois.

Charles Dumoulin²¹⁸ est un juriste qui se trouve à la confluence de deux mondes, celui de l'Université et celui des tribunaux, et qui tente de tirer le meilleur parti de ces deux influences. Sans se laisser enfermer dans des étiquettes trop réductrices, il s'avère être, tout à la fois, praticien et

²¹⁷ Sur le territorialisme de Bertrand d'Argentré, voir, *infra*, première partie, pp. 147-167.

²¹⁸ Formé à l'Université d'Orléans et peut-être même à Poitiers, puis avocat au Châtelet puis au Parlement de Paris, Charles Dumoulin se fait connaître par son *Commentaire sur la Coutume de la prévôté et de la vicomté de Paris*, dont le premier tome paraît en 1539, puis, après une longue période où il se consacre à son activité de doctrine, il est contraint à l'exil entre 1552 et 1557, en raison de ses croyances religieuses, en pays protestants. C'est lors de son séjour à Tübingen (Tubingue) qu'il se consacre à une activité de professeur et qu'il donne un enseignement de droit romain, dont sortiront ses *Commentaires* sur le Code et le Digeste. Revenu en France, il poursuit son œuvre de doctrine et achève de commenter la coutume de Paris, non sans se retrouver au centre de nouvelles controverses religieuses. Voir Jean-Louis THIREAU, « Charles Du Moulin (1500-1566) », *Introduction historique au droit*, Paris, 2001, pp. 357-359 et « DU MOULIN (Du Molin, Dumoulin, Molinaeus) Charles », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 363-366, ainsi que les références indiquées à la note suivante.

théoricien, bartoliste et humaniste gallican, conservateur et innovateur, catholique érasmien et réformé²¹⁹. Tel un acteur aux multiples *personae*, il sait donc aussi bien se faire disciple de l'École d'Orléans et de Bartole, prolongeant de manière fidèle, au besoin, les méthodes et les solutions de cette tradition franco-italienne, que défenseur ardent du droit coutumier et avocat passionné d'un droit commun coutumier qui serait le ferment d'un droit national qui s'opposerait fièrement aux prétentions universalistes des droits savants. Sa contribution à l'histoire des conflits de lois se décline dans deux ensembles de textes, l'un à caractère pratique et casuistique, l'autre à finalité théorique et systématique : d'une part, le *Consilium LIII* qu'il a rendu en 1525 à propos de l'affaire des époux de Ganay qui était portée devant le Parlement de Paris ; de l'autre, les trois dissertations qui rendent compte des leçons de droit romain qu'il a professées en 1553 lors de son séjour à l'Université de Tübingen dans le duché de Wurtemberg²²⁰ : les *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus* (« Conclusions sur les statuts et coutumes locaux »), qui portent sur la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.)²²¹, auxquelles s'adjoignent le *De delictis* et le *De praescriptionibus sive exceptionibus*. Puisant aussi bien dans le droit coutumier et dans la jurisprudence du Parlement de Paris que dans la technique bartoliste, qu'il maîtrise à merveille²²², Dumoulin s'inscrit dans la continuité de l'École d'Orléans, notamment de Jacques de Révigny et de Jean Faure, qui est l'une de ses sources d'inspiration majeures, et renoue avec la tradition du conflit de coutumes et une approche plus volontiers horizontale que verticale.

Ses *Conclusiones* et son *De delictis* traduisent bien ce double état d'esprit, à la fois, conservateur et fondateur. En effet, conservateur de l'héritage de Bartole et de Balde, il l'est par la fidélité aux références formelles, aux concepts, aux méthodes et, en certains cas, aux solutions qui lui paraissent les mieux établies. Ce faisant, il participe de la transposition de la doctrine italienne en droit français (section 1^{ère}). Transposition mesurée, mais certaine : la brève dissertation *De delictis*, que Dumoulin adjoint aux *Conclusiones*, traduit bien cet esprit de continuité entre les auteurs médiévaux et les juristes humanistes du XVI^e siècle, de même que la référence au *ius commune* démontre qu'il assoit encore l'extraterritorialité d'une coutume ou d'un statut à la satisfaction du critère de la conformité ou de la non-conformité matérielle à ses exigences, à travers l'interprétation passive extensive de la loi, qu'il emprunte à la doctrine du XV^e siècle. De même,

²¹⁹ Sur Charles Dumoulin (1500-1566), dont la vie et l'œuvre sont relativement bien connues, mais qui demeure, néanmoins, sujet à des interprétations diverses, voir Julien BRODEAU, *La vie de Maître Charles Du Molin*, biographie placée en tête du premier tome des *Caroli Molinaei Opera Omnia*, Paris, 1654 ; Pierre LABORDERIE, *Quelques réflexions sur l'influence de Dumoulin sur l'histoire du droit français*, Paris, 1908, et, surtout, Jean-Louis THIREAU, *Charles Du Molin, 1500-1566. Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques de la Renaissance*, Genève, 1980. Sur l'œuvre et l'influence de Du Moulin sur le droit des conflits de lois, voir Pierre LABORDERIE, « Un précurseur du droit international privé, Dumoulin et les conflits de lois », *Clunet*, n°39, 1912, pp. 79-84 ; Fernand SURVILLE, « La théorie des statuts d'après Bartole et Dumoulin », *Clunet*, n°48, 1921, pp. 5-15 ; Philippe MEYLAN, « Les statuts réels et personnels dans la doctrine de Du Moulin », *Mélanges Paul Fournier*, Paris, 1929, pp. 511-526 ; Franz GAMILSCHEG, *Der Einfluss Dumoulin auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Tübingen, 1955 ; Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales des alinéas 1 et 2 de l'article 3 du Code civil*, mémoire dact., Rouen, 1970, pp. 18-21.

²²⁰ Sur sa période d'exil, voir Jean CARBONNIER, « Du Moulin à Tübingue », *Revue générale du droit*, 1936, pp. 194-209 et René FILHOL, « Dumoulin à Montbéliard », *Études Noël Didier*, 1960, pp. 111-119.

²²¹ Ces *Conclusiones* ont fait l'objet d'une traduction en français par Bertrand ANCEL, in « Les Conclusions sur les statuts et coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français », *Revue critique*, n°100, 2011-1, pp. 21-38, et dans *Éléments*, *op. cit.*, pp. 241-251.

²²² Sur l'esprit et la méthode de l'œuvre de Dumoulin, en général, et son positionnement critique envers la méthode bartoliste (qu'il maîtrise avec assez de talent pour assurer un cours de droit romain à Tübingen), ses réserves envers la méthode humaniste et sa recherche d'une voie médiane, voir Jean-Louis THIREAU, *Charles Du Molin, 1500-1566*, *op. cit.*, pp. 128-209. Pour sa doctrine sur les conflits de lois, il en ressort que sa science du droit romain est mise au service d'une pensée profondément originale, nullement asservie aux dogmes, et attachée à rendre compte des pratiques coutumières et judiciaires de son temps.

refondateur du droit des conflits, il sait l'être, dès lors qu'il s'agit de subvertir les références formelles, les concepts et les méthodes de la doctrine italienne et de leur conférer un sens et une portée qu'ils n'avaient pas chez Bartole et chez Balde. Ainsi, le statut territorial est appelé à jouer un rôle de défense de l'ordre juridique coutumier, tant en matière d'intérêts disponibles qu'en matière d'intérêts indisponibles (Section 2nd). Sous la carapace du continuateur de la doctrine italienne, perce déjà le juriste coutumier, qui, derrière un appareil des plus classiques, développe une approche novatrice du conflit de lois en exposant des principes féconds et détachés de la vulgate statutiste : loi d'autonomie des parties, distinction entre intérêts disponibles et indisponibles.

Section 1^{ère}. La transposition de la doctrine italienne en droit français : les délits et l'interprétation passive extensive de la loi.

Si le jugement de l'historiographie traditionnelle qui voit en Dumoulin le dernier des bartolistes²²³ semble, encore aujourd'hui, n'avoir rien perdu de sa pertinence, c'est parce qu'il a su trouver dans les *Conclusiones* et dans le *De delictis* des arguments qui permettent de mesurer l'influence qu'a pu avoir la doctrine italienne sur le jurisconsulte parisien et, par conséquent, le rôle que ce dernier a pu jouer, à son tour, pour acclimater ces concepts et mécanismes de raisonnement au cadre intercoutumier de la France du XVI^e siècle. Pour ce qui est des statuts d'application impérative, la démonstration se vérifie à un double titre. D'abord, la deuxième dissertation de Dumoulin, le *De delictis*, s'inscrit directement dans la lignée de Bartole et de Balde et reprend, en substance, les grands principes autrefois dégagés par les grands maîtres. Il y développe toutefois une théorie sur la soumission tacite de l'étranger que Balde n'avait fait qu'ébaucher (§ 1). Ensuite, parmi les mécanismes qu'il reprend à son compte et qui étaient déjà présents dans la doctrine italienne, figure l'interprétation passive de la loi, qui confère au *jus commune* le rôle de juge-arbitre de l'extraterritorialité ou de la territorialité d'une coutume ou d'une disposition statutaire, pour peu que cette dernière satisfait au critère de la conformité matérielle au « bien commun, à la justice naturelle et à la raison du droit commun » (§ 2). Si Dumoulin semble pleinement souscrire à la théorie de Bartole en la matière, c'est au prix, toutefois, de la substitution, à la notion de *jus commune*, de celles de « bien commun et de justice naturelle », qui sont à même d'embrasser également le droit commun coutumier cher à l'auteur parisien.

§ 1. Le *De delictis* : la territorialité des statuts délictuels et leur extension aux étrangers.

La dissertation de Charles Dumoulin consacrée aux délits s'étend brièvement sur la question de la double compétence du *forum* et du *statutum (vel consuetudo) loci delicti*²²⁴ et semble reprendre les grandes lignes de la doctrine prônée par les bartolistes, sans manquer, toutefois, d'y apporter des nuances lorsqu'il le juge nécessaire. Dans cette dissertation, il n'évoque que le seul cas du délit qui est commis par un étranger sur le territoire de la cité ou à l'intérieur du détroit coutumier :

²²³ Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 1^{er}, Paris, 1888, p. 225 (à propos de Dumoulin, qu'il range parmi les auteurs de la doctrine italienne) : « En réalité, Dumoulin vient continuer et clore cette série de juristes qui, de l'auteur de la glose *Quod si Bononiensis* à Tiraqueau, furent animés d'une même pensée... Il procède comme ont procédé Fabre [Faure], Bartole, Balde et Saliceto [Saliceto]. Il a sous les yeux les travaux de ces auteurs et aussi ceux des Italiens et des Français du XV^e siècle... ».

²²⁴ S'adressant à des étudiants allemands formés au bartolisme, Dumoulin est naturellement porté à parler de *statutum*. Mais son discours, transposé en France, s'accommode tout aussi bien de la norme coutumière.

1) Ou le statut punit ce qui, de droit commun, constitue un délit et, alors, l'étranger qui le commet ici est soumis à la peine du statut, même si, probablement, il était dans l'ignorance de ce statut, et ceci pour une double raison. Premièrement, parce que, du fait du délit, il ressortit au tribunal et devient sujet de la juridiction du lieu, conformément à la loi *Quaestiones* et à l'Authentique *Qua in provincia* du titre *Ubi de criminibus agi oporteat* du Code (C. 3.15.1. et 2. ; Nouvelle 69, chapitre 1). Deuxièmement, parce qu'en se livrant à une activité illicite, il est censé s'obliger à ce qui en suit, et les lois du Digeste *Scientiam* du titre *Ad legem Aquiliam*, au paragraphe *Qui* (D. 9.2.45.4) et *Volgaris* du titre *De furtis*, au paragraphe *Si quis aes* (D. 47.2.21.2.), ainsi que le canon *Continebatur* du titre *De homicidio* du cinquième livre du *Liber Extra* (X. V, XII, 8) sont invoqués contre lui, et il est censé se soumettre à la peine déterminée pour cela, comme le soutiennent la loi *Imperatores* du titre *De jure fisci* du Digeste (D. 49.14.34) et Felino Sandeo sur le canon *Postulasti* du titre *De foro competenti* du *Liber Extra* (X. II, II, 14), à la deuxième colonne. C'est ce que soutiennent communément les Légistes d'ici et les canonistes, sur le canon *Ut animarum* du titre *De constitutionibus* du Sexte, ainsi qu'Alberico da Rosate dans la première partie de son *De statutis*, à la question XV & dans la troisième partie du même ouvrage, à la première question. Cela est vrai, quoique Jason défende le contraire dans sa première *Lectura*, au numéro 31 et dans sa deuxième *Lectura*, au numéro 69, comme le démontrent Giovanni d'Andrea, Gimignano Inghirami et Filippo Franchi sur le canon *Ut animarum* du titre *De constitutionibus* du Sexte (VI. I, II, 2) et Panormitain qui balance entre les deux opinions à propos du canon *A nobis* du titre *De sententia excommunicationis* du *Liber Extra* (X. V, XXXIX, 21). Je retranche : à moins que la peine ne soit exorbitante et n'excède de beaucoup la peine du droit commun, parce qu'alors l'étranger, vraisemblablement, l'ignorait, ce qui est présumé, comme l'indique la loi *Qui cum uno, in fine*, du titre *De re militari* du Digeste (D. 49.16.4.), et n'encourt pas cette peine, mais bien celle du droit commun, à moins qu'il n'ait manqué à la coutume coïncidente ou qu'il n'ait commis quelque atrocité, comme je l'ai dit dans mes annotations sur Filippo Decio, au canon *Ut animarum* précité (VI. I, II, 2), à la *Lectura 1*, au numéro 13. Mais l'étranger qui contrevient en connaissance du statut du lieu encourt, selon tous les Docteurs, la peine prévue par ce statut. La connaissance est présumée en cas de séjour prolongé en ce même endroit, ce qui est laissé à l'appréciation du tribunal, quoique Giasone del Maino [Jason], dans son *Consilium 83*, première colonne, qui figure au livre 1, retienne qu'une durée d'une année suffit ; et la même chose du citoyen de fraîche date.

2) Ou le statut punit le fait qui, de droit commun, n'est pas un délit et, alors, l'étranger qui l'ignore n'est pas tenu ; mais, au contraire, pour le citoyen qui l'ignorerait aussi, suivant la loi *Municipii lege* du titre *De decretis ab ordine faciendis* du Digeste (D. 50.9.6). Et c'est sous le regard de la qualité du fait qu'il convient d'apprécier la connaissance de l'étranger, s'il avait conscience du délit ou de la violation du statut et dans quelle mesure, comme le démontrent les lois du Digeste *Qui injuriae, in principio*, du titre *De furtis* du Digeste (D. 47.2.54 ou 55) et *Qui injuriarum* du titre *De injuriis et famosis libellis* (D. 47.10.43).²²⁵

²²⁵ Charles DUMOULIN, *De delictis, Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, p. 557 : *Aut statutum punit illud, quod etiam jure communi erat delictum, et tunc exterus ibi delinquens ligatur poena statuti, etiamsi probabilem ignorantiam statuti habeat, idque duplici ratione. Prima : quia ratione delicti sortitur forum, & efficitur subditus jurisdictioni loci, l. 1. & Authent. quae in provincia C. ubi de crimin. agi oport. Secunda : quia dando operam rei illicitae, censetur se obligare ad id quod inde consequitur, et illi imputantur, l. scientiam, § si quis, ff. ad leg. Aquil. l. vulgaris, § si quis est, de furtis, c. continebatur, de homicidio, & censetur sese subjicere poena : propter hoc statutae, l. imperat. de jure fisci. Felin. in c. postulati, col. 2, de foro compet. Ita tenent communiter Legistae hinc, et Canonistae in c. 2. de constitution. Alberic. in 1. parte statutor. quaest. 15. & parte 3 quaest. 1. Et est verum, quamvis contrarium teneat Jason hic, in lectura 1. num. 31. et in lectura 2. num. 69. Ioan. Andr. Geminian. Philip. Franc. in c. 2 de constitut. in 6. & Panormitan. vacillat. in c. a nobis l. 1. De sentent. excommunicat. Limite, nisi poena esset exorbitans et multum excedens poenam juris communis, quia tunc exterus probabiliter ignorans, quod praesumatur, l. qui cum uno, in fine de re milit., non debet puniri illa poena, sed poena juris communis, nisi concurrente consuetudine delinquendi, vel alia atrocitate delicti, ut dixi in annotation. ad Decium in c. 2. lectura 1. num. 13 de constit. Sed forensis, id est exterus si delinquat sciens statutum loci, secundum omnes Doctores punitur poena ejusdem statuti. Praesumitur autem id ex longa conversatione in eodem loco, quod est in iudicis arbitrio, quamvis Jas. in constit. 83, col. 1, lib. 1 dicit spatium anni sufficere ; et idem in novo Cive. Aut statutum punit factum, quod jure communi non est delictum, & tunc peregrinus ignorans non ligatur ; immo nec etiam civis probabiliter ignorans, l. ult. de decret. ab ordin. faciend. et in peregrino sciente consideranda est qualitas facti ; an habuerit animum delinquendi, vel statutum contemnendi, et quatenus l. qui injuriae, 53 in princip. ff. de furtis, et l. qui injuriarum ; ff. de injuriis,*

Par principe, et en conformité avec la directive énoncée par l'Authentique *Qua in provincia* (C. 3.15.2. ; Nouvelle 69, chapitre 1), l'étranger, à raison du délit qu'il a perpétré sur le territoire, est soumis à la *jurisdictio loci delicti* et, la compétence du juge déclenchant l'application de sa propre loi, il est jugé conformément à la législation qui y a cours. Mais Dumoulin prolonge cette argumentation très classique par une considération que la doctrine italienne, et, en particulier, Balde, n'avait fait qu'entrevoir et dont il importait de tirer pleinement les conséquences : « à raison du délit, il... devient sujet de la juridiction du lieu » (*ratione delicti... efficitur subditus jurisdictioni loci*)²²⁶. Ainsi, en commettant le délit, l'étranger s'est soumis, tacitement, à l'ordre public local et a accepté d'en subir les conséquences éventuelles qui sont, précisément, prescrites par la loi du lieu dont il a troublé, par ses agissements illicites, la tranquillité. L'idée de la soumission tacite, et présumée volontaire, de l'étranger n'est pas nouvelle, en doctrine, et Alberico da Rosate²²⁷ comme Balde²²⁸ avaient déjà pressenti qu'il y avait là une explication de la double règle de compétence en faveur du *locus delicti*. Mais, plus ouvertement que ses prédécesseurs, Dumoulin n'hésite pas à assimiler le *forensis*, l'*exterus* ou le *peregrinus* à un *subditus*, que les circonstances de fait ont amené ainsi à « choisir » la loi pénale à laquelle il s'attendait à être soumis pour ces mêmes faits qui lui sont reprochés. Le rôle de la volonté, déjà déterminant dans la doctrine de Dumoulin en matière de contrats, au travers de la loi d'autonomie des parties, ne l'est pas moins en matière pénale, quand bien même l'auteur ne se donne pas, dans cette courte dissertation, la peine de donner davantage de justifications à son assertion.

L'apport personnel de Dumoulin ne se résume pas à cette seule question de la soumission tacite du délinquant à la *lex loci delicti* : il fait également prévaloir ses vues, quant à l'ignorance de la peine qui peut être prononcée par un statut à l'encontre d'un délinquant, sur la doctrine traditionnellement reçue en la matière et qu'il s'approprie très largement par ailleurs. Ainsi, Dumoulin part de la distinction très classique entre le délit commis par l'étranger qui est prévu par le statut et par le droit commun et le délit qui n'est puni que par le statut seul :

1° Dans le premier cas, la conformité avec le *jus commune* conduit à l'application de la peine qui est, effectivement, fixée par le statut : alors, « le statut punit ce qui, de droit commun, constitue un délit et, alors, l'étranger qui le commet ici est soumis à la peine du statut, même si, probablement, il était dans l'ignorance de ce statut ». Si le statut (ou la coutume) remplit ce critère de conformité, c'est-à-dire si l'infraction est expressément prévue par le droit commun ou si le statut est largement partagé avec les cités voisines, l'étranger délinquant est soumis à la loi locale, sans pouvoir se prévaloir de son ignorance légitime. C'était déjà l'avis qu'exprimait Balde dans son Commentaire

et famos. libell.

²²⁶ En manifestant son adhésion à la plus pure tradition italienne, Dumoulin rompt avec ses prédécesseurs, Jean Masuer et Barthélémy de Chasseneuz, qui tenaient encore pour la compétence principale du *judex domicilii*. Sur les doctrines pénales de ces deux auteurs, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 188-193, et les références.

²²⁷ Alberico DA ROSATE, *De statutis*, livre III, *quaestio I*, Francfort, 1608, n°2, p. 211 : « Nous disons donc que, lorsqu'il s'agit du fond du procès, l'on doit observer la loi ou la coutume du lieu du contrat... Si, par conséquent, l'on doit observer (cette loi ou cette coutume) en matière contractuelle parce que le défendeur ressortit au tribunal du lieu, alors, l'on doit, pour la même raison, observer (la loi ou la coutume du lieu) en matière délictuelle, parce qu'à raison du délit, l'on ressortit au tribunal... » (*Dicimus quod quoad litem decisionem debet servare legem vel consuetudinem loci contractus... Si ergo servatur in contractibus, quia ibi Reus sortitur forum, ergo idem in delictis, quia ratione delicti, sortitur quis forum...*). Sur la doctrine de Rosate en matière délictuelle, voir, *supra*, pp. 79-82.

²²⁸ Sur la doctrine de Balde en matière délictuelle, voir, *supra*, pp. 90-94. Voir, aussi, au n°95 de son commentaire sur la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.) : « En effet, par cela seul qu'ils commettent le délit, ils consentent implicitement à la peine » (*eo enim ipso quod delinquant, impliciter in poenam consentiunt*).

sur la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.) et c'est devenu, depuis lors, l'*opinio communis*. De même que l'étranger est présumé se soumettre volontairement au statut ou à la coutume, de même, il est présumé connaître les dispositions du statut et avoir été à même de mûrir les conséquences avant de perpétrer son acte : « il est censé se soumettre à la peine déterminée pour cela ». *A fortiori*, est présumé connaître la teneur du statut le délinquant d'habitude, l'auteur d'un délit commis avec des circonstances aggravantes ou celui qui a séjourné suffisamment longtemps pour avoir pu, raisonnablement, s'informer de la législation particulière ayant cours en ce lieu : « l'étranger qui contrevient en connaissance du statut du lieu encourt, selon tous les Docteurs, la peine prévue par ce statut. La connaissance est présumée en cas de séjour prolongé en ce même endroit, ce qui est laissé à l'appréciation du tribunal (*arbitrium iudicis*) ». Dès lors, de la part des autorités chargées de la répression sur le territoire, ils n'ont aucune complaisance à attendre.

Toutefois, si inexcusable qu'il soit par rapport à la connaissance qu'il aurait dû avoir du statut, l'étranger n'est pas nécessairement soumis, dans tous les cas de figure, à la peine fixée par le statut. En effet, Dumoulin soulève, à cet égard, une réserve dont ne faisait pas état la doctrine antérieure : « je retranche : à moins que la peine ne soit exorbitante et n'excède de beaucoup la peine du droit commun, parce qu'alors l'étranger, vraisemblablement, l'ignorait, ce qui est présumé... et n'encourt pas cette peine, mais bien celle du droit commun, à moins qu'il n'ait manqué à la coutume coïncidente ou qu'il n'ait commis quelque atrocité ». Sauf le cas précité où les circonstances qui entourent le délinquant (récidive, gravité de l'acte, durée du séjour sur le territoire) lui en interdisent le bénéfice, Dumoulin reconnaît qu'à défaut d'échapper aux poursuites, l'étranger peut espérer une modération de sa peine lorsqu'il est réputé avoir ignoré la sévérité de la peine locale, qui déroge sur ce point au droit commun. Le caractère exorbitant de la peine est certainement laissé à l'appréciation souveraine du juge, qui, s'il prend conscience de l'écart entre le droit commun et le *jus proprium*, peut être enclin à mitiger la peine chaque fois qu'il est confronté à un délinquant étranger « de bonne foi ».

2° Dans le second cas, la non-conformité avec le droit commun (ou la singularité avec l'environnement statutaire ou coutumier) n'exonère le délinquant étranger que dans un seul cas : qu'il ait ignoré légitimement l'existence même d'une disposition locale à ce sujet, comme le soutenait déjà Balde en son temps. La conscience, ou non, d'avoir commis un délit qui va directement à l'encontre de l'ordre public local se fait, en la matière, déterminante et pèse sur le degré de culpabilité de l'étranger.

Derrière la concordance de ses vues avec la doctrine italienne héritée de Bartole et de Balde, et derrière la rupture avec les positions défendues par Jean Masuer ou encore Barthélémy de Chasseneuz, Charles Dumoulin ne manque pas de suivre une partition toute personnelle, qui l'incline à faire preuve d'originalité et de nuance. Comme le souligne, à juste titre, Henri Donnedieu de Vabres, « ces solutions sont empruntées, sauf quelques variantes, à la doctrine italienne. L'originalité de l'auteur réside dans la prépondérance qu'il accorde à l'élément psychologique. L'application du statut local est justifiée par la soumission tacite du délinquant à ce statut. Elle est écartée, exceptionnellement, dans les cas où son ignorance est présumée. Elle s'impose, au contraire, toutes les fois que le délinquant a prouvé, par son acte, son intention de braver le statut local. Ainsi, les idées de Dumoulin, sur la compétence pénale, se rattachent étroitement à sa doctrine sur l'autonomie de la volonté »²²⁹. Sans aller jusqu'à parler d'un « rattachement étroit »

²²⁹ Sur la doctrine de Dumoulin en matière pénale, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 193-196, et les références.

entre l'autonomie de la volonté et la soumission volontaire, il est tentant, à tout le moins, d'y voir une communauté de pensée certaine.

§ 2. L'interprétation passive extensive de la loi : la conformité au « bien commun, à la justice naturelle et à la raison du droit commun ».

L'une des marques les plus significatives de la fidélité de Charles Dumoulin à l'héritage bartoliste se manifeste dans son appropriation, très personnelle, du critère de la conformité, ou de l'absence de conformité, matérielle avec le *jus commune* comme vecteur de l'extraterritorialité ou de territorialité exclusive des dispositions statutaires ou coutumières. Selon la doctrine italienne, le champ d'application territorial d'un statut ou d'une coutume dépend de l'assentiment que donne le droit commun à sa teneur matérielle : si le statut ou la coutume satisfait à cette exigence, le droit commun accepte de transporter la norme locale au-delà de son ressort ou de son détroit ; si la norme locale s'avère contraire au droit commun, le droit commun la refoule étroitement *intra fines territorii*. Or, c'est, précisément, ce critère qui justifiait, chez Bartole puis chez Balde, l'avènement de la distinction entre le favorable et l'odieux, dont Balde lui-même avait précisé l'étendue et les limites. Cette théorie, que Bartole qualifie lui-même *interpretatio extensiva passiva legis* dans sa *Repetitio* sur la loi *Omnes populos* (D. 1.1.9.)²³⁰ a été reprise et affinée par ses successeurs et, en particulier, par Raffaele Fulgosio à la fin du XIV^e et au début du XV^e siècle²³¹. Si Bartole semble se limiter à la seule question de l'interprétation des statuts à l'aide de la loi romaine et du pouvoir confirmatif de celle-ci lorsque les statuts y dérogent expressément, c'est à Fulgosio qu'il appartient d'en déduire « l'effet extraterritorial et universel » (Eduard-Maurits Meijers)²³². Prolongeant la réflexion de ses prédécesseurs, Dumoulin assoit explicitement l'extraterritorialité des statuts sur cette interprétation passive dans la troisième partie de ses *Conclusiones* :

[III – 3]. Deuxièmement : *soit le statut* [portant sur des intérêts indisponibles] *dispose sur la personne* et, alors, il ne s'étend pas aux étrangers, qu'il y aille de la capacité ou de l'incapacité de la personne ;

²³⁰ BARTOLE, *Repetitio* sur la loi *Omnes populos* (D. 1.1.9.), n°60 : « En quatrième lieu, je demande si les statuts peuvent recevoir une interprétation extensive... Tu diras qu'il faut se demander si les statuts reçoivent une interprétation extensive active, à savoir si l'interprétation s'étend aux cas qui ne sont pas prévus par le statut, ou une interprétation extensive passive, à savoir si les lois s'étendent aux statuts. Dans le second cas, lorsque l'interprétation est passive, alors je réponds : oui, indistinctement... Par exemple : un statut confirme un testament qui n'a pas de valeur au regard du droit commun : est-ce que la Loi Falcidia, le sénatus-consulte Trebellien et les autres lois testamentaires s'étendent à ce testament ? Certainement, oui » (*Quarto quaero utrum statuta recipiant interpretationem extensivam... dic aut queris utrum statuta recipiant interpretationem extensivam active, hoc est utrum extendatur ad casus in statuto non comprehensos an passive, hoc est utrum leges se extendant ad statuta... Secundo casu quando passive, tunc indistincte dico quod sic... Exemplum : statutum confirmat aliquod testamentum quod de jure communi non valet ; utrum lex Falcidia, Senatusconsultum Trebellianicum et aliae leges testamentariae se extendant ad hoc testamentum ? Certe sic* ; cité par Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 626-627, note 1 de la page 626). La *Repetitio* de Bartole est explicitement mentionnée par Dumoulin, aux n°3 et 4 de la troisième partie de ses *Conclusiones*.

²³¹ Raffaele FULGOSIO, *Commentaria in Codicem*, à la loi *Cunctos populos* (C.1.1.1.), n°21-22 : « Mais les raisons alléguées ici par Bartole ne touchent pas leur cible, parce que le testament fait par un paysan tire sa force de l'autorité de l'Empereur romain qui étend son pouvoir en tous lieux. Mais, dans notre cas, il s'agit d'un testament passé conformément au statut de Venise, qui n'étend pas ses forces au-delà du territoire. Cependant, l'argumentation de Bartole emporte la conviction, car les statuts municipaux, même s'ils ne reçoivent pas d'interprétation active, reçoivent une interprétation passive... » (*Sed hic allegata per Bartolum non stringunt quia testamentum factum a rustico tenet auctoritate Imperatoris romani qui extendit suam potestatem in omni loco. At in nostro casu est factum testamentum secundum Venetorum statutum, quod non extenditur ultra territorium. Tamen argumentum Bartoli perstringitur. Nam statuta municipalia, etsi non recipiant interpretationem extensivam active, recipiunt tamen passive...* : extrait de *In D. Justiniani Codicem commentariorum tomus primus*, Lyon, 1547, loi *Cunctos populos*, n°21-22, p. 4 au verso, 2^e colonne).

²³² Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 626-627, note 1 de la page 626.

donc, si le statut de telle ville prescrit que les contrats passés par les mineurs de moins de vingt-cinq ans ne valent que du consentement de leurs proches et de l'autorité du juge, il n'atteint que les sujets de sa juridiction. Ainsi, sans ces solennités, le mineur ne pourra, même hors de son pays, donner à bail des immeubles qui y sont situés ; mais il le pourra si les immeubles sont ailleurs à l'étranger. C'est que, tout en disposant de la personne, le statut se restreint aux choses situées sur son territoire. Et le mineur étranger pourra, en le ressort même, disposer des choses qui y sont situées ; quoique celui qui est pourvu d'un tuteur ou d'un curateur par le juge compétent soit entravé par la tutelle ou curatelle à l'égard de n'importe lequel de ses biens en n'importe quel lieu que celui-ci se trouve. Ceci ne procède pas de l'autorité du seul statut, mais aussi de l'autorité du droit commun qui, par le jeu de l'interprétation passive de la loi, a effet en tout lieu, comme Bartole, Balde, Jason [Giasone del Maino], sur la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.) et Pietro d'Ancharano dans sa *Repetitio* sur le titre *De constitutionibus* du *Liber Extra*, au canon *Canona statutum* (X. I, II, 1), question 12, colonne 50, le professent, quoique sans invoquer cette raison.

4. L'interprétation passive de la loi concerne toutes les dispositions (statutaires), seraient-elles odieuses – comme le rappelle Bartole, sur la loi *Omnes populi* du Digeste (D. 1.1.9.) – sauf celles qui sont carrément exorbitantes, comme je l'ai déjà dit dans mon traité *in regulas Cancellaria Romana*. Certes, le propos visait la tutelle ou curatelle qui, en tant que telle, concerne la personne, mais non la jouissance légale, qui s'ajoute au droit d'administrer les biens du pupille ou du mineur. Un tel droit exorbitant ne s'étend pas au-delà des biens situés dans le ressort du statut qui le confère, parce qu'il porte davantage sur les choses et les biens qu'il n'entre dans le gouvernement de la personne, même si le tuteur ou curateur a le soin de la personne. C'est qu'ayant le soutien du droit commun, la protection de la personne s'étend ainsi partout : au contraire, le droit de faire les fruits siens, parce qu'il est réel, ne peut se porter hors du lieu où le statut l'accorde, comme je l'ai dit sur le titre VIII de la Coutume de Paris²³³. Ensuite, si le statut dit : « que le fils de famille peut disposer par testament », le sujet fils de famille pourra faire son testament partout et disposer de ses biens partout, autant que l'y autorise sa capacité de tester. C'est que le statut peut émanciper de manière générale, donc y compris pour les autres actes. Mais l'étranger ne peut disposer même des biens situés dans le ressort du statut, y serait-il présent, sauf à y fixer son domicile. Dès que le statut porte principalement sur la personne et seulement par voie de conséquence sur les immeubles, il ne s'étend pas aux choses situées dans les lieux soumis au droit commun ou à un statut différent, à moins que ce statut ne supprime un empêchement personnel parce qu'il peut affranchir un sujet de tout, y compris de la puissance paternelle²³⁴.

Les *Conclusiones* se déclinent en trois parties, qui, chacune, portent sur l'objet même du statut : la première partie regarde les statuts qui disposent de la forme ou solennité de l'acte (I),

²³³ Charles DUMOULIN évoque l'interprétation passive dans son *Commentaire* sur l'article 99 de l'ancienne coutume de Paris, au titre VIII sur la garde noble, au n°2 (*Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 1, p. 864).

²³⁴ Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, pp. 554-557 : *Secundo : Aut statutum agit in personam, & tunc non includit exteros, sive habilitet, sive inhabilitet personam, unde si statuto hujus urbis cavetur, quod contractus facti per minorem 25 annis non valeant sine consensu suorum propinquorum, & autoritate Judicis, non intelligitur, nisi de subditis suae jurisdictionis* per text. l. in fin. de curat. & tutor. dat. ab his. *Unde minor dicti loci non poterit etiam extra locum praedia in eo territorio sita locare sine dicta solemnitate : Sed bene extra locum praedia alibi sita. Quia in quantum agit in personam, restringitur ad sitas intra suum territorium. Exterus autem minor annis poterit etiam de sitis intra locum dicti statuti etiam inter locum disponere : Quamvis is, qui datus est tutor vel curator a suo competenti iudice, sit inhabilitatus propter tutelam et curam, ubique locorum pro bonis ubicumque sitis. Quia non est in vim statuti solius, sed in vim juris communis, & per passivam interpretationem legis, quae locum habet ubique. Bart. Bald. & Ias. hic. Anchar. in dict. c. I. quaestion. 12, col. 50, licet non reddant hanc rationem. Passiva autem legis interpretatio in omnibus etiam odiosis locum habet, ut per Bart. in l. omnes populi, ss. de justit. & jure. nisi nimium exorbitantibus, ut dixi in tractatu, in regulas Cancellaria Romana. Quo diximus de tutela vel cura, verum est in propria, quae agit in personam, sed non in jure non solum administrandi : sed etiam facendi fructus suorum pupillorum vel minorum. Quia tale jus exorbitans non extenditur ultra bona sita in loco suo, quia hoc respectu magis est in res vel in bona, quam potestas in personam, etiamsi talis custos vel administrator habeat curam personae. Quia cura, quae habet concursus juris communis, bene extenditur ubique : secus de jure faciendi fructus suos : Quia est reale, nec potest locum statuentis excedere, ut dixi in Consuetud. Par. tit. 8. in rubric. (traduction Bertrand ANCEL précitée, note 221). Pour faciliter la lecture, nous reprenons la subdivision par paragraphe introduite par le traducteur.*

puis, Dumoulin abordant ensuite la substance même des rapports de droits, la seconde évoque les statuts qui portent sur les intérêts qui dépendent de la volonté des parties, ou « intérêts disponibles » (II) et, enfin, la troisième traite de la question des statuts qui portent sur les intérêts qui ne dépendent plus de la volonté des parties, mais du seul pouvoir de la loi, ou « intérêts disponibles » (III). La *summa divisio* de sa théorie est donc celle qui distingue ces deux types d'intérêts. Dans la troisième et dernière partie, l'auteur subdivise, une nouvelle fois, en distinguant les statuts réels et les statuts personnels²³⁵. Charles Dumoulin se révèle, à cette occasion, subtil statutiste, et même subtil jusqu'à l'excès.

Par définition, seuls les statuts personnels, parmi les statuts portant sur des intérêts indisponibles, peuvent prétendre à l'extraterritorialité, la nature et la condition même des immeubles les vouant à une territorialité absolue et enchaînant les statuts réels, de manière presque inconditionnelle, à la terre. Les statuts personnels se prêtent donc aisément au jeu de l'interprétation (extensive) passive de la loi, entendue, en l'espèce, comme la « loi romaine », qui est l'incarnation la plus pure du *jus commune*.

Pour illustrer le jeu de l'interprétation passive, Dumoulin s'appuie sur le cas du statut qui assortit la capacité spéciale d'exercice du mineur de vingt-cinq ans (en l'occurrence, sa capacité contractuelle) aux formalités *ad validitatem* que sont le consentement de la famille et l'autorité du juge²³⁶. Si les formalités sont satisfaites, le mineur *subditus* peut, alors, exercer cette capacité – comme donner des immeubles à bail – sur les biens situés dans son pays comme sur ceux qu'ils possèdent à l'étranger. Le statut personnel connaît, donc, dans ce cas, une portée extraterritoriale et bénéficie de l'interprétation passive. Mais, si les formalités sont méconnues, alors, le mineur est privé de cette faculté seulement en ce qui concerne les biens qui sont à l'intérieur du territoire et non ceux qui sont à l'étranger, car Dumoulin considère que la capacité statutaire se limite aux seuls confins du territoire. Le statut personnel connaît, donc, une portée purement territoriale. De ce point de vue, un « statut qui dispose sur la personne » peut se voir assigner des effets personnels (en réglant la capacité de ses sujets) et réels (en se restreignant aux seuls biens situés dans son territoire). Si ce statut particulier est ainsi refoulé à l'intérieur de ses propres frontières, c'est bien parce qu'il est dérogoratoire au droit commun²³⁷ et se voit refuser le bénéfice de l'interprétation passive. Comme le rappelle Dumoulin, au paragraphe n°3, *in fine*, « ceci ne procède pas de l'autorité du seul statut, mais aussi de l'autorité du droit commun qui, par le jeu de l'interprétation passive de la loi, a effet en tout lieu ».

Selon Dumoulin, le statut personnel prescrivant une incapacité spéciale de contracter, parce qu'il déroge au droit commun, ne peut prétendre porter ses effets au-delà de son territoire : avec cet exemple, il renoue avec la distinction des statuts odieux et des statuts favorables, tel que

²³⁵ Sur cette distinction essentielle pour comprendre la manière dont Dumoulin envisage les statuts portant sur des intérêts indisponibles, voir l'éclairante analyse qu'en livre Philippe MEYLAN, « Les statuts réels et personnels dans la doctrine de Du Moulin », *Mélanges Paul Fournier*, Paris, 1929, pp. 511-526.

²³⁶ Pour un exposé plus complet sur cette question, extrêmement déroutante, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 325-329, qui parle, à ce sujet, de « loi de capacité hybride » (c'est-à-dire mélangée d'effets réels et d'effets personnels).

²³⁷ Si le droit romain interdit au mineur de vingt-cinq ans de disposer librement de ces biens, le plaçant sous curatelle (sauf *venia aetatis*), cette interdiction souffre, toutefois, des aménagements qui ouvrent la voie à une capacité spéciale : ainsi, avec le concours de son curateur, il peut disposer de ces biens. Si une coutume prescrit une interdiction absolue, sans intervention possible d'une autorité, elle contrevient au droit commun, au contraire de la coutume qui prévoit les modalités d'intervention d'une autorité au soutien des actes contractés par le mineur. Sur le fonctionnement de la curatelle (tutelle dans l'Ancien droit), voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.* n°326, pp. 407-409, n°335-337, pp. 416-420 et n°340-342, pp. 423-426.

l'envisageait déjà Balde, en s'appuyant sur un cas qui présente tous les aspects d'un statut favorable (théoriquement incapable, le mineur de vingt-cinq ans se voit octroyer, sous conditions, une capacité à agir qui lui est normalement refusée), mais avec tous les effets d'un statut odieux. Un tel statut touche de près l'ambivalence de la notion même de protection : la capacité spéciale du mineur à agir sur ses biens est, en l'espèce, mise sous contrôle afin de protéger le patrimoine contre les actes inconsidérés que son immaturité pourrait lui faire commettre.

Chez Charles Dumoulin, l'intermédiation du droit commun est plus que jamais nécessaire pour décider de la territorialité ou de l'extraterritorialité d'une telle disposition, si tant est que les conditions qu'elle pose sont remplies : « L'interprétation passive de la loi concerne toutes les dispositions (statutaires), seraient-elles odieuses... sauf celles qui sont carrément exorbitantes » (n°4, *in principio*). Ce faisant, l'auteur réduit à quia la portée pratique de la distinction entre statuts favorables et statuts odieux, en postulant que les deux types de statuts peuvent bénéficier de l'interprétation passive, à condition qu'ils entrent en conformité avec les exigences matérielles véhiculées par le droit commun. En revanche, il exclut les dispositions exorbitantes, confinées à une territorialité absolue et enfermées dans le ressort où elles sont appelées à produire les effets qui sont attendues d'elles : il illustre ce caractère exorbitant en évoquant le droit de jouissance légale (l'usufruit) du tuteur ou du curateur sur les biens du pupille. Disposition strictement réelle, par son objet, et territoriale, par son effet, et qu'il ne faut pas confondre avec la protection de la personne du mineur, le droit d'usufruit qui serait prévu par un statut ne peut être admis au rang des statuts personnels susceptibles de bénéficier de l'interprétation passive.

L'interprétation passive s'est donc substituée progressivement à la distinction odieux/favorable qui avait déjà été mise à mal par la lecture qu'en avait faite Balde et qui, sans disparaître totalement chez Dumoulin, ne joue plus qu'un rôle essentiellement ornemental²³⁸. Mais la logique qui préside à l'interprétation passive évoque immanquablement la fonction que remplissait l'antique distinction chez Bartole : l'autorité locale est en droit de réglementer une institution – comme la capacité, la tutelle ou le testament (évoqué au n°4, *in fine*) – car elle dispose d'un pouvoir général en matière statutaire, que lui concède et que lui reconnaît son souverain (*specialia generalibus derogantur*). Mais les effets de droit qui s'attachent à cette prescription particulière n'ont vocation à s'appliquer partout qu'à la condition que le droit commun en décide ainsi (*favorabilia sunt ampliandi, odiosa sunt restringenda*)²³⁹. Le critère de conformité matérielle des dispositions spéciales aux dispositions générales garde, sous une forme différente et, sans doute, plus complexe encore à mettre en œuvre, un rôle prépondérant dans la défense de l'ordre juridique commun face aux particularismes locaux, qui risqueraient, s'ils sortaient leurs effets à l'étranger, de semer le trouble dans les autres ordres juridiques particuliers. A travers le recours à l'interprétation passive de la loi, qui sanctionne, en les cantonnant dans leur territoire, les « dispositions exorbitantes », se laisse entrevoir une préfiguration de la moderne exception d'ordre public, en faveur du *jus commune*.

En dépit de l'attachement de l'auteur au droit romain et à l'héritage bartoliste, Charles Dumoulin ne manque jamais, dès lors que sa dissertation le porte à évoquer directement des exemples tirés du droit coutumier, de faire entendre sa singularité vis-à-vis des successeurs du

²³⁸ Voir, *contra*, Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 302-303, qui parle de « l'absence de distinction entre dispositions favorables et odieuses » chez Dumoulin, alors qu'il serait plus juste de parler d'un « effacement » ou d'une « mutation ».

²³⁹ Sur les origines de la locution et son apparition chez Bartole, voir Laurent MAYALI, « La notion de « *statutum odiosum* », *op. cit.*, pp. 57-69. Voir Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, p. 626.

maître de Sassoferato et d'ajuster les concepts romains aux exigences propres à l'ordre juridique du Royaume. S'il invoque encore, à propos de l'interprétation passive, le *jus commune*, son échelle de valeurs n'est plus la même lorsqu'il envisage l'environnement coutumier propre à la France. Le juriste gallican, qui lançait encore, en 1546, un vibrant plaidoyer en faveur de l'unification des multiples coutumes en une seule, dans son *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae*, et qui y appelait de ses vœux la formation d'un droit authentiquement national, qui puiserait ses racines dans le fonds commun coutumier, où les facteurs d'unité l'emporteraient sur les facteurs de dissemblance, entend s'affranchir de la conception restrictive que la notion de *jus commune* impérial et universel laisse percevoir. Rompant avec la tradition reçue en ce domaine, il substitue ainsi, à la notion de *jus commune*, celles de « bien commun, de justice naturelle et de raison du droit commun » (*bonum universum, justitia naturalis et ratio juris communis, Conclusiones*, III, n°7). L'évolution de la terminologie n'est pas due au hasard : confronté à un exemple proprement intercoutumier, il ne peut admettre que le droit romain est le droit commun de la France. C'est pourquoi il préfère adjoindre à la *ratio scripta* du droit romain des valeurs communément partagées par l'ensemble des hommes, telles que le bien commun et la justice naturelle²⁴⁰, et qui, par leur degré de généralité, ne peuvent se réduire au seul ensemble impérial. Le droit commun coutumier peut très s'identifier à de telles valeurs, tout comme le droit romain. Si, à Tübingen, le droit romain règne en maître, l'enseignement de Dumoulin, transposé dans la France du XVI^e siècle, conduit nécessairement à faire endosser au droit coutumier la mission de constituer ce fond commun d'équité et de rationalité à même d'évaluer l'extraterritorialité ou la territorialité à laquelle peut prétendre telle disposition coutumière. Dans ces perspectives, les « coutumes princesses », chères au juriste parisien, sont à même de remplir, au niveau régional, le rôle de contrôle matériel à l'égard des coutumes locales, comme le remplit le droit romain à l'égard des statuts²⁴¹.

Terminant ces *Conclusiones* en passant en revue les statuts personnels, Charles Dumoulin, après avoir envisagé un statut prohibitif que Bartole n'aurait pas manqué de qualifier de « odieux » (celui qui interdit les donations entre époux, *Conclusiones*, n°5), aborde ensuite l'exemple d'un statut permissif (n°6-7), qui correspond, en réalité, à une disposition de la coutume de Normandie :

[III – 6] Je retranche [des statuts personnels territoriaux] : à moins que le statut ne soit fondé ni sur la volonté pure et simple du législateur (*hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*), ni sur le seul motif de la conservation des biens, mais sur une raison touchant au bien commun et soutenue par la justice naturelle ou par le droit commun, comme, par exemple, cette coutume de Normandie d'après laquelle la femme qui a vendu son immeuble propre avec le consentement ou l'autorisation de son mari peut, après le décès de celui-ci, révoquer la vente. Cette coutume s'applique à ses sujets, non seulement quant aux biens de Normandie, mais aussi quant aux biens situés en tous autres lieux. C'est que la raison de cette règle est que les femmes en Normandie sont, comme des servantes, soumises à leurs maris, lesquels sont, en général, avarés et fraudeurs ; pareilles mœurs locales font présumer la fraude du chef du mari et la juste crainte du chef de la femme mariée et résidant en Normandie.

²⁴⁰ Comparer avec Phocion FRANCESCAKIS, « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Jacques Maury*, t. 1, pp. 113-152, spéc. n°13 et n°28.

²⁴¹ Charles DUMOULIN, *Commentarii in consuetudines Parisienses*, Paris, 1576, tome I, Epitomé, n° 109 *in fine* : « Il est vrai qu'il existe certaines coutumes plus générales que d'autres, des coutumes princesses auxquelles il faut se référer lorsqu'on est aux prises avec des coutumes voisines » : *Verum est quod quaedam (consuetudines) sunt generaliores aliis, quaedam propriae (praecipuae) ad quas cum vicinis recurrendum*. Sur ces coutumes princesses comme droit subsidiaire en cas de silence des coutumes locales, et sur leur lien avec le droit commun coutumier, voir Jean-Louis THIREAU, *Charles Du Moulin, 1500-1566, op. cit.*, pp. 98-99, et la note 233.

[7.] Cette raison vaut où que les biens soient situés, à Paris, à Lyon ou en Allemagne. Ainsi l'impose le concours de la justice naturelle et de la raison du droit commun, comme le démontrent la loi *Jusjurandum*, au paragraphe *Quae onerandae*, du Digeste (D. 44.5.1.5.) et Bartole, à cet endroit. Mais non, tout au contraire, dans le cas d'une vente par la femme d'un citoyen de Paris ou d'autre lieu où les épouses sont traitées avec plus de douceur. Pareil statut ne s'appliquerait pas même pour les biens situés en Normandie, le contrat y aurait-il été conclu, tant parce que la femme n'y serait pas sujette que parce que son motif manquerait²⁴².

La coutume normande ouvre, en l'espèce, la faculté à la veuve de révoquer la vente, consentie ou autorisée par son mari, d'un immeuble qui lui appartenait en propre, et ce après le décès de son époux. Dumoulin livre l'interprétation qu'il donne de cette disposition : l'intention du législateur aurait été de parer à l'esprit de fraude, qui animerait les maris normands au détriment de leurs femmes, et qui les inciterait à faire pression sur celles-ci afin qu'elles s'engageassent, sur leurs propres, afin de couvrir les errances de leur propre gestion et de contourner ainsi l'incapacité velléienne. Dans le régime dotal normand, ou *maritagium*, le mari ne devient pas propriétaire des immeubles dotaux de son épouse : il en a la simple jouissance et doit en assurer la bonne administration, sans avoir le pouvoir de les aliéner. Il ne peut, dit la coutume, « encombrer le mariage de sa femme ». Les obligations contractées par son mari défunt, et, plus encore, la vente de ses immeubles par celui-ci, au cours du mariage ne lui sont pas opposables. En principe, l'épouse n'avait pas, elle-même, le pouvoir d'aliéner ses immeubles dotaux, ceux-ci étant frappés par la coutume d'une inaliénabilité totale. Mais ce principe n'était pas sans connaître quelques aménagements, pour les nécessités du ménage, qui nécessitent le consentement ou l'autorisation du mari. L'action possessoire offerte à la femme ou à ses héritiers équivaut à une action en réintégrande et figure sous l'appellation de « bref de mariage encombré » à l'article 537 de la Coutume de Normandie de 1583²⁴³.

Le bref de mariage encombré, statut permissif s'il en est, produit ainsi un effet extraterritorial et universel grâce au « concours du bien commun, de la justice naturelle et de la raison du droit commun », concours dans lequel le *jus commune* n'intervient pas au titre de la gestion verticale, mais, indirectement, par l'intermédiaire de la *ratio scripta*. Le mode d'organisation des rapports intercoutumiers est propre au Royaume et fait désormais abstraction de tout recours au droit romain. En l'occurrence, l'extraterritorialité se met au service de l'intention du législateur et paralyse les conséquences éventuelles de la fraude dont se serait rendu coupable le mari. Mais le bref de mariage encombré est relié si fortement à l'ordre juridique normand qu'il semble, de l'aveu même de Dumoulin, faire obstacle à l'application, sur les biens situés à l'intérieur de la province, de

²⁴² Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, pp. 554-557 : *Sublimo : nisi statutum non fundaretur in sola voluntate : sic volo sic jubeo, &c, nec sola ratione conservandorum bonorum sui territorii, sed in ratione boni universi, & in causa habente concursum justitiae naturalis, vel juris communis, ut Consuetudo Neustriae : quod uxor vendens haeredium viro antebore, vel cum eo possit post mortem viri revocare. Habet enim locum in subditis non solum pro bonis sitis in Neustriae, sed etiam ubique. Quia ratio constitutionis est, quoniam in Neustria mulieres sint ut ancillae multum viris suis subditae, qui sunt avari et fraudatores ut plurimum, ita quod praesumptio fraudis in viro Normano, & justis timoris in foemina nupta habitandi in Neustria propter mores loci. Haec autem ratio concludit ubique sive Parisiis, Lugduni, vel in Germania sita sunt. Et etiam naturalis justitia & ratio juris communis concurrunt l. 1 § quae onerandae. & ibi Bartol. ss. quar. rer. act. non datur, secus in uxore civis Parisiensis, vel alterius loci, ubi lenius tractantur. Quia etiam pro bonis praediis sitis in Neustria statutum locum non haberet, etiamsi ibi contractus fieret, tum quia non est subdita, tum quia cessat ratio.*

²⁴³ Sur le bref de mariage encombré et le *maritagium* normand, voir Jean BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e édition, 2009, pp. 282-283. Sur le conflit de coutumes qui y est attaché, voir Roger KNECHT, *Des conflits des coutumes matrimoniales de Paris et de Normandie à partir du seizième siècle*, Paris, 1909, pp. 44-45 et pp. 145-179 (qui évoque Louis Froland, qui, au XVIII^e siècle, verra dans le bref de mariage encombré une « loi impérative » dont l'extraterritorialité déroge à la réalité des statuts).

la coutume parisienne autorisant la vente par une épouse parisienne de ses immeubles. La qualification de statut personnel n’y change rien : le permissif se mue en prohibitif²⁴⁴.

L’exemple du bref de mariage encombré comme statut permissif révèle également ces contraires : Charles Dumoulin l’oppose, en effet, au statut qui est « fondé sur la volonté pure et simple du législateur ou sur le seul motif de la conservation des biens ». Face à un tel statut, l’extraterritorialité est neutralisée et les motifs qui en conduisent l’application suffisent à faire barrage à tout statut ou toute coutume venus de l’extérieur. Se dessine alors, furtivement, en opposition avec l’interprétation passive de la loi, sous la plume de Dumoulin la figure d’un statut prohibitif à valeur impérative, qui, dans le prolongement de la définition qu’en donnait Balde, tend à la « conservation des biens » dans la famille, et se charge de défendre ainsi un intérêt qui dépasse, de beaucoup, l’*utilitas privatorum*. C’est ce statut prohibitif qui est, précisément, à l’œuvre, mais toujours à titre d’exception, dans les différentes questions de droit qui touchent la fameuse distinction entre les intérêts disponibles et les intérêts indisponibles.

Section 2nde. Le statut territorial en droit coutumier : la défense de l’ordre juridique local au travers de la distinction entre intérêts disponibles et intérêts indisponibles.

Statut territorial ou statut prohibitif, selon que l’on mette l’accent sur l’un ou l’autre de ses caractères, le statut ou la coutume qui endosse cette fonction au regard du législateur particulier qui en est la source a vocation à déployer ses effets dans le cadre du mode de gestion horizontal que présuppose l’ordonnement juridique des coutumes au sein du royaume de France. Considéré indépendamment de tout héritage romaniste, il intervient, à titre exceptionnel, comme instrument de préservation des intérêts d’un statut ou d’une coutume en particulier face au libre jeu des statuts ou des coutumes. Si l’importance du rôle qu’il joue dans la doctrine de Dumoulin ne saurait être surévaluée, il appartient néanmoins de discerner ces interventions, et l’action régulatrice qu’elles emportent, à travers les différents types de statuts que passe en revue le jurisconsulte parisien dans ses *Conclusiones*. D’abord, et parce que ce sont les hypothèses les plus exceptionnelles, la territorialité d’un tel statut ou d’une telle coutume doit s’apprécier au regard des dispositions qui portent sur des intérêts disponibles, c’est-à-dire à chaque fois que l’autonomie de la volonté des parties, en principe libre, agissant en tant que la loi propre à l’acte qu’elles entendent accomplir, se heurte néanmoins à l’intransigeance d’un statut (ou de la coutume) à valeur impérative : le cas de figure peut se rencontrer tant en matière de régime dotal (§ 1) qu’en matière de renonciation à une succession (§ 2). Ensuite, dans un domaine où la volonté du législateur se fait plus présente, comme celui qui préside aux intérêts indisponibles, le jeu du statut ou de la coutume à valeur impérative apparaît comme plus naturel, sans perdre, pour autant, son caractère exceptionnel : ainsi en est-il de la succession ab intestat (§ 3) et de certaines incapacités spéciales de protection (§ 4), qui peuvent faire appel, ponctuellement, à des considérations d’intérêt général.

§ 1. Le statut territorial à l’aune des intérêts disponibles : le régime dotal.

Parmi tous les éléments de la théorie des conflits de lois à mettre au crédit de Charles Dumoulin, il ne fait guère de doute que la théorie de l’autonomie de la volonté, en matière

²⁴⁴ Dans le même sens, voir, *infra*, la jurisprudence des Parlements de Paris et de Rouen sur l’incapacité velléienne normande, pp. 554-563.

contractuelle comme en matière matrimoniale, demeure le plus important et le plus emblématique. Portant la considération pour *l'utilitas privatorum* à son plus haut niveau d'expression, le *consilium LIII* rendu en 1525 en faveur de Jean de Brinon, neveu et héritier de la veuve du chancelier Jean de Ganay (vers 1455-1512), est resté fameusement célèbre pour avoir énoncé les éléments constitutifs de la théorie de l'autonomie de la volonté²⁴⁵, que Charles Dumoulin a reprise dans la première partie de ses *Conclusiones*, précisément relative aux intérêts disponibles, et pour avoir été consacré par un arrêt du Parlement de Paris en juillet 1527²⁴⁶. La démonstration qu'avait développée, à l'époque, l'avocat auprès du Parlement de Paris, au sujet de la loi applicable à la communauté matrimoniale, en l'absence de convention expresse, est étendue aux contrats par le professeur qui enseigne à Tübingen en 1553²⁴⁷. Tirant les pleines conséquences du principe de l'autonomie des volontés, et de l'idée de convention, expresse ou tacite – notamment, en choisissant de fixer le domicile conjugal au lieu dont ils entendent faire le siège de leurs intérêts –, conclue par les époux, qui en découle directement, Charles Dumoulin démontre, dans ses *Conclusiones* (II, n°8-12), que le raisonnement qui vaut en matière de communauté matrimoniale peut parfaitement être étendu au régime dotal. En défendant la thèse d'une identité parfaite entre la convention tacite et la convention expresse, qui permet ainsi à la « force [d'un] pacte tacite épousant la forme du statut » de régler les rapports pécuniaires entre époux, le jurisconsulte est obligé de soulever une exception à cette règle, exception dont il ne mesure que trop qu'elle correspond à une pratique encore courante dans la France coutumière²⁴⁸ :

[II – 11.] Autrement en irait-il, cependant, si le statut était absolu et prohibitif, les conventions contraires ne pouvant s'y opposer ; alors, il ne pourrait excéder les limites de son territoire, à moins qu'il ait été convenu d'un tel bénéfice. Une convention étend son effet en tout lieu, mais non pas un simple statut, par sa seule et simple force de statut...²⁴⁹

Par cette observation, Charles Dumoulin confronte la loi d'autonomie des parties à un statut dérogeant au droit commun, situation que le *Consilium LIII* ne lui avait pas donné l'occasion d'évoquer. En effet, l'existence même d'un statut *absolutum et prohibitorium* au lieu même où se trouve le domicile marital, où est présumé, en matière dotale, se situer le contrat de mariage tacitement conclu entre les époux, fait obstacle à la présomption elle-même. Parce qu'il s'isole ainsi de l'ordre juridique commun, le statut ne peut que se confiner dans son propre territoire. En interdisant toute convention matrimoniale, il neutralise, à la racine, toute tentative d'interpréter le choix du mari d'y fixer le domicile conjugal comme le choix tacite des époux : comment pourrait-

²⁴⁵ Sur les contrats et les régimes matrimoniaux dans la doctrine de Dumoulin, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, op. cit., pp. 305-310 et 310-314.

²⁴⁶ Sur la postérité de la règle énoncée dans la « Consultation 53 », voir Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, « Annotations sur la consultation 53 de Du Moulin traduite en français », *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, 2008, pp. 1-19, et la traduction de la Consultation, *eod. loc.*, ainsi que Bertrand ANCEL, *Eléments*, op. cit., pp. 227-240.

²⁴⁷ Sur la longue route effectuée par la loi d'autonomie en matière contractuelle vers la consécration jurisprudentielle, voir l'arrêt *American Trading* (Cour de cassation, chambre civile, 5 déc. 1910), Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e édition, 2006, n°11, § 3-5, aux pp. 96-98.

²⁴⁸ Chez les juristes de l'École hollandaise du XVII^e siècle, cette exception deviendra le principe, en réaction, précisément, aux excès qu'ils perçoivent et condamnent dans la doctrine de Dumoulin : voir, *infra*, pp. 265-270.

²⁴⁹ Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, pp. 554-557 : *Alias si statutum esset absolutum et prohibitorium, non obstantibus pactis factis in contrarium, tunc non haberet locum ultra fines sui territorii, nisi expresse de tali lucro conventu fuisset. Quia pactio bene extenditur ubique, sed non statutum merum, hoc est, sola et mera vi statutii...* (traduction Bertrand ANCEL précitée, note 221). Le *prohibitorium* employé par Dumoulin doit bien s'entendre comme *prohibitivum* et ne correspond pas au statutum *prohibitorium* de Bartole.

on présumer, en effet, que les époux ont effectué un choix, alors qu'en s'installant à l'intérieur du territoire, ils se sont privés de cette faculté ? En revanche, selon Dumoulin, l'observation ne serait pas valable pour les conventions expresses : si les époux ont choisi, en toute connaissance de cause, de conclure un contrat de mariage en le plaçant sous le régime dotal institué par ce statut local, ce contrat de mariage produira ses effets, tant à l'intérieur du territoire que sur les biens situés à l'étranger : « une convention (expresse) étend son effet en tout lieu ». Le statut ne devient pas, de lui-même, extraterritorial : c'est le régime conventionnel qui bénéficie de cette extension, afin de permettre aux époux de demeurer sous une loi, celle qu'ils ont choisie. En elle-même, la solution ne saurait surprendre de la part de celui qui est le chantre de l'autonomie des parties, mais force est de constater, avec un regard plus critique, qu'elle vient tempérer, pour ne pas dire vider d'une grande partie de son intérêt, la fermeté du statutum *absolutum et prohibitorium* : un tel statut peut-il vraiment n'être réduit qu'à n'être qu'une disposition imposant que toute convention matrimoniale doit être expresse ?

§ 2. Le statut territorial à l'aune des intérêts disponibles : la renonciation volontaire de la fille dotée.

Prolongeant, dans le cadre de la partie relative aux statuts portant sur les intérêts disponibles, la réflexion qu'il avait menée au sujet du régime dotal et de la convention tacite, Dumoulin en étend les conclusions à un cas de figure particulier : le statut exorbitant du droit commun (II, 13). Le statut exorbitant s'entend, en l'espèce, du statut qui ne vient pas élargir ou restreindre la convention entre personnes privées en conformité avec le droit commun, mais, au contraire, lui donne effet à l'encontre des dispositions de ce même droit commun. Ainsi du cas d'une « fille renonçant à la succession du donateur » :

[II. – 13.] Cette conclusion à propos du statut inexistant, c'est-à-dire, tacitement compris, selon ce que j'ai dit, doit s'étendre à tous les biens où qu'ils soient situés. Je retranche : à moins que le statut non pas simplement consacre, en l'élargissant ou la restreignant, la convention, mais la revendique et la valide à l'encontre du droit commun prohibitif, comme dans le cas de la fille renonçant à la succession du donateur. Cette renonciation puise sa force et son essence dans le statut ou la coutume du lieu ; parce que, bien qu'il n'exclue pas de plein droit la fille dotée (auquel cas l'exclusion serait purement légale et statutaire, relevant alors du paragraphe suivant [III]), ce statut ou coutume, sans doute, se renfermerait en son lieu ou bien s'étendrait aux biens situés hors de son territoire. Mais je dis : bien qu'il exclue la fille dotée par l'effet d'une renonciation spontanée, c'est-à-dire grâce à l'intervention et au fait de l'homme (et, en cela, il relève de la présente subdivision), cependant parce que cette exclusion conventionnelle est nulle au regard de la prohibition du droit commun, et ne dépend que du statut local, un statut ne pouvant redresser le droit commun prohibitif ou négatif au-delà de son propre territoire, comme le rapporte la loi *Extra territorium* du Digeste (D. 2.1.20.) : voyez ce que j'ai dit, à ce propos, dans mon *Commentaire sur les coutumes de Paris*, à l'article 35, question 3, numéro 16. Ainsi, elle pourra succéder aux biens situés en un lieu où pareille coutume n'existe pas, sauf, toutefois, à rapporter la dot qu'elle a reçue à la succession, que celle-ci soit en ligne directe ou en ligne collatérale, parce qu'en ce cas, il y a avance d'hoirie et donc obligation au rapport en toute ligne, comme je l'ai dit sur l'article 23 de la Coutume de Paris²⁵⁰.

²⁵⁰ Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, pp. 554-557 : *Quae secundum jus et statuta locorum, quae tacite insunt, intelligitur. Conclusionem hanc de statuto inexistente, id est tacite intellecto : in quantum dixi, extendi ad omnia bona ubicumque sita. Limite : nisi statutum non simpliciter informare, ampliando, aut limitando pactum sed illud vindicaret seu validaret contra jus prohibitorium, ut filia renunciante futurae successioni dotantis. Quae renunciatio capit totam vim et essentiam a statuto*

L'exclusion de la fille dotée de la succession de son père ne tient pas, en l'espèce, à une disposition statutaire qui aurait disposé en ce sens, ainsi que l'ont envisagé, en leur temps, Bartole et Balde, mais bien à une renonciation volontaire, implicitement causée par l'acceptation de la dot, de la part de la fille mariée : le cas de figure rentre bien, ici, dans la catégorie des intérêts disponibles et non indisponibles. Cette renonciation « spontanée, c'est-à-dire grâce à l'intervention et au fait de l'homme », trouve son fondement légal dans le statut ou la coutume qui autorise de telles conventions tacites. Mais, ce faisant, la norme locale entre en contradiction flagrante avec le droit commun : la conséquence en est que la renonciation « est nulle au regard de la prohibition du droit commun, et ne dépend que du statut local, un statut ne pouvant redresser le droit commun prohibitif ou négatif au delà de son propre territoire ». Là où une telle coutume a cours, la fille est donc exclue, mais, là où cette coutume n'existe pas (soit parce que le droit commun y est en vigueur, soit parce que la coutume prohibe de telles renonciations), la fille réintègre la ligne successorale, sous condition du rapport de dot. En consacrant un extrait de sa dissertation à cette question, Dumoulin a infléchi la position qu'il soutenait dans son *Consilium LIII*, aux paragraphes 12 et 13, et qui était bien plus encline à laisser se déployer partout les effets d'un contrat, y compris sur des biens situés ailleurs (§ 12, *in fine*) : il ne faisait, d'ailleurs, que reprendre à son compte l'opinion émise par Jean Masuer, dans sa *Practica forensis*, à propos de « l'acte dépendant du fait ou du ministère de l'homme » et qui devait avoir libre cours en tout lieu (§ 13)²⁵¹. La contrariété au *jus commune* de ce mécanisme statutaire ou coutumier d'éviction, *de facto vel ministerio hominis*, de la fille dotée induit donc de restreindre les effets du statut exorbitant aux limites de son territoire.

§ 3. Le statut territorial à l'aune des intérêts indisponibles : la succession ab intestat.

Alors que, conformément à l'esprit volontariste qui caractérise les intérêts disponibles, Charles Dumoulin soumet la succession testamentaire au régime de la loi d'autonomie de la volonté et, à défaut de choix exprès du testateur, à la loi de son dernier domicile personnel, qui exprimerait au mieux sa volonté supposée, il range la succession ab intestat parmi la catégorie des questions de droit qui portent sur des intérêts indisponibles, puisque, en ce cas, la succession est régie par une disposition légale – qu'elle soit statutaire ou coutumière – et non plus par la volonté

vel consuetudine loci ; quia quamvis statutum vel consuetudo non excludat filiam dotatam simpliciter, quo casu esset exclusio mere legalis et statutaria, spectans ad sequens membrum distinctionis, et absque dubio clauderetur loco suo, vel extenderetur ad bona sita extra suum territorium. Sed quamvis, inquam, excludat filiam dotatam mediante spontaneâ renunciatione, et sic concurrente ministerio et facto hominis, et sic spectat ad istud primam caput subdistinctionis : tamen qui ista exclusio conventionalis, jure communi prohibente nulla est, nec capit vitam nisi a statuto locali, non potest valere extra fines statuti. Quia statutum non oportet jus commune prohibitivum et negativum corrigere extra proprium territorium l. ultim. de Jurisd. omn. judic. & dixi in comment. meo in Consuet. Paris. § 35, quaest. 3, num. 16. Et sic in bonis sitis in loco, ubi non est talis consuetudo, poterit succedere, conferendo tamen pro rata bonorum dotem, quam habuit, sive successio sit directa, sive collateralis, quia hoc casum apparet fuisse datum, ne succederetur, sive in locum portionis hereditariae, et consequenter in omni linea conferendum est, ut dixi in Consuet. Paris. § 23 (traduction Bertrand ANCEL précitée, note 221).

²⁵¹ Charles DUMOULIN, *Consilium LIII, Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 2, p. 965 : « S'il s'agit d'un acte dépendant du fait ou du ministère de l'homme, comme lorsque, en pays d'Auvergne, la fille est mariée par son père et qu'elle est exclue par la coutume d'Auvergne de la succession, non seulement elle est exclue de la succession quant aux biens situés dans lesdits pays et coutume d'Auvergne, mais encore quant aux biens situés en pays de droit écrit ou en tout autre lieu » : *Si vero agatur de acto dependente a facto, vel ministerio hominis, ut quando filia maritatur a patre in patria Alverniae, et sic per consuetudinem Alverniae a successione excluditur, non solum enim excludetur a successione quoad bona sita in dicta patria Alverniae, et dictae consuetudinis, sed etiam quoad bona in patria juris scripti, vel alibi ubicumque sita* (traduction Bertrand ANCEL précitée, note 246). Voir aussi Armand LAINE, *Introduction au droit international privé, op. cit.*, tome 1, p. 236.

unilatérale du *de cuius*²⁵². Comme son contemporain Tiraqueau, Dumoulin souscrit, dans ses *Conclusiones*, à la solution traditionnellement pratiquée dans le Royaume de France, consacrée par une jurisprudence constante du Parlement de Paris et relayée en doctrine par Jacques de Révigny. Lorsqu'une succession est composée de biens qui sont situés dans différents détroits coutumiers, il convient de distinguer : pour les immeubles, la succession doit se diviser en autant de successions qu'il y a de détroits et, donc, de coutumes applicables aux immeubles, conduisant au morcellement de la succession ; pour les meubles, ils sont soumis à la loi du domicile du *de cuius*. Là où la règle de conflit relative à la succession testamentaire préserve encore l'unité de la succession, en préconisant l'application d'une seule loi pour tous les biens (et sauf résistance d'un statut réel particulier), la règle admise en matière de succession ab intestat – la *lex rei sitae* – est beaucoup plus attentive à la force normative des statuts ou des coutumes concernés et laisse à chacun le droit de disposer des immeubles situés dans son ressort²⁵³. Fidèle au caractère indisponible qu'il assigne aux intérêts en cause dans une succession qui s'ouvre faute de manifestation de volonté expresse, Dumoulin ne cherche pas, comme l'aurait fait Saliceto, à présumer une volonté tacite chez le défunt ab intestat et reconnaît le caractère réel du statut d'une telle succession :

[III. – 1.] *Le statut dispose-t-il sur ce qui dépend non plus de la volonté des parties, mais du seul pouvoir de la loi.*
 [2.] *Soit le statut dispose sur la chose et, quel que soit l'ordre des mots suivi, il faut toujours considérer le lieu où la chose se trouve. Que le statut dise « les biens n'échoient pas aux femmes » ou « les femmes ne succèdent pas », toujours, il s'appliquera aux biens situés à l'intérieur de son ressort, que les femmes lui soient soumises ou qu'elles ne le soient pas, qu'elles soient domiciliées ou étrangères.*²⁵⁴

²⁵² André TIRAQUEAU, dans ses *Commentarii de Nobilitate et jure primigeniorum* (3^e édition, Lyon, 1573), parus en 1549, traite de la succession testamentaire, au travers de la fameuse « question anglaise », chère à l'École d'Orléans et à Bartole, à la *quadraséptima quaestio* (XLVII, p. 635) et, ce faisant, rappelle la diversité des opinions exprimées à ce sujet. Il se rallie à l'avis de Balde et de Bartolomeo de Saliceto, qui défendaient l'idée qu'un testament, valablement accompli suivant le statut personnel de son auteur, devait produire ses effets partout, y compris en dehors du territoire soumis à ce statut. Mais, en juriste coutumier habitué à la force de résistance du statut réel devant l'extraterritorialité du statut personnel, il ajoute cette restriction, au § 2 : « Mais, cependant, pour l'instant, tu te contenteras de ce qu'a déclaré Balde à ce sujet, à moins qu'il n'y ait un statut ou une coutume qui interdise à quiconque de tester au-delà d'une certaine quotité de son patrimoine, quelle que soit la répartition des biens en Italie et en France, parce que, en ce cas, puisque la valeur de ces châteaux excède la limite qu'a prescrit le statut ou la coutume, le testament doit être rescindé : car personne ne peut faire ce que les lois ou statuts n'ont pas le pouvoir de faire, selon la loi *Nemo* du Digeste (D. 1.8.4.). Et il en va de même également, lorsque, par ailleurs, le statut ou la coutume est inexistant : le testament serait alors inofficieux, parce qu'alors, il entrerait dans le cadre du titre sur le testament inofficieux » (*Sed tu interim tamen haec Bald. declarat, nisi sit statutum aut consuetudo quae prohibeat ne quis possit testari ultra certam partem suorum bonorum, cujusmodi multa sunt in Italia et Gallia, quia tunc quatenus ea castra excederent eam partem quae statuto vel consuetudine praescripta est, rescinderetur testamentum : cum nemo possit facere, quin leges aut statuta locum habeant. L. nemo. ff. de leg. 1. Et idem si alias etiam cessante statuto, aut consuetudine testamentum esset inofficiosum, quia locus efficit tit. de inof. testamen.*) L'exemple est intéressant à double titre : 1) Tiraqueau souligne la valeur impérative que peut revêtir un statut réel lorsqu'il refuse les effets, sur son territoire, d'un testament, porté par la volonté du défunt, afin de protéger la « quotité indisponible » ou, plus exactement, la réserve héréditaire, dont un juriste coutumier comme le Poitevin Tiraqueau ne peut que mesurer parfaitement l'importance ; 2) Tiraqueau soulève, ici, un argument que Dumoulin, quatre ans après lui, n'a pas vu, ou, plutôt, n'aura pas voulu voir, confiant qu'il était dans la force propre de la loi d'autonomie et de ses effets extraterritoriaux.

²⁵³ Sur les règles de conflit applicables aux successions testamentaires et ab intestat, chez Tiraqueau comme chez Dumoulin, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, op. cit., pp. 315-320.

²⁵⁴ Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, pp. 554-557 : 1. *Aut statutum disponit in his, quae non pendunt a voluntate partium, sed a sola potestate legis...*
 2. ... *Aut statutum agit in rem, et quacumque verborum formula utatur, semper inspicitur locus ubi res sita est. Unde sive dicat : Bona non veniant ad foeminas, sive foeminae non succedant, semper locum habet in bonis sitis inter fines suos, sive foeminae sint subditae statuto, vel non, sive cives vel exterae.*

Le statut successoral *ab intestat* est, donc, un statut réel, à l'effet territorial et absolu, dans la mesure où il s'adresse à tous ceux qui, domiciliés ou étrangers, possèdent des biens qui sont situés dans les limites de sa puissance, et ce indépendamment des étrangers qui pourraient se prévaloir d'un statut personnel contraire. Ce sont bien là les effets traditionnellement attachés à la *lex rei sitae*. Ainsi en est-il du statut ou de la coutume qui exclue les filles dotées de la succession. Toutefois, Dumoulin assortit immédiatement cette règle d'un tempérament, qui confirme l'effet territorial du statut ou de la coutume locale, tout en en retranchant l'effet absolu :

[III. – 2.] Il en va autrement si le statut se limite expressément aux femmes ou aux personnes de son territoire, sans exclure les autres. Parce qu'alors, les étrangères se prévaudront du droit commun. S'il se limite expressément aux femmes étrangères, que seules il entend exclure, alors, seules celles-ci seront exclues des biens situés sur son territoire.²⁵⁵

Si le statut entend apporter une restriction *ad personam*, en limitant son exclusion seulement aux femmes domiciliées sur son territoire ou seulement aux étrangères, alors, il conservera un effet territorial limité, puisque, pour atteindre son but, il accepte de laisser les femmes qui ne sont pas visées par l'exclusion venir à la succession. Cette dernière solution doit être mise en perspective avec les avis exprimés à ce sujet par Bartole – qui y voyait, pour les filles ressortissant du lieu, un statut prohibitif odieux *ad personam* purement circonscrit au territoire – et par Balde – qui y voyait un statut prohibitif *ad personam* aussi bien odieux que favorable, mais auquel l'on devait reconnaître une portée extraterritoriale afin qu'il satisfît l'objectif législatif qui lui était assigné. Dans tous les cas, la volonté du législateur particulier de conserver les biens dans la famille et préserver le prestige qui en découle explique suffisamment que ces interprétations, quoique fort différentes, concordent toutes sur la finalité à reconnaître à un tel statut ou une telle coutume.

§ 4. Le statut territorial à l'aune des intérêts indisponibles : l'incapacité spéciale.

La loi relative à la capacité spéciale reconnue, par son statut personnel, au mineur de vingt-cinq ans afin qu'il puisse, sous contrôle des autorités (parentales, tutélaires et judiciaires), passer des contrats relatifs à son patrimoine a déjà été évoquée pour illustrer le rôle que le mécanisme romain de l'interprétation passive joue dans l'extraterritorialité d'un statut personnel et des effets de droit qui y sont attachés²⁵⁶. Mais, dans le champ des « statuts qui disposent sur la personne », il reste à étudier ceux qui prescrivent, à l'inverse, une incapacité spéciale d'agir : le statut permissif, et extraterritorial, laisse, ici, la place aux statuts prohibitifs qui sont rigoureusement confinés par Dumoulin, qui suit en cela la pratique coutumière de son temps, à l'intérieur de leur territoire. Ainsi que nous le suggérons tantôt, la doctrine et la pratique est bien consciente que les incapacités spéciales trouvent leur raison d'être (leur *ratio*) dans la protection qu'elles offrent aux personnes qui risquent de céder aux liens naturels de l'affection ou à la soumission envers leur mari pour se livrer à des dons qui risqueraient de mettre en péril le patrimoine des familles, ou à la personne dont le consentement est jugé trop fragile et trop immature pour bien mesurer la portée des obligations qu'elles contractent. La liberté de disposer entrave aussi bien les époux quant aux libéralités qu'ils pourraient se faire par testament (A.) que le mineur de vingt-cinq ans qui aspirerait à rédiger son

²⁵⁵ Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, pp. 554-557 : 2. *Fallit si statutum expresse se limitet ad foeminas vel personas sui territorii, nec velit excludere exteros. Quia tunc exteri utentur jure communi. Item si expresse se limitet ad foeminas exteras, quas solas vult excludere ; quia tunc illae solae excluduntur in bonis in eo territorio sitis.*

²⁵⁶ Voir, *supra*, pp. 125-131.

testament (B.). Cette protection que leur ordre juridique personnel – celui du domicile – leur impose serait, en effet, inefficace si elle s’effaçait, une fois les limites du territoire franchies, et dès lors qu’il s’agit de statuer sur le sort d’un bien situé à l’étranger.

A. L’interdiction des libéralités testamentaires entre époux.

Lorsqu’il évoque, dans la troisième partie de ses *Conclusiones*, le statut qui interdit les donations entre époux (III, 5), Dumoulin montre qu’il est peu sensible à l’argument qui soutient l’extraterritorialité du statut personnel portant incapacité des époux de se faire une donation à leur conjoint à la dissolution du mariage, aux fins d’assurer la continuité de la protection qui est imposée à leurs patrimoines sur le territoire de leur domicile conjugal. Conformément à l’attachement qu’il a manifesté, dans son *Consilium LIII*, envers le don mutuel que s’étaient accordés les époux de Ganay, il conclut, malgré son caractère personnel, à la stricte territorialité d’un tel statut, qui n’a de valeur qu’au lieu où l’époux ou l’épouse a testé en faveur de son conjoint :

[III. – 5.] Si le statut dit, sans autre (précision) : *le mari ne peut léguer à sa femme, ni la femme à son mari*, il enchaînera son sujet où qu’il se trouvera et testera, mais non pour les biens situés ailleurs. Car, en ce cas, il s’affranchirait de ses limites, alors même qu’il n’aurait pas le soutien du droit commun, alors même qu’il ne supprimerait pas un simple empêchement personnel et introduirait un droit nouveau, selon la loi *Ex ea* du Digeste (D. 3.1.9.). Mais l’étranger testant dans le ressort dudit statut pourra léguer à sa femme. Parce qu’il n’est pas soumis au statut, à moins qu’il ne lègue des immeubles situés sous ledit statut. Ceux-ci, en effet, sont soumis à la loi locale, laquelle sous ce rapport vise la chose. Telles doivent être les limites... telle est la pratique²⁵⁷.

Charles Dumoulin assigne donc une assiette purement territoriale à ce statut prohibitif, que Bartole qualifiait, en son temps, de « favorable »²⁵⁸, limitant l’interdiction au territoire où sont domiciliés les époux (et où l’époux défunt a passé son testament) et aux biens qui y sont situés. Les biens qui se trouvent à l’étranger échappent donc à l’interdiction, pour cette raison que le statut prohibitif est contraire au droit commun, celui-ci lui refusant ainsi le bénéfice de l’interprétation passive. Statut en principe territorial et relatif, il ne s’étend pas non plus aux étrangers qui passent leur testament dans son ressort, puisque, n’étant pas sujets, la proximité avec l’ordre public local est moindre. Toutefois, cette exemption ne tient plus dès lors qu’à raison des immeubles qu’ils y possèderaient et qu’ils entendraient léguer à leur conjoint, ils deviennent assujettis au statut de situation de ceux-ci, en vertu de la *lex rei sitae*. Le statut territorial, de relatif, se mue en statut réel absolu, destiné à garantir la « police immobilière du lieu ».

²⁵⁷ Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, pp. 554-557 : *Si vero statutum dicit absolute : vir non possit legare uxori, vel contra, ligat subditum ubique existentem vel testantem, sed non pro fundis alibi sitis. Quia quantum ad ista, exoneraret fines suos, nec haberet concursus juris communis, nec tolleret simplex impedimentum personale resolvable, sed jus novum induceret. l. ex ea. ss. de postulando. Sed peregrinus testans in loco d. statuti, poterit legare uxori. Quia non subest statuto, nisi legaret bona immobilia sita sub dicto statuto. Illa enim subsunt legi loci, quae hoc respectu rescivunt rem. Et ita limitanda sunt quae indistincte tradit Bartol. hic & in dd de quibus Iason hic in lectura I. numer. 41 & 42 & lectura 2, numer. 86, et ita praticatur.* (traduction Bertrand ANCEL précitée, note 221)

²⁵⁸ L’exemple est expressément allégué, en ce sens, par Bartole dans sa distinction entre les statuts prohibitifs odieux et favorables : voir, *supra*, pp. 97-98.

B. L'incapacité testamentaire active du mineur de vingt-cinq ans.

Enfin, achevant sa revue des statuts portant sur des intérêts disponibles, Charles Dumoulin s'arrête, dans son dernier paragraphe, sur l'hypothèse d'un statut prohibitif, que Bartole avait, une nouvelle fois, réputé « favorable »²⁵⁹ : celui qui interdit au mineur de vingt-cinq ans de tester (III, 8). A la différence de la capacité spéciale ouverte au mineur assisté de contracter, cette incapacité n'est pas mélangée de réel et de personnel : le statut qui l'établit est un statut disposant *ad personam*, mais dont les effets sont strictement réels, c'est-à-dire territoriaux et absolus, s'étendant même aux mineurs étrangers :

[III. – 8.] En revanche, si le statut dit : *le mineur de 25 ans ne peut disposer par testament de ses immeubles*, alors, en effet, il ne considère pas la personne, ni agit sur la personne principalement, ni sur la solennité de l'acte : il agit sur certaines choses aux fins de conservation du patrimoine et, ainsi, est réel. Le statut dit la même chose que s'il énonçait : *les immeubles ne peuvent être donnés par testament par les mineurs*. Dès lors, que la personne soit sujette ou qu'elle ne le soit pas, le statut du lieu doit être observé, dirait-il que les immeubles provenant d'une ligne doivent revenir aux héritiers même plus éloignés de cette ligne, aussi bien que s'il disait que l'héritier succède aux immeubles provenant de sa ligne. Ou que les biens d'une ligne ne peuvent être transmis par testament pour le tout, mais seulement pour une certaine quotité. En effet, tout cela forme avec la famille l'objet principal du statut agissant *in rem* et s'accorde à la précédente conclusion : le statut conférant un avantage en considérant la personne ne vise pas les étrangers, en séjour ou de passage, qui ne peuvent s'en prévaloir....²⁶⁰.

Si la conception que se fait Dumoulin du régime applicable à la minorité peut sembler, à certains égards, contradictoire, c'est parce qu'en réalité, elle s'adapte aux diverses situations et tente d'apporter, par une approche casuistique, une réponse appropriée à chacun des cas qu'elle envisage. En l'occurrence, l'auteur estime que les effets de ce statut prohibitif doivent être rigoureusement enserrés à l'intérieur du territoire où sont situés les biens immobiliers, qui sont seuls concernés, à l'exclusion des biens situés à l'étranger, qui ne sont pas visés par la prohibition. En somme, l'interdiction a été instituée bien plus en considération des biens situés sur le territoire qu'en considération des personnes : « il agit sur certaines choses aux fins de conservation du patrimoine et, ainsi, est réel ». En vertu de cette police des sols, le régime des immeubles contamine ainsi la capacité du disposant, domicilié ou étranger, et lui dicte une incapacité spéciale à raison de l'acte de dernière volonté qu'il pourrait vouloir passer à l'égard des immeubles qu'il possède en ce lieu. Par la vertu de son effet territorial et absolu, le statut, ou la coutume, frappe de nullité toute disposition testamentaire qui pourrait porter sur ces immeubles, en particulier, sans atteindre les autres dispositions testamentaires. Dumoulin reconnaît, avec cet exemple, que la capacité ou l'incapacité, question éminemment personnelle s'il en est, doit s'apprécier, en l'espèce, comme une

²⁵⁹ L'exemple est expressément allégué, en ce sens, par Bartole dans sa distinction entre les statuts prohibitifs odieux et favorables : voir, *supra*, pp. 97-98.

²⁶⁰ Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, pp. 554-557 : *Secus si dicat : Quod minor 25 annis non possit testari de immobilibus. Tunc enim non respicit personam, nec agit in personam principaliter, nec in solemnitatem actus, sed agit in certas res ad finem conservandi patrimonii, et sic est reale. Quia idem est, ac si dictum esset ; immobilia non possint alienari in testamento per minores. Unde statutum loci inspicietur, sive persona sit subdita, sive non item si dicat, haeredia proventa ab una linea, redeant ad haeredes etiam remotiores lineae, vel haeredes lineae succedant in haerediis ab illa linea proventis. Vel quod illi de linea non possunt testari de illis in totum, vel nisi ad certam partem. Haec enim omnia et familia spectant ad caput statuti agentis in rem, et praecedentem conclusionem : Statutum vero dans beneficium personam concernens, non comprehendit esteros etiam hospites & advenas, qui non possunt eo uti. Paul de Castr. in l. omnes populi, in fine, de justit. & jur. & ind. in provinciali, 3 in fine, ss, de oper. novi nunciat & in consil. 424 in fine libr. 2 Alberic. in 2 parte statutor. quest. 9 Bald. in tractat. statutor. col. 2 Socin. in consil. 120, lib. 1. Hippolyt. Marsil. in singulari 253, Ruinus in consil. 119, in fine libr. 1.*

capacité ou une incapacité réelle²⁶¹. Ce n'est pas, là, au fond, une manière de raisonner très éloignée de celle de Bertrand d'Argentré.

CONCLUSION DU CHAPITRE III :

A bien des égards, le XVI^e siècle marque une période de changement pour l'histoire des conflits de lois et pour la place dévolue aux statuts d'application territoriale : l'épuisement de l'héritage bartoliste, dont les derniers feux brillent à travers l'œuvre de Charles Dumoulin, et le sentiment d'indépendance qui anime les juristes français de ce siècle sont parmi les facteurs qui contribuent à réorienter les règles de conflits de lois et de juridictions vers la dualité entre statuts personnels et statuts réels propre au conflit de coutumes. Chez Charles Dumoulin, l'héritage de la tradition est bien présent et, à certains titres, occupe une place essentielle qui lui assure d'être perpétué. Il est, néanmoins, sciemment subverti pour s'intégrer dans cette distinction bipartite qui va fixer désormais l'attention de la doctrine à partir des travaux des grands juristes de ce siècle. Les statuts territoriaux subissent l'influence de cette évolution. Ainsi, pour ce qui est des délits, la règle qui donne compétence à la *lex loci delicti* est établie désormais sur des fondements si indiscutés que les juristes français ne font que se conformer aux commentaires de Bartole et de Balde, même quand ils y apportent, comme le fait le célèbre avocat parisien, des nuances qui sont dignes d'être considérées, comme le prouve son attention soutenue pour la doctrine de la soumission tacite et volontaire du délinquant. En revanche, les statuts prohibitifs se voient insuffler une vigueur nouvelle qui, si elle les cantonne toujours au rang d'exception, leur donne une importance qu'ils n'avaient jamais eue, lorsqu'ils étaient relégués au rang de sous-distinctions chez les maîtres italiens. Même chez un auteur comme Dumoulin, qui livre la doctrine la plus soucieuse des intérêts privés, la *summa divisio* entre les statuts qui portent sur des intérêts disponibles et les statuts qui portent sur des intérêts indisponibles ne peut totalement exclure les considérations tenant aux intérêts de l'ordre juridique coutumier, qui peut toujours ériger une barrière à la pénétration d'un statut étranger. Après Dumoulin, la doctrine française va progressivement délaisser la théorie des statuts italienne pour s'intéresser à des problèmes bien plus actuels : le conflit de coutumes, la confrontation entre statuts réels et personnels, l'affrontement entre territorialité et extraterritorialité et l'affirmation de la souveraineté comme principe de résolution des conflits de lois.

²⁶¹ Sur cette loi de capacité réelle, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, pp. 329-331. L'explication proposée par Dumoulin est au cœur de l'argumentation des mineurs, demandeurs à l'action, dans la célèbre affaire *Château de Chambord*, qui donna lieu à l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 13 avril 1932 (Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *Grands arrêts, op. cit.*, n°14, spéc. § 3, qui fait état des opinions fluctuantes de Bertrand d'Argentré au sujet de cette « capacité réelle »).

CONCLUSION DU TITRE PRELIMINAIRE :

L'histoire des mécanismes qui seront qualifiés plus tard de « lois de police et de sûreté » trouve son origine dans les réflexions conjointes entamées par les doctrines canoniste et civiliste des XII^e et XIII^e siècles, qui, en tentant de définir les règles susceptibles d'articuler les lois propres à une cité ou à un diocèse avec les dispositions générales qui exprimaient la domination d'un ensemble universel tel que l'Empire ou l'Eglise, contribuèrent à donner naissance à la théorie des statuts. La préfiguration des statuts d'application territoriale et impérative s'incarne, alors, dans la loi pénale particulière, qui porte les exigences de l'*utilitas publica* du lieu et qui a, par conséquent, vocation à étendre ses effets au ressortissant étranger présent sur le territoire, qui ne peut, sauf excuse d'ignorance légitime de la loi applicable, se réclamer du principe d'exemption vis-à-vis de la loi locale dont peut bénéficier, théoriquement, chaque étranger de bonne foi. La notion d'ignorance légitime a naturellement conduit les droits savants à s'interroger sur les critères qui distinguent une ignorance légitime d'une ignorance *supina et crassa* : si l'heure n'est pas encore à la soumission exclusive et inconditionnelle de tous les délinquants, domiciliés comme étrangers, à la juridiction et à la loi du *locus delicti commissi*, les éléments qui définissent la « loi de sûreté » sont déjà réunis par les doctrines canoniste et civiliste au XIII^e siècle et les juristes qui prendront la suite reprendront fidèlement une solution désormais bien installée et justifiée par de puissants motifs, quitte à en redessiner les contours sur certains aspects particuliers. A ces statuts pénaux, viennent s'adjoindre des statuts de police, qui, fonctionnant sur un mode similaire, expriment les exigences propres à un ordre juridique civique, comme l'illustre à merveille l'exemple topique de l'interdiction d'exporter des marchandises en dehors du territoire, motivée par la prévention de toute situation éventuelle de pénurie, qui est, par excellence, une matière d'ordre public.

Bartole, par sa réflexion sur les statuts réels immobiliers et les statuts prohibitifs et permissifs, enrichit davantage la toile de fond des mécanismes d'application territoriale. En rappelant la territorialité exclusive des statuts réels immobiliers, d'une part, et, en évaluant la portée extraterritoriale ou territoriale d'un statut selon qu'il étend ou restreint la capacité à agir d'un sujet de droit à l'aune du *jus commune*, il augure une construction doctrinale où la considération des intérêts privés, qui encourage la circulation des actes, des décisions et des statuts personnels, est mise en balance avec les intérêts défendus par le législateur particulier, qui prétend à l'exclusivité du pouvoir d'ordonner, de juger et de contraindre sur son territoire. La figure du statut prohibitif, favorable ou odieux selon qu'il entre ou non en conformité matérielle avec les valeurs portées et véhiculées par le droit commun, occupe, dès lors, une place centrale, aux côtés de la *lex loci delicti*, dans la définition des lois de police et de sûreté. La lutte du droit commun contre des statuts permissifs jugés trop exorbitants et le cantonnement qu'il opère envers des dispositions qu'il juge odieux manifeste, en effet, les tiraillements et les tensions que peut connaître le mode de gestion verticale qui caractérise le statutisme italien. Celui-ci concevant le conflit de lois comme un conflit entre les différentes compétences normatives en cause, il recourt dès lors à l'arbitrage du *jus commune* pour canaliser, voire neutraliser, l'action contraire des normes locales. Balde, qui s'inscrit dans la continuité de l'enseignement de Bartole, semble, toutefois, prendre conscience que l'enjeu porté par les statuts prohibitifs et permissifs ne peut se résumer à une confrontation entre le droit commun et les droits particuliers ; il envisage, de façon incidente, la possibilité entre deux droits particuliers d'entrer en collision et de faire entrer, alors, pour la résolution du conflit en question, les intérêts d'ordre public qui soutiennent la disposition d'exception, le plus souvent prohibitive. L'affinement qu'il apporte à la théorie bartolienne des dispositions permissives ou prohibitives, et,

au sein de ces dernières, de leur éventuel caractère odieux, contribue à dessiner, avec des traits plus fermes, la figure des statuts prohibitifs dont hériteront les juristes français au XVI^e siècle.

Le XVI^e siècle est, en effet, le siècle où la théorie italienne des statuts passe le relais à une « Ecole française des statuts », qui, si elle ne peut, en réalité, se réunir sous une seule et même bannière, présente comme dénominateur commun de solder l'héritage bartoliste et de réorienter désormais la problématique du conflit de lois vers une approche mieux adaptée à l'ordre juridique du Royaume : celle des conflits intercoutumiers. Si la rupture n'est pas aussi franche qu'elle a pu le laisser paraître, l'esprit d'indépendance et la sensibilité aux particularités propres à la source coutumière encourage ces auteurs – en premier lieu, Charles Dumoulin – à développer des doctrines qui prennent désormais mieux en compte, même si cela est à des degrés divers, la nature réelle et personnelle des coutumes. Le statut prohibitif connaît alors une consécration, en étant élevé au rang de mécanisme régulateur défenseur d'un intérêt public cher aux ordres juridiques locaux et à l'organisation sociale de l'époque – la conservation des patrimoines dans les familles et la stabilité de l'ordre social – et en s'incarnant dans l'immeuble, support des richesses et garant de la territorialité des coutumes.

PREMIERE PARTIE

L'ENTREE EN SCENE DE LA SOUVERAINETE TERRITORIALE AU SEIN DES CONFLITS DE LOIS : L'EMERGENCE DES LOIS DE POLICE EN DOCTRINE ET EN JURISPRUDENCE (XVI^E – XVIII^E SIECLES).

Au XVII^e siècle, sous l'influence des thèses de Bertrand d'Argentré et des positions voisines adoptées par des juristes flamands qui se sont faits volontiers l'écho des préceptes territorialistes érigés en directives par le célèbre jurisconsulte breton, les juristes de l'Ecole Hollandaise s'efforcent de proposer une relecture de la distinction bipartite ou tripartite entre statuts réels, personnels et mixtes qui ne s'appuie plus sur l'objet du statut, bien ou personne, mais sur son effet territorial ou extraterritorial. Leur démarche se veut *ab effectu*, en rupture avec les méthodes couramment pratiquées jusqu'alors. En effet, les modes de raisonnements hérités du statutisme médiéval ne leur semblent plus correspondre à la réalité d'un conflit de statuts, de coutumes ou de lois qui, désormais, fait l'économie de toute prise en compte d'un *jus commune* frappé d'obsolescence. Désireux d'exploiter dorénavant les ressources du droit romain, non plus en tant que droit universaliste et supranational, mais en tant que matrice intellectuelle d'un droit particulier qui entend dialoguer d'égal à égal avec les autres droits particuliers, ces juristes s'inscrivent en réaction avec le vieux modèle du *jus commune* qui se déconsidère, à leurs yeux, par son identification trop forte avec le droit de l'Empire et par les nombreuses altérations et corruptions que provoque sa naturalisation dans chaque Etat.

Or, portés par le souffle d'indépendance et d'affirmation internationale qui anime leur jeune nation, les Hollandais préconisent un changement de paradigme du conflit de lois. Pour mieux satisfaire les aspirations des droits provinciaux ou nationaux alors en plein essor, ils se font fort de lier souveraineté et territorialité et de régler les conflits entre personnes privées en arbitrant les conflits entre les différents législateurs en cause. En demandant à chaque loi de déterminer, par elle-même, et non plus en référence à un droit commun inexistant, son domaine d'action normative, les Hollandais se convainquent qu'ils respectent, au mieux, les déclarations de souveraineté de chaque législateur. C'est pour cette raison qu'ils prennent pour point de départ ce qui leur semble être la plus inattaquable des vérités : la souveraineté absolue de l'ordre juridique du for sur son territoire. D'un point de vue théorique, une seule loi est maîtresse du territoire et ne souffre la concurrence d'aucune autre loi : abstraitement, toute loi est, en soi, par nature, une loi de police. Mais, d'un point de vue pratique, les Hollandais sont bien conscients que ce présupposé théorique doit composer et se concilier avec les nécessités du commerce international et avec les intérêts privés, civils ou marchands, qui exigent une prise en considération, même *a minima*, des lois étrangères. Pour ne pas porter atteinte à la souveraineté de chaque ordre juridique, ils décident, par convention, que l'entrée et l'application d'une loi étrangère, c'est-à-dire la prise en compte d'un droit valablement acquis dans un pays étranger, sont le fruit d'une concession gracieuse et réciproque que les Etats se font entre eux et c'est dans cet esprit de courtoisie et de bienveillance qui doit exister entre les Nations que le juge du for est en mesure de donner force de droit à une

loi étrangère. L'application de cette dernière n'est jamais une obligation pour le juge du for, car, de la courtoisie, ne découle aucun effet de droit, aucune obligation pour l'Etat du for d'accueillir la norme étrangère. La règle veut que toute loi soit, *de jure, de stricto jure ou de summo jure*, territoriale, alors que l'exception réside dans l'extraterritorialité reconnue à une loi étrangère, en vertu de la *comitas gentium*. En résumé, le principe est que la loi du for est, pourrait-on dire, une loi de police, souveraine sur son territoire et que l'accueil ou le rejet de la loi étrangère dépend de l'entière discrétion de l'Etat du for, qui est toujours libre d'en accepter les effets ou, au contraire, de lui préférer sa propre loi. S'il le juge nécessaire pour la préservation de ses propres intérêts, le législateur peut révoquer son autorisation et revenir à la règle de droit strict, c'est-à-dire à la loi de police.

Les Hollandais se sont efforcés de répondre aux préoccupations qui, un siècle plus tôt, étaient celles de Bertrand d'Argentré, lorsque celui-ci, s'évertuant à protéger l'autonomie de sa province de Bretagne et d'en garantir la souveraineté coutumière, cherchait dans la tripartition des statuts le moyen de faire prévaloir la réalité sur la personnalité, c'est-à-dire, dans son esprit, sur l'extraterritorialité. Le système avancé par le jurisconsulte breton, et qui lui semblait convenir aux conflits intercoutumiers qui caractérisent le Royaume de France au XVI^e siècle, était, cependant, trop intransigent et trop rigoureux pour être vraiment fonctionnel et il n'a jamais trouvé l'assentiment plein et entier des juristes des XVII^e et XVIII^e siècles. Mais la plupart d'entre eux en ont loué la clarté et l'esprit logique et ont reconnu que d'Argentré avait pressenti la difficulté essentielle qui naît du conflit de coutumes : la conciliation des impératifs de droit public qui soutient chaque ordre juridique coutumier avec les intérêts privés auxquels leurs règles peuvent s'appliquer. La dualité entre territorialité de principe et extraterritorialité d'exception était porteuse de promesses et de réponses qui ont incontestablement séduit les juristes du XVIII^e siècle lorsque, après un siècle de relative indifférence, ils ont redécouvert les enjeux et les complexités inhérents au conflit de coutumes.

En effet, Bouhier, Boullenois et, dans une moindre mesure, Froland, tous désireux de faire reconnaître leur expertise dans le domaine difficile et instable du conflit de coutumes, s'efforcent, au moment de poser les fondements théoriques d'une œuvre que ces praticiens placent tous dans une perspective casuistique, de dégager un principe conducteur et, à cette fin, cherchent, parmi les multiples autorités auxquelles ils se sont adressés, laquelle offre la méthode et les solutions qui leur semblent le plus en adéquation avec le contexte du conflit de coutumes de la France du XVIII^e siècle. Si les influences sont trop nombreuses pour les faire adhérer à une seule, c'est essentiellement aux thèses de l'Ecole Hollandaise qu'ils s'en remettent au moment de déterminer les critères de répartition des statuts : cette démarche *ab effectu* qui les conduit à distinguer les statuts réels, c'est-à-dire territoriaux, et les statuts personnels, c'est-à-dire extraterritoriaux exerce une irrésistible séduction sur eux et ils se l'approprient très largement. Certes, des Hollandais, ils sont des héritiers très indépendants et, souvent, très infidèles dans l'esprit. Mais ceux-ci leur lèguent leur conception de la loi territoriale comme manifestation de la souveraineté/territorialité de la coutume. C'est donc à Bouhier et à Boullenois, guidés par les Hollandais, eux-mêmes tributaires des intuitions de d'Argentré, que les lois de police et de sûreté doivent de faire leur apparition au sein des doctrines du conflit de lois. Bouhier procède, à sa manière, à une relecture des vieux mécanismes du statutisme traditionnel à la lumière de l'appareillage conceptuel des Hollandais et de leur démarche *ab effectu*. Boullenois, disciple de Dumoulin, mais également beaucoup plus sensible que Bouhier à l'esprit de souveraineté/territorialité, proclame l'existence, au sein de l'ordre juridique du for, de lois de police, émanations du souverain, qui obligent tous ceux qui habitent le

territoire. De même, comme Bouhier, il s'efforce de rénover les mécanismes traditionnels et de les intégrer dans un système qu'il veut établir sur des bases rationnelles et les applique en se conformant à la démarche *ab effectu*.

La réflexion sur la genèse des futures lois de police et de sûreté de l'article 3 du Code civil ne peut faire l'économie d'une étude détaillée et approfondie, quoique forcément condensée, de la jurisprudence de l'Ancien droit, telle qu'elle se révèle à travers les recueils de jurisprudence et les ouvrages, très fortement inclinés vers la pratique, de Froland, Bouhier et Boullenois. Cette étude permet ainsi de mieux mesurer les attitudes des juges lorsqu'ils sont saisis des conflits de coutumes et les divers instruments dont ils usent et les détours qu'ils empruntent lorsqu'ils ressentent le besoin de faire prévaloir l'intérêt d'un ordre juridique coutumier sur un autre. S'il est certain que la doctrine, et, en particulier, les statutistes français du XVIII^e siècle leur doivent beaucoup, il reste à déterminer si l'inverse est vrai.

C'est donc l'histoire de la filiation intellectuelle qui transmet à ces juristes du XVIII^e siècles les principes de souveraineté et de territorialité de la loi et les préoccupations publicistes entrevus par d'Argentré et théorisés par les Hollandais qu'il faut entreprendre maintenant. C'est de cette transmission, plus ou moins fidèle, plus ou moins aboutie, plus ou moins fructueuse, que découle l'émergence des lois de police et de sûreté en droit français. La territorialité des statuts, érigée en nouvelle règle cardinale de la théorie des statuts, est proclamée par d'Argentré, mais elle n'est véritablement et définitivement systématisée que grâce aux Hollandais. C'est à ces derniers qu'il revient d'avoir mis en avant un système de résolution des conflits entièrement articulé autour de la souveraineté/territorialité et d'avoir décliné celui-ci dans une dichotomie entre territorialité et *comitas gentium*, en lui faisant jouer un véritable rôle d'exception d'ordre public avant la lettre (Titre premier). La doctrine et la jurisprudence françaises du XVIII^e siècle, la première par sensibilité marquée envers les idées hollandaises, la seconde attachée à faire prévaloir, en cas de besoin, la souveraineté d'une coutume sur les autres, ont acclimaté la démarche *ab effectu* et ont réorienté la vieille distinction des statuts réels et personnels vers une distinction entre territorialité et extraterritorialité des coutumes (Titre second). C'est cette double idée de souveraineté territoriale et de souveraineté personnelle de la loi qui traversera les temps troublés de la Révolution pour parvenir jusqu'aux rédacteurs du Code civil.

TITRE PREMIER

LA TERRITORIALITE DES STATUTS, FACTEUR D'ACCUEIL OU DE REJET DE LA LOI ETRANGERE AU NOM DE LA SOUVERAINETE ETATIQUE (XVI^E-XVII^E SIECLES)

Jusqu'à l'apparition d'une École dite « Hollandaise », au milieu du XVII^e siècle, tous les discours et tous les systèmes qui avaient porté sur le conflit de lois s'étaient conformés aux enseignements du statutisme traditionnel hérité de la romanistique médiévale. La consonance pouvait s'avérer étroite ou lâche, car l'acclimatation d'un tel héritage ne pouvait se faire sans difficultés, ni aménagements, eu égard à la diversité des contextes, politiques ou intellectuels, auxquels il était appelé à s'adapter. La fidélité à la méthode statutiste – sinon à ses solutions – ne s'en était pas démentie pour autant. Il était, du reste, périlleux, pour qui s'attelait à étudier les conflits de lois, de se défaire de l'emprise de l'influence civiliste, dans la mesure où elle demeurait, en la matière comme en d'autres, la référence absolue et où aucun autre système ne pouvait lui être opposé en guise d'alternative.

S'il faut reconnaître à l'École Hollandaise quelque titre à la postérité, c'est sans doute pour avoir su proposer – et, dans une certaine mesure, imposer – un renversement de perspective par rapport à l'approche de la théorie des statuts. En effet, à maints égards, l'École hollandaise rompt avec l'héritage bartoliste et post-bartoliste. Une rupture « idéologique », tout d'abord, dans la mesure où elle puise son inspiration, non dans l'idéal médiéval d'une Chrétienté assujettie à un Empire et à une Eglise aux prétentions universelles, mais dans l'esprit des Traités de Westphalie et dans le nouvel ordre international articulé autour de la primauté des Etats-Nations et de la notion de souveraineté. La territorialité du droit – quel qu'en soit le support : statut, coutume, loi – se fait dès lors plus intransigeante, plus absolue, plus protectrice encore des intérêts de l'Etat et de ses ressortissants. Une rupture formelle, ensuite, en ce qu'elle s'émancipe de l'autorité parfois écrasante de ses prestigieux aînés en contestant frontalement l'autorité et la primauté du *jus commune* au profit des législations particulières – et, notamment, nationales. Une rupture méthodologique, enfin, qui ne s'approprie les cadres intellectuels de la théorie des statuts que pour mieux les dévoyer : ainsi, la classification, bipartite ou tripartite, des statuts est priée de se conformer au dictat de la territorialité. Ce mariage forcé entre le reliquat de la théorie des statuts et l'exigence toujours plus pressante de la souveraineté conduit même, *in fine*, un Ulrich Huber à répudier toute classification des statuts pour privilégier une approche nouvelle, tout entière ancrée dans le *jus gentium* et donner son visage définitif au statutisme hollandais.

La conjonction de ces tendances sourdes a pour conséquences principales d'inscrire au cœur même des réflexions doctrinales l'idée d'une souveraineté/territorialité de la loi (qui se substitue, peu à peu, au statut) et d'articuler autour de cette idée-force les principes de solution qu'ils dégagent. Mettant leur pas dans ceux de Bertrand d'Argentré, les juristes de cette Ecole, Christian Rodenburg, Paul et son fils, Jean Voet, et Ulrich Huber, finissent par reléguer

l'extraterritorialité du statut personnel au rang d'exception, d'*anomalie*. Dès lors, les lois et statuts, parce qu'ils émanent d'une autorité qui se veut souveraine sur son territoire, se font toujours plus impérieux et le respect de cette compétence exclusive suppose désormais d'instaurer un filtre pour accueillir ou rejeter la loi étrangère qui se serait vu accorder le bénéfice de l'extraterritorialité. Ce filtre – qui prend le relais du *jus commune* pris dans sa teneur matérielle – préfigure la moderne exception d'ordre public.

L'importance des thèses de l'Ecole Hollandaise ne saurait s'apprécier sans rappeler l'influence qu'a exercé sur elles les œuvres de Bertrand d'Argentré et, à un moindre degré, des juristes qui ont été ses relais dans les Flandres, dont la figure la plus remarquable demeure celle de Nicolas de Bourgogne, dont les ouvrages ont produit une forte impression sur Paul Voet. S'il est moins en rupture, du point de vue de la méthode, avec l'héritage bartoliste et avec les positions de Dumoulin qu'il lui arrive de le prétendre, Bertrand d'Argentré est, à ce point, pénétré de la souveraineté des coutumes qu'il en exalte leur réalité/territorialité de principe. En effet, la réalité des statuts, bien loin de révoquer ou d'abolir les préoccupations de *publica utilitas*, tend pleinement, au contraire, à les garantir. Cette réalité, qu'il se plaît, par ses définitions péremptoires, à confondre avec la territorialité, est, dès lors, envisagée comme une projection de la puissance publique. Ainsi, dans la perception qui est celle du juriste breton, la souveraineté de la coutume sur son territoire symbolise l'indépendance juridique du duché, qu'il conçoit de la manière la plus absolue (Chapitre 1^{er}). Mais le constat vaut tout autant pour les autres coutumes : son point de vue est territorialiste et « nationaliste », mais non particulariste. Dans la mesure où la puissance politique dérive directement de la puissance foncière, alors, la réalité/territorialité investit certaines dispositions d'une coutume d'une force impérative qui doit traduire, au sein du conflit de coutumes, la prise en considération des intérêts supérieurs de l'ordre juridique coutumier, qui doivent nécessairement transcender les intérêts privés en cause. La véritable présomption de réalité qu'il forge devient non seulement un instrument de défense des intérêts fonciers et des intérêts familiaux et sociaux qui sont attachés traditionnellement aux immeubles, mais, aussi et surtout, une arme destinée à refouler la coutume étrangère en lui interdisant de produire effet sur un intérêt ainsi sanctuarisé.

Si le glissement de sens de la réalité des statuts, au sens matériel du terme, vers la réalité, au sens de souveraineté territoriale, trouve son amorce dès Bertrand d'Argentré, ce n'est qu'avec les travaux des Hollandais, au XVII^e siècle, que cette mutation – qui est aussi une mutation du conflit de lois vers le conflit de souverainetés – est définitivement consommée : la systématisation des thèses défendues par ces auteurs et la rigueur axiomatique qu'ils leur imposent épousent parfaitement le double mouvement d'indépendance des Etats-Nations en voie d'affirmation internationale et d'essor des droits nationaux. L'Ecole Hollandaise a attaché son nom à l'affirmation d'une vraie *souveraineté/territorialité* des statuts, qui est la conjonction de deux principes cardinaux : la territorialité, parce que le territoire est perçu comme le socle sur lequel s'assoit la toute-puissance du législateur local ; la souveraineté, parce que le législateur, à l'intérieur des limites qui borne son pouvoir, est maître absolu et, donc, maître, au besoin par la contrainte, d'imposer ses lois, y compris, s'il l'entend, d'assujettir ceux qui ne sont pas ses sujets naturels (Chapitre 2^{ème}). C'est sur ces fondations que les Hollandais entendent bâtir une réinterprétation du conflit de statuts, qui s'écarte des aspirations des statutistes médiévaux, mais qui n'en rejette pas pour autant la méthode : la distinction statuts réels/personnels, principalement envisagée *ab effectu*, leur permet de proposer un modèle de résolution du conflit de lois qui met en balance, d'un côté, le fondement du statut réel, c'est-à-dire le *strictum jus* ou *rigor juris*, qui rend ce statut réel absolument souverain sur son territoire, et, de l'autre, le fondement du statut personnel, qui s'appuie sur la *necessitas* ou *comitas*,

et qui en assure l'extraterritorialité. Le système, volontairement déséquilibré, est conçu de telle façon qu'il doit permettre à l'ordre juridique local d'accueillir ou de refuser à son gré une loi, un acte ou une décision qui est née sous l'empire d'une loi étrangère : la dichotomie *strictum jus/comitas* sert ainsi de filtre d'ordre public (Chapitre 3^{ème}).

CHAPITRE I - L'ESPRIT D'INDEPENDANCE DE LA COUTUME PORTE A SON FAITE : LE STATUT REEL, PIERRE ANGULAIRE DU TERRITORIALISME DE BERTRAND D'ARGENTRE.

Bertrand d'Argentré a laissé, dans l'histoire, l'image d'un hobereau breton, au tempérament fier et orgueilleux, passionnément attaché à sa province et viscéralement ancré dans le territoire de sa province²⁶². L'auteur de l'*Histoire de Bretagne* (1588) s'est ainsi érigé, par l'intermédiaire de ses *Commentaires sur la coutume de Bretagne*²⁶³ (1584), en défenseur intransigeant des privilèges et des particularismes de la nation bretonne²⁶⁴. Il s'est, d'ailleurs, lui-même attaché à cultiver cette image par ses fortes déclarations et les controverses virulentes qu'il a pu engager contre ceux qu'il nommait comme ses adversaires. Mais c'est également un juriste de grand talent, fin connaisseur des coutumes et, en particulier, de la coutume de Bretagne, qu'il a contribué à réformer, mais aussi exercé à l'art du droit romain, qu'il manie à merveille. En homme du XVI^e siècle, s'il recherche inlassablement à défendre la pleine souveraineté de la coutume et du juge bretons, concourant ainsi à définir la coutume de Bretagne comme une « coutume princesse », il ne peut se défaire de l'influence du courant humaniste, ni même de celle des méthodes bartolistes, que ses travaux mettent à l'épreuve plus qu'ils ne s'en affranchissent.

La doctrine de Bertrand d'Argentré se concentre, presque exclusivement, dans ses *Commentaires*, au titre « des donations », sous l'article 218 de la coutume réformée, et dans la glose IV, qui forme, à elle seule, une dissertation qui prendra le titre de *De statutis personalibus et realibus*. Cette dissertation entend, de l'aveu même de son auteur, rompre avec les méthodes et les solutions

²⁶² Fils d'une ancienne et illustre famille bretonne, ayant sans doute suivi des études de droit à Bourges, sous la direction de Eguiner-François Baron et de François Le Douaren, Bertrand D'ARGENTRE (1519-1590) hérite, à vingt-huit ans, de la charge de sénéchal de Rennes, qu'occupait alors son père, et, après avoir résigné sa charge en 1582, accède à celle de président au Présidial de Rennes, fonction qu'il occupe jusqu'en 1589. A ce poste, il entre souvent en conflit avec le Parlement de Bretagne, dont il critique la composition et dont il supporte mal la tutelle qu'elle exerce sur le présidial. Commentateur inlassable de la coutume de Bretagne, en sa version de 1539, il devient commissaire du roi auprès des Etats de Bretagne, jouant un grand rôle dans la réformation de la coutume de 1580, puis entreprenant de livrer un commentaire de la version réformée en 1584, dont la version définitive et achevée ne paraît qu'après sa mort, en 1608. A la demande des Etats de Bretagne, il rédige une *Histoire de Bretagne* de 1580 à 1582, ouvrage qui fit polémique et le conduisit à en remanier certains passages et à réaffirmer son plus parfait attachement à la Couronne de France dans l'édition qu'il fait paraître en 1588. Voir Marie-Yvonne CREPIN, « ARGENTRE Bertrand (d') », *Dictionnaire historiques des juristes français*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 22-23.

²⁶³ Dont le titre original est : *Commentarii in patriae Britonum Leges seu Consuetudines generales antiquissimi Ducatus Britanniae*.

²⁶⁴ Sur la vie et l'œuvre de Bertrand d'Argentré, voir Pierre CADIOU, *Bertrand d'Argentré, pamphlétaire de l'histoire de Bretagne et doctrinaire des statuts*, thèse Rennes 1, 1974 (l'auteur remercie M. Christophe Camby d'avoir pu lui procurer un exemplaire de cette thèse) ; plus anciens, Daniel-Louis MIOREC DE Kerdanet, *Histoire de Bertrand d'Argentré*, Brest, 1852, et Charles DE LA LANDE DE CALAN, *Bertrand d'Argentré, ses doctrines juridiques et leur influence*, thèse 1892. Sur sa doctrine en matière de conflits de lois, voir Frédéric JOÛON DES LONGRAIS, *Le territorialisme de d'Argentré*, 1961 (inséré dans les *Mélanges offerts au professeur Egawa Hidebomi*, Tokyo, 1962) ; Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, op. cit., pp. 22-43 ; et Max GUTZWILLER, *Geschichte*, op. cit., pp. 89-100.

pratiquées jusqu'alors par l'École italienne des statuts et par Charles Dumoulin²⁶⁵ et d'établir, sur des fondements plus solides, un véritable système de résolution de conflits de lois²⁶⁶. En réalité, le programme qu'il se propose de mettre en œuvre est bien moins ambitieux et original qu'il ne laisse entendre : d'un point de vue doctrinal, Bertrand d'Argentré est bien plus influencé qu'il ne veut bien le laisser croire par les solutions de l'École d'Orléans et par l'œuvre de Charles Dumoulin, qu'il attaque avec vigueur sur les aspects les plus novateurs de sa théorie, mais dont il rejoint, par des chemins détournés, bien des conclusions. D'un point de vue jurisprudentiel, il est averti des réalités que lui impose la pratique intercoutumière des juridictions et doit, donc, en permanence, ajuster ses théories avec les contraintes de la pratique.

S'il ne fait plus de la loi *Cunctos populos* du Code (C. 1.1.1.) le siège de sa doctrine en matière de conflits de lois, se démarquant ainsi d'une tradition pluriséculaire, et s'il privilégie un article de coutume plutôt qu'une loi romaine pour déployer son argumentation, d'Argentré demeure fidèle à la méthode héritée de l'École franco-italienne : en partant d'une distinction, qu'il a, d'ailleurs, recueillie auprès de ses prédécesseurs, il soutient ensuite ses vues à l'aide des textes romains et discute les avis de ses aînés ou contemporains pour mieux leur répondre.

La distinction tripartite entre les statuts réels, les statuts personnels et les statuts mixtes reste, aux yeux de beaucoup, comme le legs le plus important que d'Argentré ait pu faire à l'histoire des conflits de lois et, assurément, elle est emblématique du territorialisme intransigeant des coutumes qui anime sa théorie. Mais son apport le plus décisif ne tient pas à la classification des statuts, que ses aînés connaissaient et pratiquaient, depuis Pierre de Belleperche et Guillaume de Cun, à travers la distinction des statuts réels et personnels²⁶⁷, ni même à l'ajout de la catégorie des statuts mixtes, qui n'existe que pour servir les intérêts de la catégorie des statuts réels, dans laquelle elle finit par se confondre, ni, enfin, à la conviction – discutable²⁶⁸ – de d'Argentré que sa

²⁶⁵ L'essentiel de la doctrine de d'Argentré figure à la glose VI de l'article 218. Mais, dans d'autres passages de son œuvre, au détour de tel article ou de tel titre, l'auteur a pu se livrer à certaines considérations touchant au conflit de lois ou au conflit de juridictions. Or, force est de constater que les réflexions concernant le conflit de lois, à propos de la règle de conflit en matière de forme des actes (traitée à l'article 2 et où il prend parti pour la règle traditionnelle *Locus regit actum*) ou de compétence judiciaire en matière pénale (évoquée à l'article 12 et où il défend, contre l'ordonnance de Moulins de février 1566, mais conformément à la coutume de Bretagne, la souveraineté du *judex domicilii* sur ses ressortissants), se marient fort mal avec la distinction cardinale de l'auteur. Il est logique, au fond, que ces réflexions restent en dehors de la glose VI, puisqu'elles n'auraient jamais su trouver leur place dans sa tripartition entre statuts réels, personnels et mixtes. Sur ces questions, voir les remarques fort pertinentes de Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, pp. 38-43.

De même, la thèse de d'Argentré en matière de compétence judiciaire est trop rétrograde – au sens neutre du terme – pour qu'elle puisse participer de la construction doctrinale des « lois de sûreté ». Sur sa doctrine pénale, voir, outre la référence ci-dessus, Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, *op. cit.*, pp. 209-224, où il commente tout à la fois les articles 9 et suivants de la Coutume de Bretagne et les avis émis par d'Argentré à leur sujet.

²⁶⁶ Sur le système de résolution des conflits de d'Argentré, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 338-377.

²⁶⁷ Cette distinction, qui occupe, pour la première fois, un rôle de premier plan dans une construction doctrinale, remonte à l'École d'Orléans. Des Orléanais, elle est passée par Cino da Pistoia, qui déclarait la tenir de Pierre de Belleperche, même si c'est davantage à Guillaume de Cun qu'elle doit d'avoir été généralisée. C'est par l'intermédiaire de Cino qu'elle fut à Bartole et, ensuite, à Balde. Dans les doctrines de ces derniers, la distinction, bel et bien présente, ne remplit aucune fonction essentielle et a une importance, somme toute, secondaire. C'est encore le cas, au XVI^e siècle, avec Dumoulin, qui lui préfère la distinction intérêts disponibles/intérêts indisponibles : elle n'est, tout au plus, qu'une subdivision de cette dernière branche. En revanche, elle est amenée à jouer un rôle fondamental à partir du XVI^e siècle, en France, avec Bertrand d'Argentré, puis dans les Pays-Bas, au XVII^e siècle, par le biais de Nicolas de Bourgogne et ses successeurs Hollandais et, de là, à gagner en envergure dans les doctrines statutistes jusqu'au XIX^e siècle. La paternité de cette distinction reste, toutefois, discutée, car elle pourrait remonter à un Jacopo dell'Arena (selon Meijers) ou à Guido da Suzzara (d'après Cortese). Sur l'histoire de cette transmission, voir Bertrand ANCEL, *Éléments*, *op. cit.*, Paris, p. 142, note 62.

²⁶⁸ Voir, *supra*, note 265, sur l'exclusion, fort commode, des règles de conflit relatives à la forme des actes et à la compétence judiciaire du champ de la *summa divisio* de la glose VI.

classification tripartite avait vocation à embrasser tous les statuts et à épuiser toutes les situations de conflits de coutumes en leur apportant une réponse simple. Si tous ces facteurs contribuent, effectivement, à dessiner les contours d'un système de résolution des conflits vraiment indépendant et enfin émancipé du *jus commune*, le statutisme argentréen donne un nouveau souffle à la méthode de gestion verticale en établissant un lien indivisible entre le champ d'application *ab effectu* d'un statut ou d'une coutume, le respect dû à la puissance publique de la *potestas statuendi* qui en est l'auteur et le nécessaire concours de la *potestas cogendi* afin de permettre à ce statut ou cette coutume de produire ses effets. La hiérarchie des statuts qu'entend instituer d'Argentré s'explique, ainsi, par la force du statut réel (ou mixte) : contrairement au statut personnel, le statut réel présente l'indéniable supériorité de satisfaire, à l'intérieur d'un seule et même territoire, ces trois impératifs²⁶⁹. Le statut réel – en tant qu'expression de l'autorité publique et garant de l'*utilitas publica* – présente, alors, de façon incidente, les traits caractéristiques d'une loi de police : sa prédominance refoule nécessairement la norme étrangère au-delà des frontières du territoire et garantit à tous, sujets comme étrangers, une égalité de traitement assurée par son application exclusive et impérative. Il résulte d'une telle logique publiciste que le conflit de coutumes, selon d'Argentré, se définit comme un conflit entre *potestates* concurrentes et égales entre elles : la théorie argentréenne pave le chemin pour l'Ecole hollandaise, qui, au siècle suivant, avec sa doctrine de la souveraineté/territorialité, tirera les pleines conséquences des principes dégagés par le juriste breton et leur donnera une cohérence et une force que ce dernier n'avait pas osé leur conférer.

Dans un tel système, le statut personnel, par l'extraterritorialité des dispositions qu'il porte et son application transfrontière, endosse le rôle d'élément perturbateur et le statut réel (ou mixte), par ses effets territoriaux et absolus, remplit la fonction d'élément régulateur, chargé d'endiguer les conséquences insidieuses emportées par un statut étranger et de garantir le bon ordre civil à l'intérieur du ressort ou du détroit local. La *summa divisio* de Bertrand d'Argentré, par la domination du statut réel qu'elle établit, révèle que la territorialité des coutumes locales est, au fond, un instrument de « conservation sociale » (section 1^{ère}). L'action de ces statuts réels doit s'interpréter comme la volonté d'assurer à chaque coutume une pleine « souveraineté » (ou autonomie) territoriale : le système qui se dévoile alors suppose une coexistence et une coordination paritaire des coutumes (Section 2^{nde}). Si la verticalité n'est plus formelle, faute de pouvoir suprême organisant et garantissant, par son action, les relations entre chaque coutume, elle est, plus que jamais, matérielle.

Section 1^{ère}. La territorialité des statuts locaux : la domination du statut réel.

Le prestige, davantage encore que l'autorité, dont a joui la doctrine de d'Argentré tient autant à la clarté des principes qui la fondent qu'à la simplicité, apparente, qui préside à sa mise en œuvre. La classification tripartite, qui constitue la clef de voûte de son système (§ 1.), présente ainsi trois types de statuts, qui coïncident, dans son esprit, aux coutumes du Royaume de France, et qui sont déterminés, à la fois, par leur objet – selon qu'il est *in rem* et/ou *in personam* – et par leur extension dans l'espace – selon qu'ils sont territoriaux ou extraterritoriaux. Dans le système du jurisconsulte breton, l'objet est étroitement lié à l'effet et la qualification d'un statut permet d'en déduire le régime juridique qui doit lui être appliqué : la cohérence et la simplicité de l'ensemble repose sur l'identité parfaite qui doit exister entre l'autorité législative qui est à l'origine de la

²⁶⁹ Bertrand ANCEL, *Eléments, op. cit.*, pp. 216-225.

disposition, le juge qui est appelé à en connaître et l'autorité exécutive qui en exécutera les effets. La liaison de ces trois *potestates* assure la bonne coordination des ordres juridiques coutumiers, puisque chacun y trouvera satisfaction.

Toutefois, il ne saurait être question de mettre ces trois classes de statuts sur un pied de parfaite égalité, parce que la préservation des ordres juridiques coutumiers, dans leur intégrité première, suppose que soit limitée, au maximum, la pénétration d'une norme étrangère, qui viendrait en perturber l'organisation sociale, juridique et politique. Le choix de la réalité/territorialité, au détriment de la personnalité/extraterritorialité, ne saurait s'expliquer autrement que par cette défaveur marquée pour la coutume étrangère. Ainsi, la catégorie des statuts réels, caractérisée par sa territorialité stricte et absolue, est érigée en principe, tandis que la catégorie des statuts personnels n'est qu'une exception, cantonnée au strict minimum ; enfin, les statuts mixtes, mêlés d'objet réel et personnel, sont soumis à une présomption de réalité qui en fait une catégorie-balai destinée à se fondre, *in fine*, dans les statuts réels. La tripartition d'origine est réduite à ne devenir, au bout du compte, qu'un affrontement inégalitaire entre les domaines assignés aux statuts réels et les questions de droit qui rentrent dans la catégorie des statuts personnels. Dès lors, pour apprécier la portée concrète de la *summa divisio* posée par le juriste breton, il convient de mesurer, par l'exemple, la fonction de mécanisme correcteur que remplit, suivant une logique équivalente à celle d'une loi de police, le statut réel dès lors qu'il est confronté à une norme extraterritoriale (§ 2.).

§ 1. La classification tripartite des statuts.

Parce que cette classification tripartite se ramène, en pratique, à une distinction entre les statuts réels et mixtes, d'une part, et les statuts personnels, de l'autre, il importe de définir ces différentes classes de statuts et d'en définir la portée matérielle et territoriale. En effet, à chaque statut, correspond, *ab effectu*, un champ d'application dans l'espace prédéterminé, qui en conditionne l'application à l'intérieur ou le refoulement à l'extérieur d'un ressort ou d'un détroit donné :

1° Les statuts réels sont les statuts qui disposent des « choses du sol »²⁷⁰, c'est-à-dire des immeubles et des droits qui y sont attachés. Tous les actes de disposition concernant un immeuble, c'est-à-dire toutes les opérations réalisant le transfert de droits réels immobiliers, sont, par principe, soumis à la *lex rei sitae*. Le statut réel est, par nature, immobilier²⁷¹. En ce qui concerne son effet, la coutume qualifiée de « réelle » se renferme étroitement dans les limites du territoire où se situe l'immeuble et a vocation à étendre ses dispositions à toute personne, sujette ou étrangère, qui prétend droit sur l'immeuble en question.

Le statut mixte est celui qui affecte à la fois l'immeuble et la personne, en conférant une aptitude particulière à la personne lorsqu'il s'agit pour elle de disposer de ses immeubles²⁷². Pour

²⁷⁰ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii in patriae Britonum leges seu consuetudines*, article 218, glose VI, Paris, 1660, n°2, p. 602 : « 2. Pour toute disposition touchant les immeubles, le lieu doit être retenu. S'il s'agit des choses du sol, c'est-à-dire des immeubles, appelés aussi d'héritage... la loi à suivre, dans chaque lieu, c'est la loi locale » (2. In rebus soli, spectandus est locus ad omnes dispositiones. *Cum de rebus soli, id est immobilibus agitur, qu'ils appellent d'héritage... certissima usu observatio est id jus de pluribus spectari quod loci est* : traduction Bertrand ANCEL, *Éléments, op. cit.*, pp. 253-281). Pour le texte complet de ce paragraphe § 2, voir, *infra*, p. 162 et note 296.

²⁷¹ D'Argentré dresse une liste (non limitative) des statuts mixtes au paragraphe n°8 *in principio*, p. 603.

²⁷² Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°6, p. 603 : « 6. Et les statuts mixtes. De la même manière que dans la classification des charges ou des actions, il y a, à côté des dispositions personnelles et des dispositions réelles, des

résoudre le doute qui surgirait sur le type de statut à lui appliquer de manière privilégiée, la réalité doit l'emporter sur la personnalité. Le critère principal est l'immeuble, non la personne, parce que l'immeuble est entièrement, et de manière exhaustive, régi par la loi du lieu de sa situation. La conséquence en est que, même si un statut mixte visait principalement la personne, ce serait toujours en considération d'un immeuble et, même dans ce cas, l'immeuble prime sur la personne. Il s'agit d'une présomption de réalité. L'avantage que voit d'Argentré à cette présomption est évident : c'est un facteur de stabilité et une garantie de tranquillité publique et de prévisibilité des solutions, par rapport au facteur changeant qu'est la condition juridique de la personne qui entend exercer son droit de propriété, dans le cas d'une aliénation du bien. L'effet du statut mixte est donc identique à celui du statut réel : il est territorial et absolu, obligeant aussi bien les sujets que les étrangers. La distinction objective perd, dès lors, de son intérêt, comme cette catégorisation mixte, qui a vocation, en pratique, à se confondre avec les statuts réels²⁷³.

2^o Le statut personnel est celui qui, à titre principal, « définit le statut, la condition et la qualité de la personne, abstraction faite de toute matière réelle », mais également celui qui régit les meubles, en vertu de la vieille règle coutumière *mobilia sequuntur personam*²⁷⁴ : ainsi, des dispositions qui règlent la majorité, la tutelle, l'interdiction, l'indignité, l'excommunication, la puissance paternelle, l'incapacité de la femme mariée, la légitimation, l'incapacité pour le prodigue d'administrer ses biens, la diffamation...²⁷⁵ Quant à son effet, il est toujours extraterritorial et il suit la personne en tout lieu. La personne est soumise à la loi de son domicile, ce qui représente un critère de fixité empêchant tout changement de législation à chaque déplacement dans un détroit coutumier différent et, donc, tout conflit mobile. La justification en est simple et constitue, une nouvelle fois, un legs de la tradition : elle s'appuie, effet, sur l'allégeance que doit, aux yeux de l'auteur, chaque personne au justicier, juge et législateur, de son domicile, comme il le préconise également, en dépit d'une

dispositions mixtes. De tels cas se présentant et s'agissant de l'aliénation des biens, la considération de la personne est secondaire et les statuts du lieu de situation de la chose l'emportent » (6. Tum et mixtorum : *non aliter quam in munerum divisione, in qua realia, personalia, et mixta ponuntur, et in actionibus item quae tales etiam describuntur. Cujusmodi casus cum incidunt, et de dominiis transferendis agitur, posterior et personarum consideratio, et statuta locorum de rebus pervincunt* : traduction Bertrand ANCEL précitée). D'Argentré livre quelques exemples de statuts mixtes au paragraphe n^o8 *in medio*, p. 604.

²⁷³ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n^o9, p. 604 : « Les matières qui sont réelles ou mixtes sont en rapport si étroit avec les lieux où se trouvent les biens qu'elles ne sauraient être régies par d'autres lois que celles du territoire » (9. *Quae realia, aut mixta sunt, haud dubie locorum rerum situm sic spectant, ut aliis legibus quam territorii judicari non possunt* : traduction Bertrand ANCEL précitée).

²⁷⁴ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n^o4 et 7, pp. 602-603 : « 4. Mais autre est la justification du droit des personnes, qui englobe aussi le droit des meubles car ceux-ci n'ont pas d'autre condition que la personne elle-même et donc trouvent leur droit au lieu du domicile – dès lors, si on s'enquiert du statut de la personne ou de sa capacité à passer les actes de la vie civile, le pouvoir d'en juger est sans réserve le pouvoir qui juge au domicile ; c'est-à-dire le pouvoir auquel la personne est soumise et qui là-dessus peut décider de telle manière que ce qu'il disposera, jugera, ordonnera du droit de la personne vaudra en quelque lieu que celle-ci se transporte, parce que la personne en est affectée... » (*Sed alia ratio est de personarum jure, in quo et mobilia continentur, quia talia non alio jure habentur quam persona ipsa, et ideo legem ab domicili loco capiunt. Quare cum de personae jure, aut habititate quaeritur ad actus civiles, in universum ea judicis ejus potestas est qui domicilio judicat, id est, cui persona subjicitur, qui sic de eo statuere potest ut quod edixerit, judicavit, ordinavit de personarum jure, ubicunque obtineat, quocumque se persona contulerit, propter afficiendam personae...* : traduction Bertrand ANCEL précitée).

« 7. On comptera parmi les exemples les plus éclairants de coutumes personnelles celle qui définit le statut, la condition et la qualité de la personne abstraction faite de toute matière réelle... » (*Exemplis res fiet illustrior personalium statutorum, cum scilicet principaliter de personarum jure, conditione, et qualitate statuitur, abstracte ab omni materia reali* : traduction Bertrand ANCEL précitée). Sur le paragraphe § 4, voir, *infra*, p. 161 et note 293. Sur l'interprétation, par d'Argentré, de la vieille maxime *Mobilia sequuntur personam*, voir Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 638-641.

²⁷⁵ Divers exemples de statuts personnels sont, ainsi, évoqués aux paragraphes 7, 8 *in fine* et 16, pp. 603-606.

législation contraire dans le Royaume, en matière de délits. Il s'agit là d'une rémanence de l'antique régime de la personnalité des lois.

La catégorie des statuts personnels est, bien sûr, amputée de toutes les questions de droit qui mettent en jeu un immeuble. Si ces statuts s'avisent de régler la capacité des personnes par rapport aux biens immeubles, alors, ils doivent être qualifiés de statuts mixtes et suivre le régime de réalité qui est prescrit pour ces derniers. Ainsi, les coutumes disposant de la capacité spéciale (par exemple, en fixant une majorité spéciale aux fins de l'aliénation d'un bien) ou de l'incapacité spéciale d'une personne vis-à-vis d'un immeuble²⁷⁶ seront réputées mixtes et soumises à la *lex rei sitae*. En cela, d'Argentré rejoint Dumoulin, qui constatait, à propos de l'incapacité testamentaire active du mineur de vingt-cinq ans, qu'elle devait être tenue pour réelle, en raison de la « conservation du patrimoine » qu'un statut réel peut seul assurer²⁷⁷.

Il résulte de cette tripartition que le système de d'Argentré est entièrement agencé afin que le statut réel immobilier, soumis à la *consuetudo rei sitae*, à la portée territoriale et absolue, l'emporte toujours, exception faite du domaine réservé au statut personnel, régi par la *consuetudo domicilii*, qui est réduit, à dessein, à la portion congrue. Le statut mixte n'est qu'un avatar du statut réel, l'effet, ici, l'emportant sur l'objet. L'immeuble est préservé des atteintes que pourrait lui porter l'extraterritorialité d'un statut personnel et se défend au point d'imposer lui-même les prescriptions de la coutume locale à la personne qui voudrait exercer ces droits à son égard. En l'occurrence, le jeu des qualifications permet à d'Argentré de résoudre la plupart des conflits de lois en recourant au statut réel et à la loi du lieu de situation de l'immeuble et de cantonner, au strict minimum, l'action d'une règle statutaire ou d'une coutume extraterritoriale : ce faisant, il limite, au maximum, les risques que ce statut ou coutume étranger ferait courir à l'ordre juridique local en produisant ses effets à l'intérieur de ses frontières.

§ 2. Le statut réel à l'épreuve des normes extraterritoriales.

Les statuts réels, ou mixtes par le biais de la présomption de réalité, constituent la catégorie de principe, là où les statuts personnels sont ravalés au rang d'exception. Pour procéder au jeu de qualifications et donc ranger, selon le matériel des coutumes, les dispositions entre la classe des statuts réels et mixtes et celle des statuts personnels, il faut donc au jurisconsulte breton déterminer, dans une approche d'un statutisme des plus orthodoxes, quels sont les statuts qui sont soumis à la loi du domicile, dans la mesure où ils disposeraient de l'état et de la capacité générale de la personne ou des meubles, et lesquels sont soumis à la loi du lieu de situation, dans la mesure où le rapport de droit contient, même indirectement, un immeuble. En restreignant le champ d'application des premiers pour mieux élargir le champ d'application des seconds, d'Argentré s'est singulièrement facilité la tâche. Par contrecoup, l'extension démesurée de la catégorie des statuts réels contribue à renforcer singulièrement l'effet territorial, absolu et impératif qui donne à une coutume locale la dimension d'une disposition de police, mais, également, à diluer ces traits de caractère dans un ensemble plus large. Tout statut réel, chez d'Argentré, est un statut d'application territoriale et impérative et, partant, « de police », parce que la considération de l'immeuble, et des intérêts (familiaux, sociaux, politiques) que celui-ci porte, doit l'emporter en toute cause.

²⁷⁶ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°14, p. 605.

²⁷⁷ Voir, *supra*, pp. 138-139.

Afin de ne pas s'égarer dans une fastidieuse revue de tous les statuts qui sont réputés réels par d'Argentré, le parti a été pris, pour mieux illustrer le fonctionnement de la logique de sa classification, de prendre, d'abord, pour exemple un statut prohibitif qui est pris en charge par la catégorie des statuts réels : les tensions entre ordres juridiques qu'est de nature à soulever le statut prohibant les legs entre époux sont résolues par la victoire indiscutable de sa nature réelle contre toutes normes contraires (A.). Ensuite, le travail de qualification auquel a dû se livrer le juriste breton l'a conduit à confronter sa qualification à quelques statuts dont la nature ambivalente ou particulière (voire exorbitante, comme l'indique le sort incertain des contrats à l'intérieur d'un tel système) mérite que soient précisées les raisons qui ont pu conduire à en décréter la territorialité, dans des domaines où la qualification de statut réel ne s'imposait avec la force de l'évidence. Ainsi, parce qu'il s'agit d'un cas à part dans la théorie de d'Argentré, et que celui-ci n'envisage jamais que sous l'aspect du champ d'application territorial, l'étude de la matière contractuelle rappelle une exception classique qui est susceptible de faire barrage aux effets, sur un territoire, d'une convention : la présence, à cet endroit, d'un statut prohibitif (B.). Ensuite, aux confins de la personnalité et de la réalité, la question, tout aussi classique, de l'incapacité spéciale requiert que soient envisagées les conséquences de sa soumission au statut réel (C.). Ce statut mixte, qui suscite bien des interrogations dès lors qu'il faut l'étendre à un étranger, ne peut trouver de secours que dans la présomption de réalité et les effets qui y sont attachés. Tous ces cas de figure présentent également l'avantage de rejoindre, et d'établir un parallèle avec, la plupart des hypothèses où la théorie de Charles Dumoulin se retrouvait en prise avec des statuts réels d'application impérative.

A. Le statut réel prohibitif par excellence : le statut interdisant les legs entre époux.

Alors qu'il s'agissait, dans les *Conclusiones* de Dumoulin, d'un statut portant sur des intérêts indisponibles qui cristallisait, à ses yeux, les tensions entre sa nature éminemment personnelle et son régime de statut prohibitif personnel, l'article 223 de la coutume de Bretagne qui interdit aux époux de se léguer mutuellement leurs immeubles est soumis, classiquement, par d'Argentré à la qualification de statut réel, en raison de la présence d'immeubles dans l'opération envisagée :

29. *Le statut prohibant les legs entre époux est réel.* Notre coutume, en son article 223, interdisant au mari de léguer à la femme et à la femme de léguer à son mari, la question est douteuse si cette interdiction atteint aussi les biens situés ailleurs, au delà des frontières de Bretagne, comme nous l'admettons pour les meubles avec le statut du domicile. Or, ici aussi, la plupart des savants refluent vers leurs prémisses et, confirmant leur erreur, pensent que le statut est personnel, pour quoi il l'emporterait partout, sur tous les statuts de tous les pays : ainsi d'Alexandre (Tartagni d'Imola), *cons. XIX, L. 6 vulg. L. cunctos populos*. De tels statuts sont en vigueur à Anvers, à Paris et en maints autres endroits, mais celui de Louvain est contraire et (Nicolas) Everard en traite au passage 79. *Quid* donc si un citoyen de Louvain (supposons aussi qu'il a son domicile à Louvain) a légué à son épouse par testament la tierce partie de biens immobiliers ou même de la maison qu'il possède à Anvers, c'est-à-dire en un lieu où le statut est prohibitif ? Everard dénie la validité à ces legs et c'est parfaitement exact. Quel est, en effet, le pouvoir du statut de Louvain sur les choses situées à Anvers ressortissant à un pouvoir, à un droit et à un territoire différents, alors que la loi anversoise les interdit ? Il ne peut pas être tenu pour personnel, même s'il dispose à propos du mari et de la femme et que l'examen de pareils statuts peut, pour partie, extraire de la qualité d'époux le motif de la prohibition, mais pas seulement de cette qualité, car c'est d'abord et bien plus en considération de la succession – et, là, il s'agit des immeubles – qu'à leur propos que le statut auquel les choses ressortissent interdit et prohibe. C'est pourquoi, en Bretagne où la loi l'interdit, ce que la coutume

de France permet là-dessus à son sujet domicilié, nous ne le souffrirons pas, spécialement quant aux choses du sol. Du Moulin évoque le statut anversois dans son *Cons. XXXI* et, selon ce que rapporte Chasseneuz, *Rubrica 4 §7*, ainsi fut jugé en cour de l'archiduc de Flandres et en Parlement de Dijon, et, en ce sens, (Rocco) Corti rappelle le statut de Pavie²⁷⁸.

Analysant exclusivement la disposition coutumière sous l'angle du « pouvoir du statut » et de l'intention du législateur, qui n'aurait eu en vue que la succession aux immeubles pour prescrire une telle interdiction, cette dernière est investie d'un effet territorial absolu qui refoule en dehors des frontières du détroit coutumier qui l'a édicté. En donnant tort à Alessandro Tartagni, partisan de la qualification de statut personnel, à portée extraterritoriale et universelle, et raison à Nicolas Everard, qui y voit, à Louvain, un statut purement réel, d'Argentré en déduit, alors, que cette seule disposition prohibitive suffit à refuser l'application d'une coutume contraire : « c'est pourquoi, en Bretagne où la loi l'interdit, ce que la coutume de France permet là-dessus à son sujet domicilié, nous ne le souffrirons pas, spécialement quant aux choses du sol (aux immeubles qu'il y posséderait) » : de la sorte, le ressortissant de la coutume de Paris, qui demanderait l'exécution d'un legs testamentaire fait par son conjoint prédécédé, serait assujéti à la même réglementation que le ressortissant de la coutume de Bretagne, quoique son statut personnel l'y autorisât par ailleurs. D'Argentré renverse ainsi la perspective qu'avait adoptée Dumoulin lorsque celui-ci avait abordé ce statut pour rejoindre les mêmes conclusions : l'avocat parisien, sensible à la nature personnelle d'un statut qui puise sa raison dans la qualité d'époux, en concluait que ce statut devait être d'application strictement territoriale, sans entraver la capacité des époux à se léguer leurs immeubles situés à l'étranger, sous des cieux plus libéraux, où une telle interdiction n'existerait pas ; il admettait, toutefois, que le caractère intrinsèquement impératif de cette prohibition empêchait un étranger de léguer à son conjoint les immeubles qu'il posséderait sur ce territoire, parce que l'ordre juridique du lieu de situation de la chose ne le permettrait pas et refuserait d'en ordonner l'exécution. D'Argentré n'envisage, lui, que cette dernière hypothèse, la restriction devenant, à ses yeux, la règle. L'un et l'autre auteur participent à la construction d'un régime propre à une coutume qui serait prohibitive et absolument territoriale : la réalité, chez Dumoulin comme chez d'Argentré, en l'occurrence, endosse pleinement son rôle de préservation des patrimoines des familles.

²⁷⁸ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°29, pp. 608-609 : 29. Statutum de non legendo inter conjuges reale est. *Cum haec Consuetudo prohibet art. 223. virum uxori, aut contra, testamento relinquere, dubitatio tenuit, an etiam extra fines Britanniae ea valeret de rebus alibi sitis, nam de mobilibus statutum domicilii sequimur. Sed hic quoque de scholasticis plerique in sua assumpta relabuntur, et errores confirmant, et statutum personale esse putant, et ideo ubique obtinere per omnia omnium locorum statuta, ut Alex. Cons. 19 lib. 6 et vulgo, d. l. Cunctos populos. Tale statutum obtinet Antverpiae, tale et Parisiis, et alibi frequentibus locis. Contrarium Lovanii, et Everardus scribit loco 79. Quid igitur si civis Lovaniensis (ponamus etiam domicilium habere Lovanii) legavit uxori testamento tertiam partem bonorum immobilium, vel etiam domum quam habebat Antverpiae, hoc est in loco statuti prohibitorii ? Everardus negat valiturum legatum, et plane verum est. Namque potestas est statuti Lovaniensis de rebus Antverpianis, diverso imperio, jure, et finibus, idque prohibendo Antverpiana lege ? Nec enim personale dici debet ; etsi personaliter de viro et uxore disponat, et possit etiam consideratio talis statuti rationem prohibitionis quadam ex parte eliciisse a qualitate virili et uxoria, sed non ab ea sola, imo multo magis heredis et respectu ; sed de rebus soli agitur, de quibus ipsis statutum, cui res subjiuntur, prohibet ne fiat. Quare quod statutum Francicum de eo permittit domiciliario suo, nos valere non patiemur in Britannia, ubi lex nostra prohibet, de rebus soli praesertim. Talis statuti Antverpiani meminit Mol. Cons. 31 et sic in praetorio Archiducis Flandriae, et in Parlamento Divionensi judicatum scribit Chass. Rubr. 4, § 7. Idem statutum Papiae memorat Curtius Cons. 6. : traduction Bertrand ANCEL précitée)*

B. Le statut réel prohibitif au sein de la matière contractuelle : la renonciation volontaire de la fille dotée.

Bien qu'elle forme la partie principale de sa dissertation sur les statuts réels et personnels, et qu'elle offre à d'Argentré l'occasion de croiser le fer avec les thèses de Charles Dumoulin sur la loi d'autonomie de la volonté et sur la convention tacite, considérée à l'égal d'une convention expresse, le juriste breton n'aborde pas la matière contractuelle comme une catégorie indépendante, qui en respecterait les spécificités et qui serait soumise à des règles de conflit qui lui seraient propres. L'on peut regretter que, jetant toutes ses forces et usant de son talent de controversiste dans la discussion polémique qu'il se plaît à mener, dans son paragraphe 33, au sujet du *Consilium LIII* de Dumoulin, Bertrand d'Argentré n'ait pas senti le besoin de répondre à son adversaire posthume par une théorie des conflits en matière d'actes juridiques qui aurait complété, utilement et positivement, les objurgations qu'il oppose aux positions du juriste parisien. En l'occurrence, l'argumentation de d'Argentré brille plus par sa force que par sa rigueur.

Son unique préoccupation, au regard des actes conventionnels, est de déterminer dans quels cas ses dispositions pourront se voir accorder un effet extraterritorial et dans quels cas elles devront se restreindre à un périmètre purement territorial : fidèle aux conséquences dont il hérite les causes, d'Argentré n'envisage le contrat qu'au prisme de sa distinction maîtresse. Mais, à défaut d'exposer un système de résolution qui soit, en ce domaine, achevé et dûment argumenté, il livre néanmoins les éléments d'une réflexion sur les contrats et autres actes juridiques qui s'accorde en tous points avec les prémisses de sa théorie :

- d'abord, il rejette, dans le paragraphe 33, l'idée même de Dumoulin d'une convention qui aurait été conclue, à défaut d'acte exprès entre les parties, par le choix tacite d'un lieu, résultant de leur comportement et des circonstances de fait. L'idée même qu'une convention, source d'obligations qui lient les parties, qui tient lieu de loi pour les parties, puisse se substituer aux obligations dérivées de la loi (coutume ou statut), lui est insupportable, parce qu'il dénie aux parties la faculté de se substituer à la *potestas statuendi* du législateur. Si les parties n'ont pas passé de convention, c'est qu'elles n'avaient pas l'intention de se soumettre à un régime conventionnel, mais au régime coutumier de droit commun. Ainsi, chez le juriste breton, il ne peut y avoir de loi, et donc de norme potentiellement extraterritoriale, que si elle est édictée par l'autorité compétente : il aborde ainsi le conflit de lois sous l'angle du conflit de compétences et de leur orchestration harmonieuse, qui en présuppose le respect mutuel. De ce point de vue, il faut bien reconnaître que d'Argentré se place dans la ligne de la tradition et que sa solution est bien plus en accord avec la pratique de l'époque que les hardiesses théoriques de Dumoulin²⁷⁹.

- Si les parties ont effectivement contracté, ou disposé de leurs biens, se pose le problème de la coutume qui sera applicable à leur acte. Si elles n'ont pas mentionné expressément la coutume sous laquelle elles entendaient se placer pour régir leurs biens, alors, elles seront censées n'avoir pris d'acte que pour les biens situés dans le territoire de la coutume du lieu où elles contractent : d'Argentré suppose qu'il s'agit du lieu de leur domicile. En revanche, si elles se soumettent, clairement et précisément, à une coutume mentionnée dans l'acte, alors, les biens, où qu'ils soient

²⁷⁹ Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 643-645, dans lesquelles il discute les opinions respectives de Dumoulin et de d'Argentré.

situés, seront régis par ladite coutume et celle-ci se verra accorder le bénéfice de l'extraterritorialité²⁸⁰.

Même en matière contractuelle, d'Argentré parvient à réduire à l'état de simple exception les cas d'ouverture de l'extraterritorialité et à enserrer la volonté des parties dans les rets contraignants d'une disposition coutumière. Il accepte, volontiers, que, lorsque les parties ont expressément soumis leur acte juridique à la coutume de leur choix, les règles relatives à leurs obligations contractuelles soient considérées comme des statuts personnels et, donc, extraterritoriaux. Mais cela est pour mieux l'assortir d'une limite de principe : ainsi qu'il l'avait rappelé dans son paragraphe 2 sur les statuts réels, les immeubles sont exclus du champ de la libre disponibilité des intérêts et, donc, de la volonté des parties :

2. ... les immeubles ne sauraient être régis par une autre loi que la loi du territoire. Il en doit être ainsi dans les contrats, de même dans les testaments, de même dans tous les actes ; rien, quant aux immeubles, ne se peut décider en vertu des volontés privées, ni pareillement se juger contre la loi du lieu où ils sont situés²⁸¹.

La domination exclusive qu'exerce la *lex rei sitae* sur tous les rapport de droit comprenant un immeuble impose que la coutume réelle l'emporte, en tout lieu, sur la loi d'autonomie qui lui serait opposée : d'Argentré n'a même pas besoin de dénier l'extraterritorialité aux contrats conclus sous une loi expressément choisie par les parties, puisque sa « clause de réserve » générale touchant les biens immobiliers suffit, à elle seule, à faire victorieusement barrage à toute disposition étrangère.

Si l'attention se porte, maintenant, sur l'exclusion de la fille dotée, telle qu'elle est envisagée par d'Argentré aux paragraphes 26 à 28, et, plus particulièrement, sur sa renonciation volontaire, aux paragraphes 27 à 28, c'est pour mieux relever que d'Argentré tire les justes conclusions des présupposés sur lesquels il a fondé son système :

26. *La fille est exclue par le statut, du moins au lieu du statut.* Encore soulevée par la plupart des statuts en Italie, la question de la fille mariée exclue de la succession paternelle par le statut porte aux mêmes hésitations. On se demande donc si, en vertu de nos lois, article 226 ci-après, il y a lieu de l'exclure ainsi des biens situés en Poitou où la coutume est différente et je sais que, là dessus, certains ici font mention des statuts réels et des statuts personnels et qu'ils veulent y voir un statut personnel de sorte qu'exclue en Bretagne, la fille le soit en tout lieu, en ce sens ; Francisco de RAMPONI, ancien jurisconsulte et Giovanni CALDERINI *cons. 34, tit. de testam.* JASON *cons. 80, lib. 3*, BARTOLE, *d. l. cunctos populos, sequitimum 33*. Mais cette opinion est évidemment fautive et tirée de fausses prémisses, comme nous l'avons déjà démontré, en effet ce statut n'est pas personnel et le serait-il, il n'affecte pas l'état universel de la personne. C'est pourquoi BALDE la critique, *d. l. cunctos populos, nu. 19 (= 89)*, et tient qu'exclue de cette manière par le statut local, la fille n'est pas exclue des biens situés là où le statut est différent...

27. *Exclusion convenue exclut partout.* DU MOULIN professa de même *in casu cons. 55*²⁸², que la fille n'est pas exclue des biens situés en un autre lieu par la seule force du statut, parce qu'en vérité, celui-ci est réel et se renferme en son territoire ; cependant, par la force d'une simple renonciation faite au père dans le contrat de mariage, elle peut être exclue pour le tout parce qu'alors l'exclusion est

²⁸⁰ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°33, p. 611 : « Ce qui est prévu par convention ou pacte entre le contractants n'est arrêté par aucune borne et suit la personne en quelque lieu que la personne aille et se transporte » (*Quod conventione, aut pacto inter contrabentes convenit, nullis metis includitur, sed personam aeternum sequitur quocumque deferatur persona*).

²⁸¹ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°2, p. 602 : voir, *infra*, p. 162, et note 296.

²⁸² En vérité, il s'agit de la fameuse consultation LIII de 1525 donnée dans l'affaire du don mutuel des époux de Ganay, dont la traduction par Bertrand ANCEL figure dans ses *Eléments, op. cit.*, pp. 227-240.

fondée sur le contrat et la convention personnelle, la renonciation serait-elle pure et simple et non expressément étendue à n'importe quels biens... Mais... il joint à bien d'autres échos... cet avis dont je pense qu'il faut le suivre : si, du moins, la renonciation concerne les biens, où qu'ils soient situés et si les statuts des lieux de situation ne s'y opposent pas.

28. *La simple convention exclut seulement au lieu.* Car une renonciation pure et simple s'entend selon l'usage du lieu, c'est-à-dire seulement des biens situés sous la coutume du lieu, et pas autrement que ce que la coutume du lieu autorise, en vertu de ce que nous disons plus loin...²⁸³

En partant du principe que ce statut est un statut réel, en s'autorisant de Balde, qui y voyait un statut prohibitif favorable et odieux dont les effets extraterritoriaux pouvaient être neutralisés par la disposition contraire d'un lieu, d'Argentré en conclut que son effet territorial laisse hors de sa portée les biens situés ailleurs, qui ne sont pas concernés par une disposition purement interne. Il s'intéresse, ensuite, au cas où l'exclusion n'est pas le fait du statut lui-même, mais de la renonciation volontaire, à laquelle la fille dotée s'est engagée, envers la succession de son père. Une telle manifestation de volonté peut-elle, contrairement au statut, s'étendre aux biens situés en un autre lieu ? Le jurisconsulte breton, à cette occasion, distingue :

1^o Soit, conformément à ce qu'estimait Dumoulin, la renonciation est stipulée, expressément, s'étendre à tous les biens, où qu'ils soient situés, et, alors, la loi du contrat doit produire ses effets partout : la fille dotée est exclue pour le tout, puisqu'elle en a voulu qu'il en aille ainsi.

2^o Soit, d'après d'Argentré seul, la renonciation est pure et simple, sans précision d'aucune sorte et il faut en déduire qu'elle n'a été envisagée que « selon l'usage du lieu » : la fille dotée n'est exclue de la succession que pour les seuls « biens situés sous la coutume du lieu »²⁸⁴.

Dans ce règlement, la restriction portée par le statut prohibitif s'insère sous la forme traditionnelle d'une clause de réserve générale tacitement consentie par les parties : « si les statuts des lieux de situation ne s'y opposent pas ». Si l'une des coutumes, où la convention est amenée à déployer ses effets, interdit pour tout ou partie pareille convention, l'acte n'aura aucun effet sur les biens situés qui sont situés dans son détroit, ou, si l'interdiction est partielle, n'aura d'effet que dans les limites qui sont prévues par la *lex rei sitae*²⁸⁵. Le statut prohibitif, chargé de défendre l'ordre

²⁸³ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°26-28, p. 608 : 26. *Filia statuto excluditur loco dumtaxat statuti. Illa quaestio de filia maritata, statuto a paterna hereditate exclusa, in eandem dubitationem saepe adducitur, et de eo pleraque extant in Italia statuta. Quaesitum igitur, an sic exclusa ex nostro statuto art. 225 infra hoc titulo, a bonis quoque Pictavensibus, ubi diversa est Consuetudo, exclusa videretur ; et scio a quibusdam huc quoque statutorum realium et personalium mentionem illatam, ita ut qui personale esse volebant, undequaque excluderent eam, quae in Britannia exclusa esset ; in his fuere Francisc. de Rampon. vetus jurisconsultus, et Calder. Cons. 34 tit. de testam. Jas. Cons. 80. lib. III, Bart. d.l. Cunctos populos sequuti, num 33. Sed ea sententia perspicue falsa est, et a falsis assumptis, quod nos ante demonstravimus ; nec enim personale est, et, si esset, universalem statum personae non afficit. Quare et Bald. eam reprehendit d. l. Cunctos populos. nu. 19 et tenet hoc modo a statuto locali exclusam, non excludi ab alio a bonis sibi sitis, ubi diversum sit statutum...*

27. *Exclusio contractu ubicumque excludit. Consuluit idem Molin. in casu. Cons. 55 ubi quidem statuti non excludi filiam in alio loco, cum ipsum reale vere sit, et suo territorio clausum : sed tamen vi renunciationis simplicis in contractu matrimonii factae patri, excludi posse, quia hoc casu exclusio fundatur in contractu et personali conventionem, etiamsi renuntiatio simpliciter concepta fit, non expresso a quibuscumque bonis. Sed et alia pleraque famigerata colligit... quam sententiam admitto hic quoque sequendam, si modo renuntiatio contineat de bonis ubicumque sitis, et statuta locorum non repugnent.*

28. *Simplex conventio excludit dumtaxat a loco. Nam renuntiatio simplex secundum loci lores facta intelligi deberet, id est, de bonis dumtaxat sub ea Consuetudine locis sitis, nec aliter quam loci Consuetudo inducit, per ea quae inf. dicemus...* (Traduction Bertrand ANCEL précitée).

²⁸⁴ Comparer avec Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°37, p. 616.

²⁸⁵ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°45, pp. 618-619, donne un exemple du fonctionnement de ce mécanisme prohibitif (nous soulignons) : « ... celui du douaire en Anjou dont nous ne pensons pas qu'il doit être exclu par l'acceptation de la donation en Bretagne, parce qu'il est vrai de dire qu'en Anjou, la donation ne découle pas de celle qui prend source en Bretagne, serait-elle alimentée par le même mariage. Pas davantage l'acquisition du douaire en Bretagne n'est cause d'exclusion de la donation en Anjou, parce que la disposition du statut angevin ne peut faire entrer dans les masse et compte des biens ceux de Bretagne, auxquels le statut angevin ne peut être réputé avoir jamais

foncier du lieu de situation, étend ainsi ses exigences aussi bien à ses ressortissants qu'aux étrangers, qui, parties à un acte, devront se soumettre au régime de la loi du lieu de situation pour les biens qui s'y trouvent.

C. Le statut mixte disposant sur la capacité spéciale à disposer.

Conformément au principe érigé par le paragraphe 2 par d'Argentré et qui s'applique sans restriction aucune à tous les cas impliquant un immeuble²⁸⁶, la coutume disposant de la capacité spéciale d'un mineur à effectuer des actes de disposition sur son patrimoine immobilier est entièrement soumise à la loi réelle, par l'intermédiation du statut mixte. Bien que la coutume qui fixe l'âge de la majorité et la capacité générale du sujet à accomplir tous les actes de la vie civile, soit parfaitement personnelle, il n'en va pas de même de la coutume qui interdit au mineur d'aliéner ses biens : la présomption de réalité joue à pleine. Ainsi, la majorité spéciale instituée pour autoriser une opération d'aliénation ou de transfert des droits réels qui porte sur un immeuble rentre dans l'orbite de celui-ci :

8. *Examen et présentation des statuts réels...* Bref, pour que les statuts soient personnels, il faut qu'ils disposent simplement de l'état de la personne, hors de tout mélange de choses immobilières et abstraction faite de toute matière réelle. Car, en effet, si tu disposes qu'est mineur celui qui est né il y a moins de vingt ans, le statut est personnel ; et si tu disposes que le mineur ne peut aliéner son immeuble dans le ressort du statut, celui-ci est mélangé de réel et de personnel²⁸⁷.

De même que Dumoulin, dans ses *Conclusiones*, professait que l'incapacité testamentaire active du mineur procédait d'un statut réel, qui avait en vue le sort et la protection des biens immobiliers, d'Argentré, qui le rejoint sur ce point, interprète la coutume sur la capacité ou l'incapacité comme une disposition strictement territoriale, qui étend ainsi son empire sur toutes les personnes protégées, sujettes de la coutume ou étrangères, qui y sont propriétaires de biens. La solution présente tous les mérites de la simplicité apparente : le territorialisme de d'Argentré fait ainsi l'économie d'une réflexion sur la conformité ou non avec un droit commun qui ne rentre jamais en considération dans sa doctrine (contrairement à Charles Dumoulin, plus attentif à la nature personnelle d'un tel statut) et se dispense ainsi de toute référence à un quelconque caractère odieux ou favorable. Le statut n'en demeure pas moins prohibitif, avec l'effet absolu qui lui est attaché.

Toutefois, il faut, à la vérité, que la théorie de d'Argentré se heurte, d'elle-même, aux limites qu'implique cette catégorie des statuts mixtes et qu'elle enferme le juriste breton dans une

pensé. Pas plus ne doit être considérée l'unité du patrimoine, dès lors que la *division des territoires sépare les lois de chacun d'eux qu'on ne saurait accumuler, puisque, par leurs statuts, elles varient au point que la disposition d'un lieu anéantirait celle d'un autre lieu*. Et l'acceptation du douaire en Bretagne ne peut entamer la donation de biens angevins, parce que ce sont là des choses différentes. C'est qu'en matière de donation, l'excédent se retranche de celles qui doivent être réduites à la quotité, selon ce que dit Balde, *l. si arrogator*. C'est pourquoi, lorsqu'on donne le tiers de l'ensemble des biens qu'on possède en tout lieu, le donataire prendra le tiers, mais pas le tiers partout et en tout lieu car, si, en un lieu quelconque, la donation n'est permise que du quart, il est sûr qu'il n'y recevra pas le tiers en son entier, en raison du plafond fixé par le statut prohibitif, mais qu'ailleurs, il pourra compléter à concurrence de ce qui y est permis » (traduction Bertrand ANCEL précitée). Comparer *eod. loc.*, n°42, *in fine*, p. 617.

²⁸⁶ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°2, p. 602 : voir, *infra*, p. 162 et note 296.

²⁸⁷ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, n°8, p. 604 : *Realium consideratio, et decriptio. Denique ut personalia sunt, puta de personarum statu agi oportet, citra rerum immobilium mixturam, et abstracte ab omni materia reali. Nam si ita statuas : Minor est quod intra viginti annos natus est, personale est : si ita : Minor ne immobile alienet, quod intra statuti territorium sit ; mixtum sit de re et persona.*

contradiction dont il ne parvient pas à se sortir. Le principe du paragraphe 8 est, en effet, démenti par les paragraphes 46 *in fine* et suivants :

46. ...Il y a quelque temps, un personnage de l'aristocratie avait son domicile au Mans où, en dépit de la disposition expresse de la coutume, il est admis par interprétation qu'on reste mineur jusqu'à vingt-cinq ans. Cette personne désirait se défaire de quelques-uns des grands domaines qu'elle possédait en Bretagne : la coutume de Bretagne rend majeur dès vingt ans – mais cette solution est mal acceptée par les tribunaux étrangers. Certaines personnes étaient prêtes à acheter, pourvu que cela se fasse de manière licite et sans fraude. Je leur dis que, là-dessus, il fallait suivre l'opinion des anciens.²⁸⁸

Et d'Argentré de poursuivre son raisonnement en rappelant qu'en matière de « capacité de la personne considérée abstraitement et de son état universel, ... la personne est façonnée par le statut de son domicile » (n°48). Il en déduit que c'est au lieu du domicile qu'il convient de se référer pour déterminer la capacité spéciale d'un sujet à s'engager dans des actes de dispositions – et, par exemple, à contracter – à propos de ses immeubles, en s'appuyant sur une consultation qu'il eut à donner par le passé :

49. *C'est le domicile au temps du contrat qui est retenu.* De quoi il ressort que, si le parisien veut contracter sur les immeubles qu'il a en Bretagne, il lui faut attendre vingt cinq ans parce qu'ainsi le veut la coutume de Paris, par laquelle sa capacité se règle, même si la Bretagne déclare ses habitants majeurs à vingt ans²⁸⁹.

Le contrat porte sur des immeubles situés dans le détroit de la coutume de Bretagne et, néanmoins, d'Argentré lui applique un statut personnel parisien, en faisant fi de toute considération pour l'objet du contrat, qui appelait à l'application du statut réel du lieu de situation à la question de la capacité du contractant²⁹⁰. Davantage encore que les contradictions de l'auteur, c'est plus encore les limites et les ambiguïtés du statut mixte qui se font sentir par cet exemple. Dumoulin n'était pas exempt d'hésitations sur cette question de la capacité ou de l'incapacité, mais la règle qu'il avait posée à propos de l'interdiction faite à un mineur de passer un testament avait, pour elle, d'être claire et dûment justifiée, sans doute en concordance avec la pratique de l'époque. D'Argentré suit volontiers, sur ce point, le juriste parisien, mais ses contradictions soulignent bien la difficulté qu'il y a à interpréter les actes juridiques sous un angle purement statutiste.

²⁸⁸ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, n°46, p. 619 : *Nuper de optimatibus quidam in Cenomanis domicilium habebat ; quo loco etsi contra expressam statuti dispositionem, interpretatione minores faciunt usque ad annum vigesimumquintum. Sed is cum magnas possessiones haberet in Britannia, cupiebat ex his quidam distrabere : Britannicum statutum majores ab anno vigesimo facit, etsi aegre contra externos arbitres ea dispositio sustinererur. Erant qui vellent contrahere, si sine fraude sua licuisset. Dixi veterum extare ea de re sententias* (traduction Bertrand ANCEL précitée).

²⁸⁹ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, n°49, p. 619 : 49. *Domicilium quod fuit tempore contractus inspicitur. Ex quo evenit, ut si civis Parisiensis de bonis quae in Britannia habet, contrahat, necesse habeat, annum xxxv. aetatis expectare , quia tale est Parisiorum statutum a quo personae habilitas spectanda est, etiamsi Britannia incolas suos faciat majores ab anno vigesimo* (traduction Bertrand ANCEL précitée).

²⁹⁰ L'incongruité a été relevée depuis longtemps, et par les meilleurs auteurs. Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, t. I, pp. 330-332, faisant l'exégèse des *Commentarii*, pointe, à ce sujet, une contradiction entre le principe et le cas particulier qui est ici exposé. Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, p. 641, note 1, donne tort à Lainé, considérant que le présent statut ne concerne pas l'âge de la majorité et appartient à la catégorie des statuts mixtes. L'examen des textes conduit, cependant, à approuver le jugement porté par Lainé, puisque le présent exemple porte sur une question de majorité spéciale (la capacité réelle), dont d'Argentré aligne, en l'espèce, le régime sur celui de la majorité générale, et ce en contradiction avec ce que lui-même dit à propos de la capacité réelle au paragraphe 8. Voir, également, Bertrand ANCEL, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, Thèse Paris II, 1977, p. 48.

Section 2nde. La souveraineté territoriale du statut réel et la dimension publiciste des conflits intercoutumiers.

La classification tripartite des statuts, qui se réduit, à l'examen, à une bipartition inégalitaire entre statuts réels et statuts personnels, trouve son fondement et sa justification dans la conviction de Bertrand d'Argentré que la portée territoriale ou extraterritoriale d'une règle coutumière est intrinsèquement liée au champ de compétence, matériel et géographique, de la puissance publique, ou *potestas*, qui en est à l'origine. Pareille attitude procède d'une lecture « politique » du phénomène coutumier, au rebours de la lecture privatiste qu'impose le mode de gestion horizontal qui sied, d'ordinaire, au conflit de coutumes²⁹¹. D'Argentré présume, de la sorte, que ce phénomène et ses diverses manifestations ne sont que la traduction, en droit privé, des traits distinctifs des entités politiques qui gouvernent les différents détroits qui composent la mosaïque coutumière française. Très loin de nourrir un sentiment indépendantiste vis-à-vis de la Couronne, dont il a été l'un des agents dévoués, le Breton entend, simplement, rappeler ce que son travail de commentateur et de réformateur de coutume lui a révélé, à savoir que les règles de la coutume de Bretagne reflètent les mœurs, les usages et les traditions ancestrales du Duché et que cette singularité serait mise gravement en péril si les coutumes étrangères venaient à pénétrer trop facilement sur le territoire.

Ainsi, la doctrine de d'Argentré tire son essence même de l'exclusivité qu'entend assurer cette *potestas* au sein du territoire dans lequel s'enferme son autorité et la formule emblématique qui en résume le mieux l'esprit – *finitae enim potestatis finita est virtus*²⁹² – se décline à plusieurs reprises, sous différentes formes, dans sa dissertation *De statutis realibus et personalibus*. Dès lors, dans son système, la destinée d'une règle coutumière ne s'évalue donc qu'en fonction de la souveraineté que prétend exercer cette *potestas* sur le rapport de droit qui naît sur son territoire : s'il s'agit d'un droit réel immobilier, cette souveraineté se traduit par la compétence indiscutée de la *lex rei sitae* et, s'il s'agit d'un droit personnel (ou réel mobilier), par la compétence, de la *lex domicilii*. Les effets des statuts réels et personnels se trouvent donc déterminés par l'allégeance au juge compétent, mais aussi à l'autorité habilitée à en assurer la réalisation par voie d'exécution. Pour user du vocabulaire cher aux statutistes médiévaux, l'ambition de d'Argentré consiste, au fond, à rechercher l'unité des *potestates* locales (*statuendi, adjudicandi et cogendi*) afin de garantir la pleine efficacité des actes et décisions et une meilleure coordination entre ordres juridiques coutumiers strictement paritaires. Dans la mesure où il n'y a rien à attendre de l'autorité royale, seule vraiment supérieure, qui se garde, et doit se garder, d'empiéter sur ce domaine qui n'est pas le sien, c'est donc à la coutume elle-même, et à elle seule, de se défendre contre les intrusions non consenties : en cela, le statut réel prohibitif, dont divers exemples ont été rapportés plus haut, est le mécanisme d'opposition le plus approprié.

Aussi faut-il voir dans ce statut réel prohibitif une marque naturelle de la souveraineté territoriale, qui réaffirme ses droits exclusifs dès qu'un droit acquis à l'étranger, par le biais du statut du domicile ou de lieu de conclusion du contrat, entend produire ses effets à l'intérieur des frontières où s'exerce la puissance publique du lieu (§ 1.). En l'occurrence, l'intérêt menacé par ce droit étranger, et qui motive cette réaction de l'ordre public du for, est toujours le même, celui que,

²⁹¹ Bertrand ANCEL, « Conflit de coutumes et théorie des statuts », *La coutume dans tous ses états, op. cit.*, pp. 37-60, spéc. pp. 46-52.

²⁹² Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, n^o9, p. 604 : « en effet, la force se confine dans les limites du pouvoir », assertion qui s'insère dans le cadre d'un paragraphe (§ 9) dans lequel il justifie l'application de la *lex rei sitae* aux matières réelles et mixtes et, par conséquent, l'application de plusieurs lois locales en cas de morcellement territorial.

déjà, Balde et Dumoulin entrevoyaient derrière le statut prohibitif *modo italico* : la conservation des biens dans les familles et, partant, de l'ordre social établi et garanti par les autorités du lieu. L'Ecole hollandaise du XVII^e siècle n'oubliera pas, non plus, les leçons de d'Argentré, en reprenant l'idée qu'un statut territorial peut être, tout à la fois, le principe et le retour au principe. Si la pensée du juriste breton s'inscrit encore dans le contexte d'une province désormais inféodée au Royaume de France, les éléments d'un conflit de souverainetés entre Etats pleinement indépendants sont bien présents dans sa doctrine (§ 2.).

§ 1. Le fondement de la réalité/territorialité chez d'Argentré : le respect de la *potestas* de l'autorité locale.

L'articulation du principe territorial et de l'exception extraterritoriale dans le système prôné par Bertrand d'Argentré ne nécessitait pas, *a priori*, que s'établisse ainsi une hiérarchie entre les fondements des deux classes de statuts. Ceux-ci auraient très bien pu se concevoir d'une manière parfaitement différenciée et autonome, chacun ayant son domaine propre d'action.

D'une part, aux statuts personnels revient la fonction de prendre en charge la condition civile de la personne (exception faite des questions immobilières) et les meubles. Comme l'exprime d'Argentré dans son fameux paragraphe 4 sur « l'état des personnes » et dans le reste de sa dissertation, la loi et le juge du domicile sont les plus à mêmes d'assurer cette prise en charge, parce que la coutume du domicile exerce sa puissance souveraine sur son sujet :

4. *Sur l'état des personnes également.* Mais autre est la justification du droit des personnes, qui englobe aussi le droit des meubles car ceux-ci n'ont pas d'autre condition que la personne elle-même et donc trouvent leur droit au lieu du domicile – dès lors, si on s'enquiert du statut de la personne ou de sa capacité à passer les actes de la vie civile, le pouvoir d'en juger est sans réserve le pouvoir qui juge au domicile ; c'est-à-dire le pouvoir auquel la personne est soumise et qui, là-dessus, peut décider de telle manière que ce qu'il disposera, jugera, ordonnera du droit de la personne vaudra en quelque lieu que celle-ci se transporte, parce que la personne en est affectée...²⁹³

Le lien personnel qui s'est noué entre le sujet et le détenteur de la *potestas* ne s'arrête pas aux frontières du lieu du domicile, mais suit le sujet, partout et en tout lieu qu'il se déplace : pareil argument, tout droit issu de la vénérable personnalité des lois, assure la continuité (et l'unité) de son état civil et de sa condition juridique et favorise la sécurité juridique, y compris au cas où il serait attiré devant une juridiction étrangère. Si le lien est, avant tout personnel, le juge du domicile est, néanmoins, installé dans un seul territoire, ce qui garantit un ancrage à ce territoire et, donc, à la législation qui y a cours. La fixité du domicile présente l'avantage d'empêcher que ne se produisent les hypothèses de conflit mobile²⁹⁴.

D'autre part, aux statuts réels revient la tâche de disposer du régime des immeubles et de soumettre ceux-ci à une seule législation, celle de leur lieu de situation. Leur assiette même les fixe, à perpétuelle demeure, au sol, sans souffrir qu'ils puissent être soustraits du territoire dont ils

²⁹³ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°4, pp. 602-603 : voir, *supra*, note 274, p. 151.

²⁹⁴ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n°12, p. 604 : « En effet, les personnes ne sont pas retenues par les bornes des champs ni par l'enceinte des villes au point qu'elles ne puissent en sortir; elles ont une liberté illimitée de changer d'établissement, elles n'ont d'attache qu'à leur domicile. Ce domicile lui-même ne dure qu'aussi longtemps qu'il leur plaît de le conserver. Mais lorsque quelqu'un a fixé son domicile en un certain lieu, tant qu'il ne l'aura pas transporté ailleurs, il ne lui suffira pas de s'en éloigner pour se soustraire aux lois qui y règnent. Il suit de là que la personne une fois affectée d'un état quelconque par la loi ou par le droit de son domicile, y demeure perpétuellement soumise et ne peut plus s'en dégager par de simples changements de résidence ». Voir, également, les § 13 et 49.

forment l'assise, le support des richesses et le support du pouvoir. L'intégrité du statut reconnu aux immeubles en suppose l'unicité de traitement et, donc, l'exclusivisme de la double compétence du droit en vigueur au *situs rei*. Pour assurer cette continuité, seuls les *lex* et *forum rei sitae* doivent se voir habilités à connaître des questions relatives aux immeubles, fussent-elles mélangées d'éléments personnels, comme l'est celle du statut mixte disposant de la capacité réelle²⁹⁵. Le lien invincible entre l'immeuble et le territoire exige donc la réunion des trois *potestates* et l'exclusion de tout élément allogène, comme le reconnaît d'Argentré à plusieurs reprises dans sa dissertation :

2. Pour toute disposition touchant les immeubles, le lieu doit être retenu. S'il s'agit des choses du sol, c'est-à-dire des immeubles, appelés aussi d'héritage, et si on a en vue l'acquisition ou l'aliénation de ces choses alors que celles-ci sont situées en des lieux différents, la question de savoir quelle loi doit leur être appliquée est résolue par l'usage de la façon la plus certaine : la loi à suivre, dans chaque lieu, c'est la loi locale. Chaque lieu a ses lois, ses statuts, ses coutumes ; il faut les observer dans l'étendue du territoire et les observer seuls ; les immeubles ne sauraient être régis par une autre loi que la loi du territoire. Il en doit être ainsi dans les contrats, de même dans les testaments, de même dans tous les actes ; rien, quant aux immeubles, ne se peut décider en vertu des volontés privées, ni pareillement se juger contre la loi du lieu où ils sont situés. Dès lors, en effet, que, jadis, les divers peuples, princes, rois, dynastes et autres gens se constituèrent chacun leurs propres droits, lesquels, aujourd'hui, d'aucune manière dans l'intérêt public ne sauraient être changés, quoiqu'on ait ramené tout cela à l'unité [politique par la réunion avec la Couronne de France], il est nécessaire de maintenir ces droits qu'autrefois, on a établi sur les choses et qui sont acquis.²⁹⁶

33. Or, [les obligations légales] n'ont pas plus de force que celle qu'elles reçoivent de la loi, et la loi pas plus que celle qu'elle reçoit du législateur, et le législateur pas plus qu'il n'a de territoire. D'où il résulte que la disposition prise par le statut en matière réelle ne se projette pas plus loin que ne s'éloignent les frontières du territoire...²⁹⁷

Les deux fondements, personnels et réels, auraient très bien pu, disions-nous, cohabiter sans qu'il y ait lieu d'établir une hiérarchie entre eux. D'Argentré aurait pu garder la balance égale entre la souveraineté personnelle et la souveraineté territoriale. Mais il a fait le choix de faire de la réalité le principe et de la personnalité l'exception et, par conséquent, d'instituer un système où la réalité/territorialité est susceptible d'avoir toujours le dernier mot sur l'extraterritorialité que suppose la personnalité. C'est bien le rôle qu'est censé endosser le statut réel prohibitif, moteur d'une territorialité absolue qui refoule aux frontières toute loi étrangère prétendant s'appliquer à l'intérieur de ses limites. Alors qu'en matière pénale, le juriste breton a privilégié la personnalité sur la territorialité, en préconisant de maintenir la compétence du juge du domicile (et, donc sa souveraineté) sur ses ressortissants présents à l'étranger, et ce contre l'esprit même du temps, il bâtit son édifice théorique sur cette même idée de souveraineté, cette fois-ci, dans un sens

²⁹⁵ Sur la capacité réelle, voir, *supra*, pp. 158-159.

²⁹⁶ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii*, eod. loc., n°2, p. 602 : 2. In rebus soli, spectandus est locus ad omnes dispositiones. Cum de rebus soli, id est immobilibus agitur, qu'ills appellant d'héritage, et diversa diversarum possessionum loca et situs proponuntur, in acquirendis, transferendis, aut afferendis dominiis, et in controversia, est quo iure regantur, certissima usu observatio est id jus de pluribus spectari quod loci est, et suas cuique loco leges, statuta, et Consuetudines servandae, et qui cuique mores de rebus, territorio, et potestatis finibus sint recepti, sic ut de talibus nulla cuiusquam potestas sit praeter territorii legem. Sic in contractibus, sic in testamentis, sic in commerciis omnibus, et locis conveniendi constitutum ; ne contra situs legem in immobilibus quidquam decerni possit privato consensu, et par est sic judicari. Nam cum olim varii populi, Principes, Reges, dynastae, gentes aliae sua sibi jura constituerint, quae nunc nullo modo salva rep. moveri possint rebus quantumlibet ad unum deductis, necesse est, manere ea jura de rebus quae pridem obtinere, et constituta sunt (Traduction Bertrand ANCEL précitée).

²⁹⁷ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii*, eod. loc., n°33, p. 611 : 33... Sed quae [legales obligationes] ejusmodi sunt non amplius virium habent, quam quantum a lege accipiunt lex non amplius quam legislator, legislator non plus quam quantum territorii habet. Unde fit ut dispositio de realibus a statuto inducta, non amplius excurrat, quam quantum sese territorii fines protendunt.

purement territorial. C'est bien l'indice que la primauté du statut réel immobilier doit se rechercher dans les motifs qui l'animent.

L'économie du système argentréen repose, davantage que sur la dichotomie entre statuts réels et statuts personnels, sur la primauté du statut réel, primauté que le statut réel prohibitif, d'intervention exceptionnelle mais radicale et absolue, est chargé de préserver contre les assauts d'une législation extérieure. Comment justifier ce choix qui perturbe, sciemment, l'équilibre supposé entre les différentes classes de statuts ? L'explication réside dans le fait que Bertrand d'Argentré a voulu, en élevant le statut réel au rang de principe insurpassable, assurer la « conservation des biens dans la famille », selon ses propres termes, et préserver l'ordre social qui en découle²⁹⁸. L'irruption de droits étrangers dans un ensemble légué par l'Histoire et par la tradition aurait un effet dévastateur en créant de l'incertitude et de l'imprévisibilité juridiques : le rattachement à la Couronne, énonce le paragraphe 2, ne saurait constituer une atteinte à l'ordre établi dans le Duché, ni préjudicier aux intérêts des sujets bretons.

Pour se convaincre que telle est bien la motivation du juriste breton, il n'est que de lire la réfutation qu'il entreprend au sujet de ceux qui prétendent que les coutumes disposant de la succession testamentaire et de la quotité disponible sont personnels, ou, encore, l'attaque qu'il lance contre ceux qui, tels Bartole, réputeraient personnelle l'interdiction des libéralités entre époux :

14. Il est faux de prétendre que les statuts qui fixent le mode de disposer et la quotité des legs d'immeubles prononcent sur les personnes ; il y est en effet clairement question des choses, parce qu'il est manifeste qu'aucune coutume de cette sorte ne trouve son application au delà de son territoire, en serait-il autrement ailleurs où la cause de la prohibition des donations conjugales résiderait dans des considérations personnelles, telles que mentionnées aux *l. prima et secunda D. de donationibus inter virum et uxorem* ; mais à donations différentes, règles différentes, et les causes de prohiber ces libéralités relèvent dans les Coutumes plutôt des choses, du patrimoine familial, de la succession et de la perpétuation des familles qui sont plutôt matières réelles et, au contraire des règles du droit romain, ne touchent pas aux personnes²⁹⁹.

16. C'est pourquoi lorsqu'il est défendu au mari de rien donner ou léguer par testament à son épouse, ou de lui donner les conquêts faits le mariage durant, c'est une ineptie de Bartole de penser que ce statut est personnel et de conclure qu'il portera son effet hors le territoire, ce qui est la marque des statuts personnels, et d'inférer à tort de ce qu'il s'y mélange quelque considération du fait de la personne, que le statut affecte celle-ci alors que cette disposition prohibitive, plutôt que les personnes, concerne les choses, la transmission continue des immeubles dans la famille par voie de succession, et que relative, de manière circonscrite et limitée, à un acte particulier, elle n'affecte pas par là l'état universel de la personne ; dès lors, il est impossible que pareil statut étende son autorité hors du territoire : voyez Bartole, à la loi *Cunctos populos*, au titre *De summa Trinitate* du

²⁹⁸ André BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Revue critique*, 1949, pp. 615-635 et 1950, pp. 12-32, spéc. p. 625 : « La véritable raison mise en avant par d'Argentré pour l'application de la loi de la situation des immeubles, est un principe de conservation sociale : dans une si grande variété de coutumes qu'on ne peut réduire à l'unité, il est juste d'appliquer celle du lieu ; agir autrement serait tout bouleverser ».

²⁹⁹ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii*, eod. loc., n°14, p. 605 : 14. ... *Qui donationibus modum, et legatis immobilium quotam fingunt, non bene dicuntur de personis statuere, est enim plane quaestio de rebus ; quod hinc apparet, quod nulla talis Consuetudo ultra territorii sui fines obtinet, et alibi aliud licet. Finis prohibendarum donationum conjugalium habet personales quasdam considerationes, quod lege prima et 2. D. de donar. int. vir. et uxor. indicant, et quia diversi generis donationibus non eadem leges positae sunt, sed Consuetudinariae causae de prohibendis his sumuntur potius a rebus, gentili pecunia, successione et propagatione familiarum, quae reales potius sunt, non ut illae juris Romani a personis sumptae* (traduction Bertrand ANCEL précitée).

Code³⁰⁰, où il écrit que chaque fois que le statut ne prohibe pas purement et simplement un acte, mais le subordonne à l'exigence de certaine solennité, sa disposition ne peut prolonger son effet au-delà de son territoire, ce que l'Arétin répète dans ses *Consilia* 54 et 73, et moi je prétends que, chaque fois qu'il n'interdit pas simplement, mais pour une raison de fond ou par égard pour le droit réel d'autrui, au-delà des contractants, l'interdiction ne peut s'étendre hors le lieu du statut³⁰¹.

Dans ce dernier exemple, l'interdiction faite au mari de faire une libéralité à son épouse est qualifiée, explicitement, de « disposition prohibitive », non seulement parce qu'elle restreint la capacité d'agir dans la vie civile de deux personnes, à raison d'une qualité précise (celle d'époux), mais aussi, et surtout, parce qu'elle « concerne les choses, la transmission continue des immeubles dans la famille par voie de succession ». A ce titre, elle est strictement territoriale et, en raison de la défense de l'intégrité des patrimoines familiaux, elle s'applique à chaque immeuble assis à l'intérieur des frontières du lieu, et ce quel que soit son propriétaire, ressortissant local ou étranger. Le mari étranger qui ne serait pas, par ailleurs, confronté à une pareille interdiction, du fait de son statut personnel ou de la situation de ses immeubles, devrait ainsi s'incliner devant l'interdiction qui lui est opposée vigoureusement par la législation du lieu « pour une raison de fond ». Cette conception du statut réel prohibitif rejoint celle que le statut prohibitif, odieux et favorable à la fois, manifestait chez Balde : celui de conserver « la dignité des familles qu'il appartient à l'Etat de maintenir », pour reprendre les termes mêmes du maître italien.

Le statut réel prohibitif se cache ainsi dans les replis du statut réel, catégorie que d'Argentré s'était, à dessein, employé à étendre le plus largement possible pour réduire, au strict minimum, les possibilités d'un statut étranger de franchir les limites du territoire. Le travail de qualification *a priori* aurait pu suffire à signifier cette volonté de sanctuariser l'ordre juridique coutumier. Mais, dès lors qu'une coutume étrangère est en droit d'y venir produire ses effets, le statut réel prohibitif peut, *a posteriori*, remplir la fonction de disposition d'ordre public que lui a assigné d'Argentré dans la mécanique qu'il a mise en place. En réagissant de la sorte, le statut réel, prohibitif ou non, intervenant *a posteriori* ou *a priori*, oscille entre loi de police et exception d'ordre public.

§ 2. L'amorce du conflit de souverainetés : les conflits intercoutumiers.

Chez Bertrand d'Argentré, le respect des *potestates* locales est au centre des conflits intercoutumiers et dicte les grands principes qui doivent guider les règles de résolution. La prédominance du statut réel, soit pur, soit mélangé d'éléments personnels, et l'effet absolu de cette déclinaison qu'est le statut réel prohibitif ont ainsi pour but de préserver l'ordre établi au sein de l'ordre juridique local, celui qui est désigné, en l'occurrence, par un seul critère : la présence d'un

³⁰⁰ BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n°32 (VI).

³⁰¹ Bertrand d'ARGENTRÉ, *Commentarii*, *eod. loc.*, n°16, p. 606 : 16... *Itaque cum sic statuatur : Non potest maritus quidquam donare vel legare testamento uxori, aut donare conqaestus constante matrimonio ; inepte Bartelus putat hoc statutum esse personale, ita ut inde concludat tale statutum valiturum extra territorium, quae est conditio personalium statutorum ; et id quod de personae facto miscetur inconsequenter colligii personam afficere, cum dispositio prohibitiua res potius respiciat, et heredu aeternam successionem in immobilibus quidem, quam personas, et ad actum particularem circumscribit et limitate, et quoad id quid, a quo non recte afficientia universalis status personae colligitur : unde impossibile est talis statuti vim extra territorium porrigi. Hanc rationem attigit, non pertigit Bart. l. Cunctos populos. q. vi., C. de Sum. Trinit., ubi scribit, quoties statutum non simpliciter inhabilitat ad actum, sed certae solemnitate respectu quam adjungi vult actui toties ejus dispositionem non porrigi ultra territorium statuentis, quod ex eo Aretinus repetit cons. 54 et cons.7. Sic etiam ego contendo, cum statutum non simpliciter inhabilitat, sed ratione fundi, aut juris realis alterum respicientis extra personas contrabentes, toties hanc inhabilitatem non egredi locum statuti (traduction Bertrand ANCEL précitée).*

immeuble³⁰². Celle-ci commande, *de facto*, l'application du statut réel et résout la question en déniait toute possibilité de prendre en compte, dans l'économie du conflit de lois, tout facteur d'extranéité. Même au cas où, malgré les précautions prises, la loi étrangère entendrait, par exception, s'appliquer, elle se verrait refouler par le statut réel qualifié de « prohibitif ». Cette défiance envers la norme venue de l'extérieur s'explique, ainsi que nous l'avons vu, par un principe de conservation sociale, qui refuse que soit remis en cause un ordre établi par la tradition et garanti par les vertus bienfaites de la coutume du lieu et que soit perturbé l'équilibre patrimonial des familles par le jeu éventuel de règles extérieures qui viendraient en dérégler la nature et la composition.

La pensée de Bertrand d'Argentré ne reflète pas uniquement un attachement intransigeant et inconditionnel à sa coutume de Bretagne : elle révèle tout autant une conception du conflit de coutumes qui préfigure le « conflit de souverainetés ». Le dogme de la réalité/territorialité s'explique par la considération insigne qu'il porte au respect des différentes *potestates* en concours : conçu et réfléchi pour la sauvegarde des usages et traditions de la Bretagne, son système d'essence particulariste, qui n'envisage jamais la résolution du conflit de lois qu'au prisme de ses propres intérêts et de ses propres vues, se présente, formellement du moins, comme un système extensible à toutes les coutumes. La répartition des compétences à laquelle il procède, sur le double critère du territoire (prépondérant) et du domicile (résiduel), est généralisable à l'ensemble du Royaume et permet, ainsi, de définir, sur le modèle de ce système dual qui est le sien, les relations entre les différentes coutumes et, par-delà, les différentes *potestates*. Ces dernières, pour posséder une puissance absolue sur leur territoire et relative sur leurs sujets absents du territoire en question, peuvent ainsi imposer leur volonté tant que, sur l'aire géographique soumise à leur puissance, elles sont en mesure d'ordonner, de juger et de contraindre : la territorialité de l'immeuble réunit, à elle seule, tous ces critères. Mais les différentes *potestates* doivent également admettre qu'elles perdent leur puissance dès lors que les limites du territoire sont franchies et qu'elles ne peuvent plus exercer leur domination là où elles n'ont plus la force normative dont elles sont investies :

11. *Au-delà des limites de son territoire, le pouvoir est une personne privée.* En effet, au-delà des limites à lui reconnues ou propres, tout pouvoir n'est plus qu'une personne privée et là où s'achève le pouvoir s'achèvent la juridiction et la compétence, car les statuts au-delà des limites de leurs territoires sont sans utilité³⁰³, car personne ne peut contraindre au-delà de son territoire, ce qui est la définition du territoire. C'est pourquoi, aux « peuples réunis », l'empereur ajouta à bon escient [dans la loi *Cunctos populos*], « que gouverne le pouvoir de notre clémence », même si, ici, sur cette proposition relative, les auteurs scolastiques ont montré beaucoup d'imagination. Mais que les statuts soient conçus *in personam* et ils relèvent d'un autre régime³⁰⁴.

³⁰² Pierre CADIOU, *Bertrand d'Argentré, op. cit.*, pp. 571-572 : « d'Argentré, pour assurer la prépondérance de la territorialité du droit associé à la réalité, se rallie en définitive à un procédé formel de qualification. Dès lors qu'une disposition statutaire, disons coutumière, met en cause un immeuble, elle relève du statut réel. Le critère devient un constat de connexité immobilière ».

³⁰³ Le Bourguignon Barthélémy de CHASSENEUZ, dans ses *Commentarii in Consuetudines Ducatus Burgundiae*, Lyon, 1517, rubrique « Des mainmortes », § II « L'homme de mainmorte », folio CCXCVI, v^o « Prima, quia dispositio » *in fine*, écrivait déjà quelques décennies avant d'Argentré : *Extra territorium suum quilibet rex censetur ut privatus, et ad instar privati habetur, et tunc lex ejus, vel consuetudo suae gentis non se protendit ad loca, quae non sunt suae ditionis* : « Hors de son territoire, tout roi est réputé personne privée et traité comme telle et sa loi ou la coutume de son peuple ne s'étend pas aux lieux qui ne sont pas de son domaine » (voir aussi l'édition de Genève, 1647, *eod. loc.*, p. 1398). Pierre Cadiou, qui met en avant ce passage de Chasseneuz pour le comparer avec le § 11 des *Commentarii*, souligne l'influence qu'ont pu, sur ce point, exercer sur d'Argentré le juriconsulte bourguignon ou encore François Hotman dans son *Consilium LIII* : voir Pierre CADIOU, *Bertrand d'Argentré, op. cit.*, p. 558, note 3.

³⁰⁴ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, eod. loc.*, n^o11, p. 604 : 11. *Potestas extra fines territorii sui privata est. Omnis enim potestas extra fines potestatis attributae, aut propriae, privata est persona, et finita potestatis finita jurisdictio, et cognitio ; ideo et statuta extra territoria sua sine usu sunt, cum extra ea terreri nemo possit, quae territorii diffinitio est. Jure itaque Imperator (cunctis populis)*

Seule fait exception la matière personnelle, car, pour d'Argentré, le rattachement au domicile suffit à exporter la souveraineté qui y a cours, partout où se rendraient les sujets. Le juriste breton touche, en l'espèce, l'une des questions les plus essentielles et les plus ambiguës de son système, car le statut personnel représente une brèche dans la cohérence de son édifice théorique. Celui-ci ne peut fonctionner s'il n'envisage pas l'exportation du statut personnel, mais celle-ci met en porte-à-faux les diverses souverainetés en cause : laquelle des deux, celle sur les sujets et celle sur le territoire, doit-elle l'emporter ? Derrière la simplicité apparente de la construction doctrinale, qui lui a valu une si grande postérité, le système de d'Argentré n'est, en effet, pas exempt de toute ambiguïté ou de tout paradoxe : il repose sur la localisation objective d'un rapport de droit, ainsi que l'aurait conçu un conflictualiste, mais l'analyse sous l'angle de la compétence normative ; il organise les relations, normalement horizontales, entre les coutumes de manière à ce que soient respectées les différentes *potestates* en concurrence.

Les principes territorialistes de d'Argentré, autant que les interrogations qu'il soulève sur les conflits éventuels entre les différentes compétences normatives en cause, sont porteurs de la thématique du « conflit de souverainetés ». Certes, la réflexion du jurisconsulte breton naît dans un contexte où la province de Bretagne, dont il entend préserver l'autonomie vis-à-vis du pouvoir central, n'est plus une nation indépendante dans les faits et ne peut prétendre discuter d'égale à égale avec la Couronne de France, mais la coutume de Bretagne, elle, du point de vue des relations privées, peut très bien affirmer son intégrité vis-à-vis de ses paires et son imperméabilité à l'égard des influences extérieures. La dimension publiciste de la doctrine argentréenne tient beaucoup à sa volonté de faire descendre au niveau des rapports entre particuliers la logique des rapports de droit public entre Etats indépendants. Les accents souverainistes qui la parcourent laissent toutefois subsister une difficulté que l'auteur résout de manière plus ou moins heureuse : l'extraterritorialité du statut personnel. S'il est impossible de la nier, sauf à raisonner de manière irréaliste, en abolissant tout conflit de lois et de juridictions et en envisageant un fonctionnement en vase clos des ordres juridiques, il est impératif, néanmoins, d'y porter remède et de lui trouver un fondement, une justification, un motif qui n'altère pas les exigences essentielles posées par les différentes souverainetés en cause et qui en respecte l'intégrité : cette dégradation de l'extraterritorialité, porteuse des intérêts privés étrangers et de la circulation des actes et des décisions à travers les frontières, et cette promotion de la territorialité, comme relais de la souveraineté, il appartiendra aux juristes de l'Ecole hollandaise, véritables héritiers de Bertrand d'Argentré, de la mettre en œuvre.

addidit (quos clementiae nostrae regit imperium) etsi ibi praeter rem de eo relativo multa comminiscuntur scholae scriptores. Sed quae statuta in personam concipiuntur, alio jure habentur (traduction Bertrand ANCEL précitée). Voir, aussi, § 2 *in fine, supra*, p. 162, et note 296.

CONCLUSION DU CHAPITRE I :

En exhaussant la distinction entre statuts réels, personnels et mixtes au rang de *summa divisio* du conflit de coutumes, en faisant l'économie de toute référence au *jus commune* et en l'agençant de manière à assurer la supériorité de principe des statuts réels sur les statuts personnels, Bertrand d'Argentré s'est volontairement détaché des cadres conceptuels hérités de la méthode bartoliste pour proposer une lecture de ces conflits qui soient davantage en phase avec un environnement intercoutumier, où chaque coutume est censée revendiquer une plénitude de pouvoir sur son territoire. En effet, dans la mesure où celui-ci constitue la source essentielle des richesses foncières et des rangs sociaux, il importe que la coutume, qui a pour fonction de préserver l'organisation qui a cours au sein de la société locale, soit respectée sur l'étendue de son territoire et, donc, que la *lex rei sitae* y règne en maître. Dans cette logique, l'immeuble s'impose à la personne. Or, si cette présomption de réalité des coutumes est si essentielle dans le système de d'Argentré, c'est bien parce que celui-ci nourrit l'intention de faire prévaloir les intérêts qui sont portés par le statut réel sur ceux qui sont défendus par le statut personnel. Or, ces intérêts ne sont autres que ceux que Balde et Dumoulin avaient identifiés : la conservation des biens dans les familles et de l'ordre social que les autorités et la coutume du lieu de situation ont charge de protéger. De fait, par l'entremise de plusieurs exemples mis en avant pour souligner la force du statut réel, d'Argentré s'approprie le mécanisme du statut réel prohibitif afin de le mettre, cette fois-ci, au service de la territorialité du coutume : il est l'instrument qui, par excellence, est chargé de refouler les droits acquis ou à acquérir sous l'empire d'une autre coutume dès lors que l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble est menacé. Les considérations de *publica utilitas* et de souveraineté de la loi locale sont donc actives sous la faveur que marque d'Argentré pour le statut réel prohibitif. En ce sens, et malgré l'influence qu'exercent sur lui, et malgré lui, ses prestigieux aînés, Bertrand d'Argentré reste le premier à avoir consommé la rupture avec l'héritage italien et à avoir fait du statut réel immobilier, prohibitif ou non, l'expression de la souveraineté de l'ordre coutumier, assumant pleinement une dimension publiciste du conflit de lois qu'il appartient désormais à ses successeurs hollandais de réajuster aux canons de la souveraineté des États modernes.

CHAPITRE II – L'ÉCOLE HOLLANDAISE : LA SOUVERAINETE TERRITORIALE ABSOLUE DES STATUTS.

En s'efforçant, dans leurs constructions théoriques, d'administrer à la territorialité de la loi l'onction de la souveraineté absolue, Christian Rodenburg, Paul et Jean Voet, puis Ulrich Huber ont, sans aucun doute, su capter et restituer l'esprit de leur temps. Ce seul apport suffirait à marquer leur originalité, mais, du moins jusqu'à Huber, la logique de rupture qui semble animer leur système est, sur bien des points, plus apparente que réelle. Plutôt que de faire table rase du passé, ces universitaires, qui sont reconnus aussi comme des romanistes distingués et « élégants », témoignent avant tout de la volonté de rénover et de réformer, en l'actualisant, le statutisme médiéval et de le transposer dans le contexte qui était le leur : celui d'une République libre et confédérale, celle des Provinces-Unies du XVII^e siècle, dialoguant d'égal à égal avec les autres nations souveraines. Si leur École se dresse désormais comme une alternative à la théorie des statuts, cela ne signifie pas pour autant qu'elle n'a aucune dette à l'égard de celle-ci : statutiste, cette École l'est indiscutablement par son attachement au mode de gestion vertical, qui concentre et canalise tous les éléments publicistes du conflit de lois, et elle l'est encore par sa fidélité envers l'idée même d'une classification des statuts.

Puisque tant de points communs semblent réunir ces auteurs, l'image d'un ensemble théorique unitaire et cohérent, ayant su exprimer, en peu de pages, et par des formules claires et frappantes, l'essence même de la souveraineté de la loi en matière de conflits de lois, demeure si persistante qu'il est désormais admis d'y voir l'expression d'une « École hollandaise »³⁰⁵. Il est sans doute pertinent de parler d'une « école » à propos de tous ces auteurs, tant l'unité de pensée et la cohérence des principes fondamentaux se retrouvent d'un écrit à l'autre, en dépit des nuances et des sensibilités, souvent importantes, qui distinguent leurs approches respectives. La formation intellectuelle de ces professeurs, qui fréquentent et animent peu ou prou les mêmes établissements universitaires – Utrecht, Leyde, Franeker – et la remarquable concentration de leurs œuvres majeures en un demi-siècle seulement – la seconde moitié du XVII^e siècle – ne peuvent que renforcer cette impression de confluence intellectuelle. Toutefois, il est inexact de la qualifier de

³⁰⁵ L'appellation d'« École hollandaise » ou de « doctrine hollandaise », qui sert traditionnellement à embrasser dans une seule vue l'œuvre de ces auteurs néerlandais de la seconde moitié du XVII^e siècle, n'est pas sans susciter quelques précautions de langage et le fait que cette terminologie classique soit reprise dans la suite de notre propos ne nous exonère pas de clarifier, au préalable, les origines de cette notion. Le premier auteur à adopter une vision historique du Droit international privé, l'Américain Joseph STORY, se contente d'utiliser l'expression « Dutch school » pour qualifier les auteurs néerlandais, dans sa première édition de ses *Commentaries on the Conflict of Laws*, parus à Boston en 1834. Née sous la plume d'Armand LAINE, et consacrée par sa célèbre *Introduction, op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 395-413, l'appellation même de « doctrine hollandaise » était destinée, dans l'esprit de son auteur, à réunir dans un seul et même courant les épigones de Bertrand d'Argentré qui se seraient nourris des thèses du doctrinaire breton et qui auraient acclimaté son féodalisme au contexte des Provinces-Unies du XVII^e siècle. Selon lui, la doctrine hollandaise serait une « application pure des idées féodales dans les temps modernes ». Dans une telle perspective, la « doctrine hollandaise » devait se comprendre en contemplation de la prétendue « doctrine française », les deux formant, selon Lainé, les ramifications de la pensée argentréenne. Même si cette filiation intellectuelle a pu être contestée, au moins sur ce point très précis du féodalisme, le rayonnement de l'œuvre historique d'Armand Lainé a assuré la survie et la pérennité de l'appellation, à travers les auteurs qui le suivirent. A cet égard, il convient sans doute de mettre sur le compte de l'hommage rendu à cet auteur et de la politesse rendue à un public majoritairement francophone le fait qu'un Eduard-Maurits Meijers – grand connaisseur, s'il en est, du contexte néerlandais – a perpétué l'idée d'une « doctrine hollandaise ». Par conséquent, l'emploi de l'expression même de « doctrine hollandaise » et l'évocation des « Hollandais » ne doivent se faire que par déférence envers une tradition désormais installée, mais en gardant toujours à l'esprit qu'ils constituent tout autant une commodité de langage qu'un raccourci trompeur, destiné à satisfaire l'esprit de synthèse cher aux juristes.

« hollandaise », dans la mesure où la Hollande – qui n'est que la *prima inter pares* des Provinces-Unies – n'a pas été, et de loin, la principale pourvoyeuse en matière doctrinale. Ce serait méconnaître la diversité des États ayant constitué feu le « cercle de Bourgogne » et le rôle important joué par des auteurs issus des Pays-Bas bourguignons³⁰⁶.

Conditionnés par les impératifs que comportent à leurs yeux l'indépendance et l'intégrité de l'ordre juridique local, tous ces auteurs s'assurent de dresser une barrière infranchissable contre une intrusion intempestive de la loi ou de la décision étrangère – perçue comme une potentielle atteinte au sacro-saint *principe de souveraineté territoriale absolue de la loi*. Cette pierre de touche joue, en l'occurrence, le rôle de dénominateur commun et donne un sentiment d'unité et de cohérence à cette « École hollandaise ». Toutefois, les cheminements suivis par l'un ou l'autre de ces auteurs peuvent sensiblement différer selon les points de départ et autres présupposés. Les fondations de l'École s'appuient sur des substrats différents, qui révèlent la double inspiration – privatiste et publiciste – des juristes hollandais. Même incidente, la construction progressive d'un corpus de principes et de règles univoque suppose que chacun apporte, tour à tour, sa pierre à l'édifice. Ces distinctions de pensées sont d'autant plus essentielles qu'elles ne sont pas dépourvues de conséquences sur la place à accorder à la loi étrangère et à l'effet que l'ordre juridique du for entend lui faire jouer ou lui refuser. Le rôle de révélateur ultime est, ici, endossé par la teneur des réponses que les auteurs apportent au problème récurrent posé par les conditions de l'extraterritorialité d'une loi et de l'accueil de la loi étrangère. A cet égard, les solutions qu'ils préconisent se succèdent et se font écho, sans pour autant paraître antithétiques, et aboutissent à la consécration – théorique - de la notion de *comitas*.

De ce qui précède, il ressort que l'écllosion et l'épanouissement d'une doctrine internationaliste « hollandaise » s'expliquent par les conditions favorables qu'offre l'expérience politique, spirituelle et intellectuelle des Provinces-Unies du XVII^e siècle (Section 1^{ère}). La singularité du contexte dans lequel les auteurs sont amenés à réfléchir sur les conflits de lois se traduit par le postulat de la souveraineté/territorialité, et, donc, de la primauté qu'ils accordent au statut ou à la loi d'application territoriale, entendus comme les expressions de l'autorité ultime du législateur (Section 2^{ème}). En envisageant ainsi d'ériger en principe la territorialité du *jus proprium*, les Hollandais ne font pas œuvre nouvelle et ne font que se conformer à une tradition bien établie parmi les auteurs traitant du conflit de lois. Des auteurs de grand renom comme Bertrand d'Argentré ou Nicolas de Bourgogne – et dont il n'y a pas lieu de douter, au regard des références nombreuses qui sont faites à leur œuvre chez les Hollandais – avaient déjà posé en principe que l'intérêt et l'intégrité de l'ordre juridique du for, quand bien même celui-ci se trouverait inséré dans un ensemble politique plus large, requéraient une prédominance du statut réel. Chez ces mêmes auteurs, le statut est également réel, en ce qu'il peut se définir par une dimension spatiale, à savoir le territoire soumis à la *lex rei sitae*. Cette conjonction entre réalité et territorialité retentit sur les propres conceptions de Christian Rodenburg, qui, à l'instar de ses prédécesseurs, interprète le

³⁰⁶ Nous en voulons pour exemple que les premiers traits de la future École sont esquissés par Nicolas de Bourgogne – Bourgoi(n)gne ou Burgundus – (1586-1649), qui était originaire d'Enghien dans le Hainaut et qui fit sa carrière en Flandres. De même, au sein des Provinces-Unies proprement dites, les auteurs de premier plan ne viennent pas de Hollande : ainsi, Christian Rodenburg et les Voet, Paul et Jean, sont originaires d'Utrecht, alors qu'Ulrich (ou Ulrik) Huber est, lui, viscéralement lié à sa Frise natale. Des quatre, le seul à se rattacher durablement à la Hollande fut Jean Voet qui fit carrière à l'Université de Leyde, dont il fut l'un des professeurs de 1680 à sa mort, en 1713. Sur cette question, voir les remarques d'Eduard-Maurits MEIJERS, qui, dans son « Histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 544-686, spécialement les pages 653-654 ainsi que la note 3, présente les différents auteurs originaires des Provinces-Unies et compris sous l'appellation de « doctrine hollandaise ».

conflit de statuts comme un conflit entre compétences normatives, soit entre *potestates statuendi*. C'est aux deux Voet, et, en premier lieu, à Paul Voet que revient le mérite d'avoir opéré, sous l'influence des conceptions de Jean Bodin et de Hugo Grotius, la réorientation « souverainiste » des enseignements de la doctrine antérieure et de leur avoir donné une formulation claire et cohérente. Dans le prolongement des préceptes de Paul Voet, mais donnant à ceux-ci une dimension ouvertement ancrée dans le *jus gentium*, Ulrich Huber achève l'édifice et donne à la doctrine hollandaise des conflits de lois³⁰⁷ son visage définitif : celui qui voit dans le conflit de lois un « conflit de souverainetés »³⁰⁸ (Section 3^{ème}).

Section 1^{ère}. Les conditions d'émergence d'une doctrine internationaliste hollandaise.

Les lignes de force qui traversent et structurent l'École hollandaise à partir de la seconde moitié du XVII^e siècle sont le fidèle reflet d'un environnement politique, social et religieux – celui qui définit les Provinces-Unies du « Siècle d'or »³⁰⁹ (1581-1702) – qui a profondément et durablement imprégné les juristes de cette époque. En effet, les prémices de la doctrine hollandaise trouvent leur source dans la jeune histoire des Provinces-Unies et dans leur émergence sur la scène internationale au lendemain de l'indépendance arrachée de haute lutte à l'Espagne des Habsbourg (§ 1.). Tout au long du XVII^e siècle, la doctrine juridique se révèle de plus en plus perméable aux aspirations au développement et à l'épanouissement d'une République naissante soucieuse d'affirmer sa souveraineté pleine et entière dans le concert des Nations. Si le traité de Münster du 30 janvier 1648 clôt définitivement le chapitre de l'émancipation des Provinces-Unies vis-à-vis de la

³⁰⁷ Cette École hollandaise a inspiré quelques travaux fondamentaux, essentiellement en langue étrangère, auxquels l'on voudra bien se reporter pour en avoir une appréciation plus générale. Parmi les plus anciens, il convient de citer la synthèse tentée par Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 395-408 (les pages 404-405 sont consacrées à Christian Rodenburg et, pour l'essentiel, rappellent sa filiation intellectuelle avec d'Argentré et de Bourgogne, références à l'appui) et tome II, Paris, 1892, dans son chapitre III – « La doctrine française », pp. 49-52, au sujet de Rodenburg, et dans son chapitre IV – « La doctrine hollandaise », pp. 95-112, qui se concentre sur les Voet, père et fils, et sur Huber. Mais le premier travail qui tente d'embrasser la doctrine hollandaise comme un tout demeure la thèse – encore considérée aujourd'hui comme une référence – de Johannes Philippus SUIJLING, *De Statutentheorie in Nederland gedurende de XVIIde eeuw*, soutenue à Utrecht en 1893. Outre le cours professé à l'Académie de Droit international de La Haye par Eduard-Maurits MEIJERS, précité, et celui de Max GUTZWILLER, « Le développement historique du Droit international privé », *op. cit.*, pp. 285-400, les Hollandais ont fait l'objet de développements nourris chez Roeland Duco KOLLEWIJN, *Geschiedenis van de Nederlandse wetenschap van het Internationaal privaatrecht tot 1880*, elle-même incluse dans la *Geschiedenis der Nederlandse Rechtswetenschap, deel I*, parue en 1937, à Amsterdam, et qui contient plusieurs chapitres consacrés à nos auteurs. Ce travail historique est suivi par la thèse de Johannes Marinus Bernardus SCHOLTEN, *Het begrip Comitas in het Internationaal Privaatrecht van de Hollandse Juristenschool der 17de Eeuw*, Utrecht, 1949, et par l'ouvrage de Max GUTZWILLER, *Geschichte, op. cit.*, notamment aux pages 117-176. Dans ce dernier ouvrage, figurent des résumés en anglais et en français (pp. 282-286). Il faut aussi signaler que l'ouvrage de Johannes Wilhelmus WESSELS, *History of the Roman-Dutch Law*, Grahamstown, 1908, contient des notices concernant la vie et la carrière de chacun de nos auteurs dans son chapitre XXXI.

Plus récemment, l'École hollandaise – grâce, entre autres, au concept de *comitas* – a suscité un intérêt marqué de la part des juristes américains et sud-africains. Parmi les premiers, il convient de distinguer, parmi de nombreuses contributions, celle de Hessel Edward YNTEMA, « The Comity doctrine », *Von Deutschen zum Europäische Recht. Festschrift für H. Dölle*, vol. II, Tübingen, 1963, pp. 65-86, fidèlement reproduite dans la *Michigan Law Review*, n°65, 1966, pp. 9-32. Pour les seconds, l'on se contentera de renvoyer au travail magistral de A. Basil EDWARDS, *The Selective Paul Voet : being a translation of those sections regarded as relevant to the modern conflict of laws, of the De Statutis eorumque concursu liber singularis* (Amstelodami, 1661), *as a single book on statutes and their concurrence : an abridgment*, paru dans la revue sud-africaine *Fundamina*, n° spécial : vol. 13, n°1, 2007, et qui contient une importante mise à jour bibliographique.

³⁰⁸ Sur une analyse du conflit de souverainetés à travers l'Histoire, voir l'article fondamental de André BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés », *op. cit.*, spéc. pp. 630-632, qui souligne le rôle décisif, à cet égard, des Hollandais.

³⁰⁹ Christophe DE VOOGD, « La civilisation du "Siècle d'or" aux Pays-Bas », mai 2003, disponible en ligne sur le site Clio.fr (lien direct : http://www.clio.fr/BIBLIOTHEQUE/la_civilisation_du_siecle_dor_aux_pays-bas.asp).

domination espagnole, amorcé par l'Acte d'Union d'Utrecht du 23 janvier 1579, cette lutte pour l'indépendance dirigée tout à la fois contre l'Espagne et l'Empire a durablement marqué les juristes civilistes de l'époque et contribué à infléchir leur pensée jusqu'à les conduire à intégrer dans leurs raisonnements des considérations tenant strictement au droit public, interne comme international (§ 2.).

§ 1. Un environnement politique favorable à l'émergence d'une doctrine internationaliste.

La rupture consommée avec l'Empire des Habsbourg puis avec le Royaume d'Espagne est le résultat des tendances séparatistes qui ont travaillé la société des Pays-Bas septentrionaux depuis l'affaiblissement de la maison de Bourgogne³¹⁰. À l'origine, pourtant, la domination bourguignonne (du début du XV^e au milieu du XVI^e siècle) avait contribué à façonner l'identité des Pays-Bas, en préservant à la fois le désir d'autonomie des différentes provinces qui la constituaient et en les dotant d'une administration centrale appelée à jouer un grand rôle dans la Constitution des Provinces-Unies. La conscience d'une singularité des provinces néerlandaises remonte sans doute au moment où les ci-devant « pays de par-deçà » se détachent définitivement de la maison-mère des Valois-Bourgogne et se rattachent au rameau des Habsbourg, par le mariage de la fille du Téméraire avec le futur empereur Maximilien 1^{er} de Habsbourg en avril 1477. Ainsi, sous le règne de Charles Quint, les Pays-Bas se voient reconnaître, par un acte officiel, une pleine personnalité : la Diète impériale d'Augsbourg accorde en 1548 un nouveau statut à ces dix-sept provinces, désormais unifiées par la création d'un « Cercle impérial de Bourgogne ». Ce nouveau statut répondait aux revendications autonomistes portées par la nouvelle classe montante, celle de la bourgeoisie des commerçants et artisans, particulièrement en province de Hollande.

Le rattachement à la Couronne d'Espagne qui résulte de l'abdication de Charles Quint puis le long conflit qui s'ensuit avec la monarchie centralisatrice et autoritaire de Philippe II ont pour effet d'exacerber la volonté d'autonomie et de liberté des Sept Provinces - les plus septentrionales des Pays-Bas Espagnols³¹¹ et les plus éloignées de Rome - et de les convertir à un véritable désir d'indépendance, soutenu par l'idéologie de la Réforme et personnifié par la forte figure du stadhouder Guillaume le Taciturne et acté par l'Union d'Utrecht. La constitution des Provinces-Unies en république indépendante en 1581 et les nombreuses guerres destinées à préserver leur intégrité ne font que rendre plus irrémédiable encore la sécession des provinces rebelles. C'est aussi au tournant du siècle que la république naissante éprouve sa puissance, économique et commerciale, en s'assurant de nouveaux débouchés par l'établissement de comptoirs dans l'Atlantique comme dans l'Océan Indien. Ainsi, la VOC (Vereenigde Oost-Indische Compagnie), ou Compagnie Unies des Indes Orientales, est créée dès 1602. Quant à la bourgeoisie marchande des différentes provinces, elle s'attache à endiguer les ambitions centralisatrices des différents stadhouders.

³¹⁰ Sur l'histoire des Provinces-Unies et l'influence décisive que constitue la double expérience bourguignonne et impériale, voir l'exposé, très clair et synthétique, de Christophe DE VOOGD, *Histoire des Pays-Bas des origines à nos jours*, Paris, 2003, chapitres 1 (pp. 29-66) et 2 (pp. 67-136). Sur la transition entre la volonté d'autonomie et l'indépendance pleinement éprouvée, ainsi que sur les rapports – complexes – avec le Saint-Empire, voir Robert FEENSTRA, « A quelle époque les Provinces-Unies sont-elles devenues indépendantes en droit à l'égard du Saint-Empire ? », *TVR*, n°20, 1, 1952, pp. 30-63 et n°20, 2, pp. 182-218

³¹¹ A savoir : les provinces de Zélande, Hollande, Utrecht, Gueldre, Overijssel, Frise et Groningue, ainsi que leurs dépendances.

Les traits saillants de la singularité de l'expérience hollandaise se fixent définitivement au milieu du XVII^e siècle. Sur le plan interne, l'équilibre instable sur lequel reposent les relations entre les représentants successifs de la dynastie d'Orange-Nassau – dont les fortes aspirations monarchiques à peine dissimulées contrariaient l'intégrité du régime républicain – et l'oligarchie marchande qui gouverne les Etats – généraux et provinciaux – finit par basculer en faveur de cette dernière. La mort de Guillaume III en 1702 offre enfin l'occasion à la bourgeoisie commerçante de ressaisir le contrôle des institutions et d'exercer la réalité du pouvoir : en témoignent la suppression – jusqu'en 1747 – du stathoudérat et l'éviction de la dynastie d'Orange-Nassau³¹². Le régime républicain achève dès lors le cycle amorcé sous l'ère bourguignonne : l'unité de la jeune République est préservée dans le respect de la diversité des provinces qui la composent, sans pour autant sacrifier au modèle centralisateur et absolutiste. L'Etat fortement structuré qui constitue l'armature du régime républicain est très éloigné de celui qui se dessine à la même époque dans le Royaume de France sous le règne de Louis XIV ou dans le Royaume d'Espagne gouverné par les Habsbourg. Sur le plan international, le Traité de Münster de 1648 marque l'avènement, pour les Provinces-Unies, d'une indépendance complète au détriment de l'Espagne. Unité dans la diversité garantie par une oligarchie marchande soucieuse de conserver ses privilèges et ses relations commerciales d'une part, indépendance d'une nation désireuse de préserver son ouverture sur le monde et les échanges économiques et culturels qui en découlent de l'autre, telle est la figure complexe que revêtent les Provinces-Unies à partir de la seconde moitié du XVII^e siècle.

Les Traités de Westphalie de 1648, s'ils ne contiennent pas dans le corps de leurs textes de grande déclaration à ce sujet, ont été le point de départ d'un nouvel ordre international qui, tirant les leçons des conflits qui ont jalonné la fin du XVI^e et le début du XVII^e siècle, se façonne à partir de quelques principes directeurs³¹³ : c'est le triomphe de l'idée de la *souveraineté absolue de chaque Etat* sur son territoire et sur les sujets qui y sont rattachés. Cette souveraineté intérieure s'assortit de la garantie que, sur le plan international, son *indépendance politique* doit être reconnue, aussi bien par les autres Etats souverains – ses pairs – que par les pouvoirs suprêmes, impériaux et pontificaux, qui n'ont désormais plus de titre à intervenir pour régenter les affaires d'un Etat. Le corollaire de ces deux idées-forces réside dans le *principe de la liberté religieuse (ejus regio, ejus religio)*, qui entre officiellement dans le chef de compétences du pouvoir politique laïc, au détriment de la compétence supranationale proclamée par le Saint-Siège et au prix de l'abolition du rêve médiéval d'une *Respublica christiana*.

³¹² Selon Christophe DE VOOGD, *Histoire des Pays-Bas, op. cit.*, notamment aux pp. 93-113 et 144-145, la vacance du stathoudérat ne coïncide pas nécessairement avec une crise du pouvoir : à chaque fois, de 1650 (mort de Guillaume II) à 1672 (avènement de son fils Guillaume III) et de 1702 à 1747, il s'est plutôt agi, pour les élites commerçantes de reprendre la main sur un pouvoir politique que le défunt stathouder avait fini par exercer de manière monarchique et il conviendrait donc plutôt d'y voir un moyen, à leurs yeux, de réguler le fonctionnement normal des institutions, en affaiblissant la fonction de stathouder chaque fois qu'elle avait menacé de déséquilibrer le système constitutionnel des Provinces-Unies. L'auteur voit d'ailleurs dans cette vacance un signe de la « victoire complète de l'oligarchie bourgeoise sur le stadhouder » (*loc. cit.*, p. 94).

³¹³ Sur la conjoncture qui entoure les Traités de Westphalie, la manière dont ils sont venus à bout de « l'enchevêtrement des espaces normatifs » qui caractérisaient l'Europe du Moyen-Âge et sur les conséquences qui en ont été tirées au niveau du Droit international, tant privé que public, se référer à l'étude – étayée par une solide connaissance de la bibliographie anglo-américaine – sur les origines historiques du concept moderne de *comity* par Thomas SCHULTZ et David HOLLOWAY, « Retour sur la *comity* : première partie : Les origines de la *comity* au carrefour du Droit international privé et du Droit international public », *Clunet*, 2011, n°4, pp. 863 à 886. La *comity*, telle qu'elle est apparue au XIX^e siècle, est la descendante directe et plus ou moins fidèle de la notion de *comitas* qu'ont développé en leur temps Paul et Jean Voet, puis – dans une acception légèrement différente – Ulrich Huber.

Dès lors, dans un climat aussi propice à l'effervescence des souverainetés nationales, il n'est guère étonnant que ces aspirations se traduisent, sur le plan intellectuel et sur le plan des doctrines juridiques, par la fermentation d'une pensée encline à exalter l'idée même de souveraineté.

§ 2. L'apparition de l'École Hollandaise.

Témoins privilégiés, par leur statut d'universitaires et leurs responsabilités d'avocats ou de magistrats, de l'éclosion et de l'essor de la République, les juristes hollandais vont y prendre pleinement part en inscrivant ces principes dans le domaine des conflits de statuts³¹⁴. Pour mener à bien cette entreprise, ils doivent répondre à une double problématique : au niveau de l'esprit, d'abord, en infusant l'idée de la souveraineté/territorialité absolue du droit ; au niveau de la méthode, ensuite, en mettant en œuvre, dans l'élaboration de leurs solutions, une acceptation sous bénéfique d'inventaire de la tradition romaniste médiévale.

La souveraineté/territorialité du droit s'entend aussi bien des rapports que les Provinces-Unies entretiennent avec les pays étrangers, également souverains sur leurs territoires, que du statut de la loi étrangère et des conditions de l'accueil ou du rejet de celle-ci par l'ordre juridique du for. Mais elle s'applique tout aussi bien au cadre du droit inter-provincial dans lequel le droit de chaque province est susceptible d'entrer en conflit avec le droit d'une autre, pour autant que l'une d'elle sorte des limites de son détroit. Les « Hollandais », qu'ils soient originaires d'Utrecht, de Frise ou d'ailleurs, y sont particulièrement sensibles. Ils s'inscrivent d'ailleurs, sur ce point, dans la droite ligne des thèses territorialistes de Bertrand d'Argentré, qui, déjà, entendait ménager l'autorité et l'empire de la coutume locale en réduisant à la portion congrue toute pénétration d'une coutume extérieure à son détroit³¹⁵. Une telle inclination ne pouvait qu'être accueillie favorablement par les auteurs hollandais et, à cet égard, le terrain fut soigneusement préparé par la « doctrine flamando-brabançonne » qui contribua à acclimater le territorialisme argentréen à l'environnement des Pays-Bas espagnols³¹⁶. Au-delà même de leur inclination théorique pour ces thèses territorialistes, le

³¹⁴ Sur les conditions favorables que rencontrent aux Pays-Bas Espagnols puis dans les Provinces-Unies les questions tenant aux conflits de statuts, voir les quelques pages qu'y consacre Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome I, pp. 397-401, et, plus près de nous, A. Basil EDWARDS dans son travail de référence, *The Selective Paul Voet, op. cit.*, dont le champ d'étude va bien au-delà de la traduction (en anglais, avec reproduction du texte original latin) de l'œuvre majeure de l'aîné des Voet et constitue une étude minutieuse et approfondie du statutisme hollandais. Le chapitre 2 qui traite des antécédents historiques du statutisme comporte deux sections dévolues à l'émergence des Pays-Bas et à la doctrine statutiste qui s'y est développée. Dans la section 2.6, l'auteur rappelle l'attachement farouche de chaque province à un système juridique considéré comme souverain, et ce dans un contexte où les Sept Provinces se trouvent immergées dans un ensemble confédéral plus vaste, dont les prérogatives et les compétences sont strictement délimitées.

³¹⁵ Sur Bertrand D'ARGENTRE et ses *Commentarii in patriae Britonum Leges* (1584), voir, *supra*, pp. 147-168.

³¹⁶ Sous la bannière de « doctrine flamando-brabançonne », il est autorisé de rallier les trois jurisconsultes des Pays-Bas méridionaux qui ont écrit, à la fin du XVI^e et dans la première moitié du XVII^e siècle, sur les conflits de lois. En effet, Paul van Christynen, Nicolas de Bourgogne (déjà évoqué à la note 306, p. 170) et Pierre Stockmans ont tous des liens privilégiés avec la Flandre, le Brabant, Malines ou encore Anvers.

Paul VAN CHRISTYNEN (1543-1631), également appelé CHRISTINAeus, originaire de Malines, est l'auteur des *Commentarii in leges Mechlinienses* en 1625 mais se distingue surtout comme praticien. C'est un arrêstiste de renom, comme en témoignent ses *Decisiones practicarum quaestionum*, recueil de sentences prononcées par le Grand Conseil de Malines, publiées en 1671.

Nicolas DE BOURGOGNE, ou DE BOURGOIGNE (1586-1649), plus connu sous le nom latin de BURGUNDUS, et également remarqué pour son œuvre d'historien, est sans nul doute le jurisconsulte le plus réputé. Seigneur de Rocquemont, il est un descendant, par le bâtard de Jean sans Peur, Jean de Bourgogne (1404-1480), évêque de Cambrai et archevêque de Trèves, comte de Cambrésis, des Valois de Bourgogne. Originaire du Hainaut, il poursuit ses études à Louvain et exerce la profession d'avocat à Gand. Il s'y illustre assez pour entamer sa carrière de jurisconsulte, en se mettant, à partir de juin 1627, au service du duc et électeur de Bavière et en occupant la chaire de Droit civil à l'Université d'Ingolstadt. En 1639, il retourne en Brabant pour y devenir membre du Conseil souverain. Son œuvre

contact quotidien avec la pratique les contraint à ne jamais méconnaître l'importance de ces « statuts » locaux³¹⁷ et c'est précisément pour cette raison qu'ils puisent, en majeure partie, leurs exemples et leurs solutions dans cette jurisprudence inter-provinciale qui sort chaque jour de leurs tribunaux.

Pour arbitrer ces conflits et ménager le souci sourcilleux que chaque système juridique, étatique comme provincial, manifeste à l'égard du respect de son autorité, ces civilistes vont naturellement se tourner vers le droit romain, autant pour demeurer fidèles à leur formation romanistique que pour puiser au précieux réservoir de raisonnements et de solutions que constitue la science bartoliste du conflit de statuts. Leur démarche et leurs réflexes restent donc indéniablement statutistes, dans la mesure où la révérence due à la souveraineté du législateur – et, plus précisément, à l'autorité qui édicte le statut – impose de s'en référer à lui pour déterminer les cas et les champs d'application de ses dispositions³¹⁸. Cependant, désormais, ni le législateur, ni l'ordre juridique ne seront plus ceux du Saint Empire romain germanique. L'émancipation des Provinces-Unies vis-à-vis de la puissance impériale et du royaume d'Espagne emportait fatalement comme conséquence que le nouvel ensemble politique jouissait d'un système juridique indépendant, qui n'admettait plus par définition la domination d'un droit d'essence supérieure, qui serait contraire à leur souveraineté. Aux yeux de ses jurisconsultes, l'idée même d'un *jus commune* vecteur de la puissance impériale était frappée d'obsolescence par le nouvel ordre westphalien.

En supprimant ainsi de l'équation statutiste le *jus commune* et en ne gardant que la méthode et la substance même du Droit romain, les Hollandais se trouvent ainsi à devoir réfléchir à une solution de substitution. En effet, le droit commun avait été, jusqu'alors, le facteur régulateur qui garantissait l'exportation, l'accueil ou le rejet des lois, décisions et autres actes et, partant,

majeure – en matière de conflits de lois – est publiée en 1621 sous le titre de *Ad Consuetudines Flandriae Aliarumque gentium tractatus controversiarum*. Les *Controverses* ne cachent pas la dette qu'elles doivent à d'Argentré. Le premier des quinze *tractati* qui les composent débute en exposant la bipartition des statuts et l'auteur ajoute à propos du jurisconsulte breton : « [Mais] d'Argentré, en homme au génie supérieur, a ajouté une troisième catégorie, et mixte qui plus est » (*Ceterum Argentraeus vir excellentissimi ingenii tertiam partem, nempe & mixtum addidit*, dans le *Tractatus I*, n°1, p. 13, de l'édition parue en 1634 à Leyde). Cela n'empêche d'ailleurs pas de Bourgogne de donner du statut mixte une définition fort différente de celle qu'en donne d'Argentré : sur ce dernier point, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 399-400. Ses *Controverses* ont, à leur tour, profondément marqué ses pairs flamands, ainsi que ses successeurs hollandais. Sur la figure de Nicolas de Bourgogne, l'on consultera les portraits en forme d'hommage qu'en dressent les procureurs généraux Charles Victor DE BAVAY à l'occasion de l'audience de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles le 16 octobre 1848 (*La Belgique judiciaire*, 1848, tome VI, n°87, pp. 1417-1422), et Raymond JANSSENS devant la Cour de Cassation, « Nicolas Bourgoingne - Le Droit international privé », *Pasicrisie belge*, III^e partie, 1906, pp. 1-23).

Pierre STOCKMANS (1608-1671) n'est pas un personnage de moindre envergure : né à Anvers, il a été professeur à l'Université de Louvain, membre du Conseil de Brabant, en même temps que de Bourgogne, et membre du Conseil privé. Il publie en 1670 les *Decisiones curiae Brabantiae*, qui comportent cent cinquante arrêts rendus par cette juridiction. Sur la vie et l'œuvre de ces auteurs qui ont eu, parmi leurs mérites, celui de véhiculer la pensée de d'Argentré aux Pays-Bas, consultez Armand LAINE, *Introduction*, *op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 401-403 (sur de Bourgogne) et 403-407 (sur Van Christynen et Stockmans). La réception des idées d'Argentré par les Pays-Bas méridionaux et, notamment, par de Bourgogne est traitée par Jean BARBEY, « Le sort du système de d'Argentré », *RHD*, 1940-1941, pp. 397-411, spéc. pp. 401-402.

³¹⁷ Eduard-Maurits MEIJERS dans son « Histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 654-655, souligne, en s'appuyant sur les témoignages d'auteurs de l'époque (notes 1 et 2 de la page 655), la force prégnante de la *lex fori* dans le ressort de chaque Province et le comportement qu'elle dicte aux juges locaux.

³¹⁸ Voir *supra*, pp. 84-85, sur le « statutisme franco-italien face aux dispositions d'application impérative », et, plus particulièrement, le mode de gestion vertical qu'implique l'approche statutiste. Rien n'est plus éclairant à propos de ce lien consubstantiel qui unit, dans la pensée des Hollandais, le *statutum* au *legislator* que la définition du statut qu'en donne Paul VOET dès le deuxième paragraphe de la quatrième section de son *De Statutis* : « Mais je vais [maintenant] me consacrer à l'étude du statut, lequel peut être défini de la manière suivante : il s'agit d'un droit propre institué par un législateur autre que l'empereur » (notre traduction) (*Verum ad statuti explicationem me conferam, quod hac finitione comprehendi poterit ; est jus particulare, ab alio legislatore quam imperatore constitutum*, *De Statutis*, IV, 1, §2).

l'extraterritorialité de la condition civile d'un sujet de droit à l'extérieur des frontières. Sans lui, le mode de gestion verticale propre à la théorie des statuts, entendu au sens formel³¹⁹, tombe de lui-même, puisque le pouvoir souverain reconnu aux Provinces-Unies ne connaît désormais plus de supérieur, mais uniquement des égaux : la communauté de droit cède place au concert des nations. Sans lui, encore, il ne peut plus être question, faute de référent matériel, de qualifier un statut prohibitif de « favorable » ou de « odieux »³²⁰. Sans lui, enfin, le risque est fort d'aboutir à un cloisonnement parfait d'ordres juridiques territoriaux qui, de toute évidence, serait voué en pratique à l'échec. Un tel système, à le supposer viable, priverait le citoyen d'une nation de la protection de la loi de son domicile³²¹, bornée dans les limites de son territoire, et menacerait de surcroît les intérêts du commerce international.

Dans cette entreprise, d'Argentré ne pouvait s'avérer d'un grand recours : pour peu qu'elle fût bornée par une territorialité-réalité de principe et qu'elle ne représentât pas de danger pour la coutume locale, la pénétration des statuts étrangers sur le territoire était, selon son système, une conséquence nécessaire de l'extraterritorialité-personnalité³²². Raisonnant dans un cadre purement inter-coutumier, le jurisconsulte breton n'avait nullement en vue de remettre en question la *superanitas* du Roi de France³²³. Par conséquent, le territorialisme de l'École hollandaise, en consonance avec leurs aspirations, se veut plus intransigeant et plus cohérent³²⁴ : il lui incombe donc de fonder sur de nouvelles bases un mécanisme transversal qui s'attacherait à la fois à assurer les transmissions et circulation transfrontières des lois, décisions et actes indispensables au commerce juridique et à s'inféoder aux grands principes de souveraineté absolue et de territorialité exclusive de la loi. C'est ainsi que ce mécanisme va naturellement être fondé par Paul Voet, approfondi par son fils Jean et publicisé par Ulrich Huber : la *comitas* – ou la *courtoisie* du législateur

³¹⁹ Sur la distinction entre le sens formel et matériel du mode de gestion vertical qui forme l'essence même de la théorie des statuts, voir Bertrand ANCEL, « Conflits de coutumes et théorie des statuts », in *La coutume dans tous ses états, op. cit.*, spécialement pp. 40-41.

³²⁰ Paul VOET l'a parfaitement compris, lui qui, embrassant dans le chapitre II de la quatrième section de son *De Statutis*, les différentes classifications possibles des statuts, réfute qu'un statut puisse être qualifié, comme l'ont fait d'autres avant lui, de *favorabile* et *d'odiosum* : « Il y en a qui distinguent entre le statut favorable et le statut odieux ; au prétexte que le premier s'étend au-delà du territoire, alors que le second, non » (*Sunt qui distinguunt, inter statutum favorabile & odiosum ; quasi illud extendatur, non hoc, De Statutis, sect. IV, chap. II, n°6 in fine*). Et l'auteur d'enchaîner au paragraphe suivant (n°7) : « Mais, de ce qui suit, il ressortira avec suffisamment d'évidence que ma propre opinion se forge sans se soucier de cette distinction » (*Verum quod indistincte procedat mea sententia, exsequentibus patebit abunde*). Sur les développements qu'il convient d'accorder à la valeur et à la portée de cette attaque de Paul Voet à l'encontre de la vénérable distinction bartolienne, voir, *infra*, pp. 185-192.

³²¹ Le danger d'un tel cloisonnement est parfaitement exprimé par Louis BOULLENOIS, dans son *Traité de la Personnalité et de la Réalité des Lois*, Paris, 1766, tome premier, p. 155, à la dixième Observation, qui porte sur le chapitre III du *De jure quod oritur ex Statutorum diversitate* de Christian RODENBURG, paru en 1653.

³²² Sur l'ordonnancement principe/exception que fixe le statutisme de d'Argentré à la réalité et la personnalité, ses implications et ses effets, voir, *supra*, 147-168. Pour une appréciation plus générale de la doctrine du jurisconsulte breton, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, pp. 338-344.

³²³ Que cette *superanitas* s'entende comme la suzeraineté/souveraineté du roi de l'ordre féodal ou comme la souveraineté telle que l'a définie Jean BODIN dans *Les Six Livres de la République* (1576) quelques années avant la parution des *Commentarii*... D'Argentré, même s'il se fit, en tant qu'historiographe, le défenseur jaloux des antiques libertés de la province de Bretagne, était d'autant moins enclin à discuter sa sujétion vis-à-vis du Roi de France qu'il avait été l'un des commissaires royaux lors de la réformation de la Coutume de Bretagne de 1580. Voir Pierre CADIOU, *Bertrand d'Argentré, op. cit.*, pp. 114-143.

³²⁴ Jean BARBEY, « Le sort du système de d'Argentré », *op. cit.*, p. 402, remarque, dans un paragraphe que nous pouvons reprendre à notre compte, que « L'École hollandaise a non seulement consacré à la suite de d'Argentré le principe du territorialisme, mais a même été plus loin que lui dans l'application de ce principe. En effet, d'Argentré, en présence de la doctrine italienne comptant près de trois cents ans d'existence, avait, tout en combattant cette doctrine, subi quelque peu son influence. C'est ainsi que d'Argentré admettait certaines exceptions au principe du territorialisme. Il reconnaissait notamment un caractère extraterritorial aux dispositions purement personnelles ».

qui consent, selon son bon plaisir, et après un rigoureux contrôle de fond, à l'application sur son territoire de telle ou telle loi ou décision étrangère qui en ferait la demande - constitue la clé de voûte du système.

Tous les éléments sont désormais en place pour fonder en théorie les figures modernes des lois de police et de l'exception d'ordre public. En postulant que tous les biens et toutes les personnes, résidant à titre permanent ou y étant de passage, se trouvant dans les limites de sa *potestas statuendi* sont soumis à la prérogative exclusive du législateur, les Hollandais font le lit des premières. En décidant que toute application d'une loi étrangère sur le territoire est soumise à un contrôle de fond exercé par le seul juge de l'Etat du for, garant des intérêts de l'Etat et de ses sujets, ils donnent définitivement naissance à la seconde.

Si les deux institutions ne sont pas dégagées en tant que telles par les auteurs de l'époque, il n'en reste pas moins que l'une et l'autre ne sont, au fond, dans leur esprit, que les expressions magnifiées d'une territorialité exclusive des statuts, irriguée et innervée par le sang neuf de la souveraineté.

Section 2^{ème}. La territorialité des statuts, manifestation par excellence de la *potestas statuendi* du législateur local.

« La force se confine dans les limites du pouvoir »³²⁵. La célèbre affirmation de Bertrand d'Argentré a gravé une si profonde impression dans l'esprit de ses successeurs que les plus remarquables d'entre eux y ont vu la formulation la plus juste et la plus aboutie de la territorialité des statuts. Partant de cette prémisse posée par d'Argentré, de Bourgogne et Rodenburg se sont attachés à en développer les virtualités. Par l'identité qu'elle établissait entre le statut réel et son champ d'application territorial, entre son objet – les biens immeubles et les droits qui s'y rapportent – et son effet dans l'espace, mais surtout par la compétence nécessaire qu'elle conférait à la législation locale³²⁶, cette formule emportait logiquement deux conséquences que recueillit avec empressement la doctrine hollandaise. La première consistait à l'interpréter de manière négative et à en déduire qu'une fois franchies les *finis potestatis*, la domination de la législation locale et de ses agents s'arrêtait net, n'exerçant plus aucun effet, plus aucune emprise sur les biens et les personnes. *A contrario*, la seconde, positive, postulait que, toute entière concentrée à l'intérieur des limites de son pouvoir, cette domination se révélait absolue et s'assujettissait tous les rapports de droit susceptibles de naître au sein de son ressort. Formulées ainsi, ces deux conclusions étaient fortes d'une logique « souverainiste » dont les statutistes du XVII^e siècle, fervents lecteurs de d'Argentré, vont tirer les implications et qu'ils vont ériger en emblème³²⁷.

Christian Rodenburg est sans doute le premier des auteurs hollandais à transposer la maxime argentréenne sur le plan de la souveraineté du législateur local et du respect dû à la

³²⁵ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 218, glose 6, n^o9, p. 604 (traduction Bertrand ANCEL) : *finitae enim potestatis finita est virtus*. Sur le sens et la valeur à accorder à la réalité/territorialité de Bertrand D'ARGENTRE, prise sous l'angle « publiciste », voir, *supra*, pp. 160-166.

³²⁶ Y compris dans les cas où le juge ayant à connaître du sort des immeubles n'était pas le juge du lieu de situation : voir la discussion entamée sur ce point par André BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés », *op. cit.*, pp. 622-630. Même dans une hypothèse de dissociation entre compétence judiciaire et compétence législative, la règle de conflit conférant toute autorité à la réglementation en vigueur au *locus rei sitae* devait être respectée. Cette autorité se justifiait d'autant mieux – au niveau du statut réel *stricto sensu* – que seules les autorités locales étaient habilitées à exercer les actes d'exécution sur le bien situé dans le périmètre de leur domination.

³²⁷ Sur ce double aspect de la souveraineté territoriale en matière de conflits de lois, voir A. Basil EDWARDS, *The Selective Paul Voet, op. cit.*, pp. 51-52.

domination qu'elle exerce sur le territoire soumis à sa puissance. Cette inspiration, il la puise également chez de Bourgogne, chez qui elle reste encore à l'état d'ébauche. C'est bien au juriste ultrajectin qu'il revient, pour la première fois, de la formuler avec netteté et de lui donner une résonance qui témoigne indubitablement de l'influence qu'exerce sur lui la doctrine de la souveraineté territoriale absolue.

§ 1. Nicolas de Bourgogne.

Si les passages que consacre Nicolas de Bourgogne (1586-1649)³²⁸ à la question sont peu nombreux et n'autorisent pas à en faire un théoricien de la « souveraineté » du statut local, ils signalent déjà des accents qui démontrent sa propension à voir dans la réalité/territorialité une manifestation du pouvoir du *legislator*. Le lien indéfectible entre réalité et territorialité transparait d'emblée dans sa classification des statuts :

En conséquence de ce qui précède, ceux [= les statuts] qui sont personnels circulent avec la personne, en quelque lieu que celle-ci se transporte, et étendent leurs forces et leur effet à travers l'ensemble des territoires. Les statuts réels, quant à eux, contemplent le lieu de situation de la chose de telle sorte qu'ils n'excèdent pas les limites du territoire... parce que les choses elles-mêmes y sont attachées. Le statut mixte, de son côté, parce qu'il est la combinaison de l'un et l'autre genre, participe de la nature de l'un et de l'autre. Par conséquent, dans la mesure où il est personnel, il n'est pas renfermé dans les limites [= du territoire] ; mais, dans la mesure où il est réel, il est circonscrit dans les limites du territoire.³²⁹

En vertu de cette classification, de Bourgogne s'estime à même de déterminer, dans la suite de sa dissertation, si tel statut est personnel, réel ou mixte et, partant, s'il est possible de lui accorder le bénéfice de l'extraterritorialité, s'il faut, au contraire, le retrancher *intra terminos* ou s'il commande de combiner les deux effets, en ce qu'il vise à la fois la personne (ou les meubles) et les immeubles. Si l'on excepte leur divergence au sujet des statuts mixtes, de Bourgogne ne fait en cela qu'appliquer les directives transmises par d'Argentré. Mais il insiste de façon beaucoup plus explicite sur le lien qui unit les biens et les personnes – et les droits y afférant – présents sur le territoire et la volonté du législateur qui, pleine et entière à l'intérieur des limites de son pouvoir, ne connaît de bornes que celles qui marquent l'extinction dudit pouvoir. Il l'exprime lui-même dans un passage de sa première dissertation :

Mais la loi n'a rien accordé de plus que ce qu'elle avait elle-même reçu du législateur ; et le législateur n'a rien accordé qui puisse excéder les limites de son territoire. En effet, même s'il en avait grandement le désir, il ne peut établir de droits dans le territoire d'autrui.³³⁰

³²⁸ Sur cet auteur, voir la note 316 du présent chapitre.

³²⁹ Nicolas DE BOURGOGNE, *Ad Consuetudines Flandriae Aliarumque gentium tractatus controversiarum*, Leyde, 1634, *Tractatus I*, n°3 : *Consequenter ea quae sunt personalia, una cum persona circumferuntur, quocumque loco se transtulerit, et per universa territoria viresque, et effectum porrigunt. Realia situm rerum sic spectant, ut territorii limites non excedant, quia rebus ipsis sunt affixa. At vero mixtum, quia ex utroque genere conflatum est, naturam assequitur utriusque, et proinde in quantum personale est, non cohibetur intra terminos; in quantum vero reale, territorii finibus circumscribitur.* La transcription donnée par Max GUTZWILLER dans son cours sur « le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, nous semble, en dépit de notre déférente admiration envers l'auteur, fautive : il faut bien lire *non cohibetur intra terminos* en lieu et place de *non prohibetur infra terminos*. Sur la classification des statuts selon de Bourgogne, voir la note 316, avec les références.

³³⁰ *Ibidem*, *Tractatus I*, n°47 : *Lex vero nihil amplius dedit, quam a legislatore ipsa accepit ; nec legislator ulterius, quam intra territorii sui limites. Alieno enim territorio etsi maxime velit jura ponere non potest.*

Sous la plume de Bourgogne, une telle affirmation ne saurait surprendre. En effet, elle reprend, avec une fidélité remarquable, les termes que son maître d'Argentré avait lui-même employés au cours de la célèbre polémique qu'il avait engagée contre les thèses de Dumoulin au sujet de la consultation des époux de Ganay et elle témoigne, par là même, de la filiation intellectuelle qui relie les deux auteurs³³¹. Pour eux, en effet, le champ d'application territorial d'une disposition statutaire ne s'apprécie que par rapport au lien de sujétion qui est noué avec le territoire, envisagé comme le lieu d'expression de la *potestas statuendi* du législateur local³³². En revanche, cette co-incidence réalité/territorialité devient si prégnante qu'elle conduit un auteur comme de Bourgogne à restreindre encore davantage que ne l'avait fait d'Argentré le champ d'expression laissé au statut personnel et donc à l'extraterritorialité des dispositions qui y sont incluses. La catégorie subit un resserrement qui semble directement inspiré par un territorialisme qui se veut protecteur de l'organisation foncière voulue par les coutumes locales³³³. Si elle n'est pas justifiée par un intérêt digne d'être pris en considération et nécessaire au bon fonctionnement du commerce (juridique), la pénétration d'un statut issu d'une *potestas* étrangère et également souveraine sur le pré carré du statut local est vue avec défaveur par la doctrine du XVII^e siècle³³⁴.

§ 2. Christian Rodenburg.

Esquissée par de Bourgogne, qui puise l'essentiel de son inspiration chez d'Argentré, la volonté d'interpréter la *potestas statuendi* comme une « souveraineté » absolue, à qui seule revient le droit de décider s'il y a lieu d'autoriser une disposition étrangère de pénétrer sur son territoire, se fait plus précise et plus ferme chez Christian Rodenburg³³⁵. La doctrine de cet auteur est toute entière contenue dans un traité spécialement consacré à ce sujet et qui forme lui-même un traité préliminaire à l'édition de son *Tractatus de jure conjugum* de 1653 : le *De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum, discrepantium conflictu*³³⁶. Il n'est guère étonnant de constater que, dans ce court traité préliminaire, la plupart des exemples que traite Rodenburg relève du droit matrimonial.

³³¹ Sur cette référence au *legislator* chez d'Argentré et sa conception du statutisme comme manifestation d'un conflit de *potestates statuendi*, voir, *supra*, pp. 160-166.

Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 218, glose 6, n°33 : « Or, celles qui sont de cette nature [= les obligations légales] n'ont pas plus de force que celle qu'elles reçoivent de la loi, et la loi pas plus que celle qu'elle reçoit du législateur, et le législateur pas plus qu'il n'a de territoire » (traduction de Bertrand ANCEL)

³³² D'ailleurs, cette référence au *legislator* n'est pas à entendre dans un sens étroit : les conflits tels que de Bourgogne les envisage dans son traité sur les coutumes de Flandres sont souvent des conflits inter-coutumiers, qui mettent en jeu les dispositions de telle ou telle coutume : Flandres, Hainaut... ou de telle cité : Courtrai, Malines...

³³³ En ce sens, Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 402-403, et Raymond JANSSENS, « Nicolas Bourgoingne – Le droit international privé », *op. cit.*, pp. 2-3.

³³⁴ L'influence de Bourgogne sur la doctrine des XVII^e et XVIII^e siècles ne doit pas mésestimée : ses analyses sur le statut pénal et sur son double champ d'application territorial et personnel ont directement influencé Paul Voet, qui s'en est très largement servi, et, par son entremise, Jean Bouhier. Sur cette transmission des idées de Bourgogne sur le statut pénal, voir, *infra*, titre second, chapitre I^{er}, pp. 418-420. Voir aussi Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales, op. cit.*, pp. 65, 71-72 et 81-82.

³³⁵ Christian (ou Christiaan) RODENBURG (1618-1668) est né à Utrecht et y a étudié le droit, ainsi qu'à l'Université de Leyde. Il est devenu secrétaire de la Cour Suprême d'Utrecht, en 1642, puis conseiller de cette même Cour, avant d'être élu député d'Utrecht aux Etats Généraux. Son œuvre majeure est le *Tractatus de jure conjugum*, dont la première édition date de 1653. Sur la vie et l'œuvre de Christian RODENBURG, consulter, parmi les références évoquées à la note 307, la notice de Johannes Wilhelmus WESSELS, *History, op. cit.*, pp. 299-300 et A. Basil EDWARDS, *The Selective Paul Voet, op. cit.*, pp. 317-332 et 330-333 qui revient longuement sur la personnalité et le système du contemporain et du compatriote de Paul Voet, ainsi que sur l'influence qu'a pu produire l'œuvre du premier sur les écrits du second.

³³⁶ Tel est le titre qui figure sur l'édition originale d'Utrecht, parue en 1653, et que l'on peut traduire par *Du droit qui naît du conflit entre statuts ou coutumes discordants*. Lorsque Louis BOULLENOIS fait paraître son *Traité de la Personnalité et de la Réalité des Loix* en 1666, à Paris, et qu'à la suite de la traduction qu'il a menée de l'œuvre de RODENBURG, il insère le

Si Rodenburg ne cache pas la dette qu'il a envers les auteurs qui l'ont précédé et, plus particulièrement, envers d'Argentré et de Bourgogne³³⁷, il est sans doute le premier à tirer toutes les conséquences logiques de la territorialité des statuts qui sont directement impliquées par des considérations de souveraineté. Dans le troisième chapitre de son titre premier, et après avoir déjà rappelé, dans le chapitre précédent, que « les statuts réels n'ont pas coutume de s'étendre au-delà du territoire »³³⁸, il en vient à la question de l'effet – territorial ou extraterritorial – des statuts :

Il est certain qu'il n'est permis à personne d'imposer des lois pour avoir lieu hors l'étendue de la juridiction, et que, s'il le fait, l'on peut impunément ne s'y point soumettre, parce que, hors le territoire, la Loi n'a plus d'autorité, ni de juridiction, selon la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20). Il n'y a donc aucune Loi, ni Coutume qui puisse régler directement les biens qui sont situés dans une autre Jurisdiction, il n'y en a même aucune qui puisse assujettir les personnes qui lui sont soumises, lorsqu'elles contractent ailleurs, parce que ce serait tendre un piège à celui qui seroit d'une autre Jurisdiction, qui est présumé ne faire attention qu'aux Loix de l'endroit où il contracte, et que le Juge de cet endroit n'est pas obligé de suivre les Loix du domicile de ceux qui viennent contracter chez lui, ni de souffrir que, dans la Jurisdiction, on prenne droit par des Loix étrangères (...) Il faut donc tenir pour maxime que le Statut d'un Législateur perd toute son autorité dans la Jurisdiction d'un autre.³³⁹

Ce court passage est riche de plusieurs enseignements que ne manqueront pas de tirer et d'approfondir les successeurs de Rodenburg. S'il est formulé essentiellement *a contrario*, le premier est fondé sur la conviction – déjà partagée par ses illustres prédécesseurs - que le champ d'application strictement territorial d'un statut réel n'est que le produit de la « souveraineté » du législateur local sur les biens et sur les personnes qui se trouvent sur le territoire. Mais cette évidence se voit dotée d'une force à peine entrevue jusqu'alors. Le second enseignement tient, en effet, à ce que cette souveraineté est désormais perçue, sans équivoque, comme pleinement « absolue ». A ce titre, elle ne peut, *a priori*, souffrir aucune concurrence de quelque loi étrangère que ce soit à l'intérieur des frontières du territoire soumis à sa domination. Mais, à ce titre également, sa souveraineté est étroitement confinée aux limites du territoire, car tout statut qui tend à sortir de ses limites naturelles est voué à demeurer sans effet, car dénué de toute force contraignante : comme le dit Rodenburg, « hors le territoire, la Loi n'a plus d'autorité, ni de juridiction » et « le Statut d'un Législateur perd toute son autorité dans la Jurisdiction d'un autre ». Dans la mesure où la *potestas statuendi* cesse irrémédiablement dès que les frontières de la « juridiction » ont été franchies, il est par conséquent logique – à ne s'en tenir qu'au niveau des préceptes - d'en déduire qu'il est *rigoureusement impossible* qu'une loi sorte de son territoire pour passer dans un autre. La souveraineté de la loi locale entraîne pour conséquence le cloisonnement strict des ordres juridiques, imperméables les uns aux autres, et l'assujettissement, *de facto*, par sa seule présence sur le territoire, de tout étranger à cette loi.

texte original du juriconsulte ultrajectin, il choisit de faire figurer le titre suivant : *De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum, diversitate*. L'œuvre de Rodenburg nous est donc parvenue sous ces deux titres. La traduction qui figure dans les développements qui suivent est celle de Boullenois.

³³⁷ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur, op. cit.*, titre premier, chapitre premier : « Nous avons cependant deux grands juriconsultes, qui ont traité fort amplement, et qui plus est, avec une approbation générale, quelques questions qui sont des dépendances de cette ample matière ; savoir d'Argentré dans son savant Commentaire sur la Coutume de Bretagne et Burgundius, dans ce petit ouvrage travaillé avec tant d'attention sur les Coutumes de Flandres... » (Traduction de Louis BOULLENOIS), édition de 1766, Paris, p. 13.

³³⁸ *Ibidem*, titre premier, chapitre deuxième (traduction de Louis BOULLENOIS), édition de 1766, p. 28.

³³⁹ *Ibidem*, titre premier, chapitre troisième (traduction de Louis BOULLENOIS), édition de 1766, pp. 146-147.

L'approche de Rodenburg, énoncée en ces termes, l'amène d'emblée à envisager deux questions pratiques, qui forment le revers du principe ainsi forgé et qui ont pour point commun de s'interroger sur le problème que pose pour le souverain local la présence de ressortissants locaux sur un territoire étranger.

Le premier problème tient au refus de Rodenburg d'accorder tout effet à la loi du domicile, de l'*origo*, sur tous les justiciables qui passent un contrat à l'extérieur du territoire avec un ressortissant étranger. Pour reprendre les termes mêmes de l'auteur, « il n'y en a même aucune [= aucune loi] qui puisse assujettir les personnes qui lui sont soumises, lorsqu'elles contractent ailleurs, parce que ce serait tendre un piège à celui qui seroit d'une autre Jurisdiction, qui est présumé ne faire attention qu'aux Loix de l'endroit où il contracte, et que le Juge de cet endroit n'est pas obligé de suivre les Loix du domicile de ceux qui viennent contracter chez lui, ni de souffrir que, dans la Jurisdiction, on prenne droit par des Loix étrangères ». Parce qu'il lui est impossible de se prévaloir du bénéfice et de la protection de sa loi personnelle et parce que le simple franchissement de la frontière le « détache » de l'ordre juridique de son domicile, le sujet de droit – qui, dans ces conditions, peut difficilement être qualifié de ressortissant – est tenu de se soumettre inconditionnellement à la loi dans le ressort duquel il contracte, y compris en ce qui concerne son statut personnel. La justification de ce double transfert de domination et de compétence en est simple : « Ce serait tendre un piège à celui qui seroit d'une autre Jurisdiction, qui est présumé ne faire attention qu'aux Loix de l'endroit où il contracte ». Ainsi, le refus d'accorder un droit à une loi étrangère est perçu comme une garantie de la sécurité juridique des citoyens du for local³⁴⁰. C'est dans l'intérêt exclusif de ceux-ci qu'est posée une « présomption » qui donne entière compétence à la *lex loci contractus*, dont la force contraignante se renforce du fait qu'elle coïncide avec la *lex fori* et la règle *Locus regit actum*, en ce qui concerne le fond et les formes du contrat³⁴¹. La qualité des parties – notamment, l'appréciation de leur capacité ou de leur incapacité à conclure le contrat - et les effets de cette qualité sont tout entiers régis par la loi locale. Cette « présomption » est d'ailleurs vouée à devenir une règle quasi irréfragable. Par voie de conséquence logique, le juge du *locus contractus*, qui serait, par hypothèse amené à connaître du contrat, n'est tenu *par aucune règle de droit* – la précision est d'importance sous la plume de Rodenburg – de tenir compte d'une quelconque loi étrangère, pour la raison qu'il doit seulement allégeance au législateur qui l'a institué et à l'appareil législatif dont il est l'un des agents. Dans la mesure où la loi étrangère s'est vue refuser, ès qualités, tout droit de séjour sur le territoire, il faudrait donc que, par dérogation au principe, elle se vît accorder, du législateur et de celui qui en est le représentant, le juge, une *faveur*, une prise en considération de sa teneur matérielle et non de sa positivité. Ainsi se dévoilent les contours d'une question dont va être saisie, à l'avenir, la jurisprudence : celle qui repose sur l'idée d'une « ignorance excusable de la loi étrangère »³⁴², admise par certaines juridictions afin de protéger les intérêts des citoyens ressortissant au for.

A ne s'en tenir qu'aux principes idéaux dégagés par Rodenburg, il semble que la façon la plus radicale de régler le problème né de la discordance des statuts ou des coutumes soit de nier toute extranéité et de réduire – en les « naturalisant » - toutes les situations à un conflit de droit

³⁴⁰ Le raisonnement de Rodenburg sera également mis à l'œuvre dans la jurisprudence française au XIX^e siècle et, plus particulièrement, dans l'arrêt *Lizardi* (Chambre des Requêtes, 16 janvier 1861) : sur ce grand arrêt (Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *Grands Arrêts*, n°5, pp. 39-46), voir *infra*, pp. 835-838.

³⁴¹ Sur les règles relatives au contrat, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, pp. 406-413.

³⁴² Sur cette notion d'« ignorance excusable de la loi étrangère », qui constitue en quelque sorte la facette négative de « l'ignorance excusable de la loi locale » que les canonistes, puis les romanistes médiévaux – au premier rang d'entre eux, Jacques de REVIGNY et BARTOLE – avaient étudiée, voir *supra*, entre autres, pp. 36-49, 64-74 et 92-94.

interne. Mais, de l'idéal à la réalité, il y a un fossé que Rodenburg va s'évertuer à combler en introduisant l'idée d'un mécanisme correctif qui, sans porter atteinte à la pureté du principe de la souveraineté territoriale absolue, va donner un fondement à l'extraterritorialité des statuts personnels et éviter l'aporie à laquelle un cloisonnement trop strict des ordres juridiques conduirait fatalement.

Le second problème révèle tout ce qu'une conception trop étroitement territorialiste de la souveraineté peut avoir de négatif et d'absurde pour le détenteur de la *potestas*. En effet, si l'on tient pour acquis les préceptes formulés par Rodenburg, l'emprise du souverain local s'arrête à la frontière, où cesse tout son pouvoir, et le ressortissant qui franchirait cette frontière échapperait à sa domination. La sujétion personnelle que réclame de la manière la plus absolue le pouvoir local s'effacerait du seul fait matériel que constitue la présence du citoyen à l'étranger. Cette conséquence - sans doute logique *in abstracto*, mais peu réaliste et contraire aux intérêts de l'Etat - n'échappe évidemment pas à Rodenburg. D'où l'insertion, au même endroit de son œuvre, d'un passage consacré à l'emprise personnelle que le pouvoir local doit pouvoir conserver sur les citoyens qui viendraient à sortir du territoire :

On convient, à la vérité, qu'un juge peut défendre à ses justiciables de faire certaines choses hors son territoire, et cela peut être à cause du plein pouvoir qu'il a de les punir, quand ils contreviennent à ses ordonnances, ou peut-être encore en vertu du consentement tacite des justiciables qui, demeurant dans un lieu, sont présumés se soumettre entièrement à la Jurisdiction de ce lieu, comme le soutient Peck, dans son *De testamentis conjugum*, au livre quatrième, chapitre 28, n^o8, *in medio*³⁴³, et nous avons, dans certaines occasions, répondu suivant cet avis, comme, par exemple, que ceux qui ont la Jurisdiction d'Amersford [= Amersfoort, dans la province d'Utrecht] avaient pu défendre aux habitants du lieu d'aller boire auprès des limites du territoire, et affaiblir par là la levée des impôts de la ville, et Burgundus a fait mention de cette loi prohibitive, dans son cinquième *Tractatus*, au numéro 8.³⁴⁴

S'il est tentant de voir dans cette règle une dérogation au principe de la territorialité absolue des statuts, les motivations qu'avance Rodenburg pour justifier une telle solution semblent davantage la placer au rang de prolongement personnel de la souveraineté. En effet, l'interdiction qu'édicte le « Juge » à l'encontre de ses « Justiciables » se fonde, pour les atteindre au-delà du

³⁴³ Pierre PECK – ou PECKIUS – (1529-1589), originaire de Zierikzee en Zélande, a été professeur à l'Université de Louvain, à partir de 1562, et membre du Grand Conseil de Malines, de 1586 à sa mort. Surtout connu pour son œuvre de pénaliste, il est également l'auteur d'un *De testamentis conjugum*, dont les chapitres XVII du livre III et XXVIII à XXXII du livre IV touchent à la matière du conflit de statuts. Il est considéré par Armand LAINE, *Introduction*, tome 1^{er}, pp. 396-397, comme étant un auteur en général fidèle à la « doctrine italienne ». Sur cet auteur, voir la notice de Johannes Wilhelmus WESSELS, *History, op. cit.*, pp. 251-252 et Irina GETMAN-PAVLOVA, « The founders of 16th century belgian realism in private international law doctrine », *Working Paper, Basic Research Program, 64, Law, 2016*, publié par la National Research University – Higher School of Economics de Saint-Petersbourg, 2016, spéc. pp. 7-9.

Par ailleurs, son célèbre traité *De jure sistendi et manuum injiciendi quam arrestonem vocant* est cité par Louis BOULLENOIS, *Traité de la Personnalité et de la Réalité des Lois, op. cit.*, dans la onzième observation. Sur Louis Boullenois et l'Observation XI, voir *infra*, pp. 441-458 (p. 452 et note 1082 pour la référence à Peck).

³⁴⁴ Titre premier, chapitre troisième (traduction de Louis BOULLENOIS, édition de 1766, pp. 146-147. L'auteur précise, à la suite de l'extrait cité, que la défense posée par le législateur vis-à-vis de ceux de ses ressortissants qui se trouveraient en dehors du territoire est purement *personnelle*, dans la mesure où elle est insusceptible de frapper les étrangers « hors du lieu » avec lesquels ils passeraient contrat. Une telle précision se comprend puisqu'à un double titre – extraterritorialité et sujétion envers un autre souverain –, ces étrangers échappent à l'emprise du législateur. Toutefois, il importe d'ajouter que Rodenburg exclut du champ d'application matériel d'une interdiction édictée par le législateur local « les contrats que les Justiciables peuvent passer avec les Etrangers », quand lesdits contrats sont conclus « hors l'étendue de la Jurisdiction ». Faute pour le jurisconsulte ultrajectin de se justifier davantage, l'on en est conduit à considérer que de tels contrats sont soumis au principe qu'il a lui-même énoncé un peu plus haut dans sa démonstration.

périmètre naturel d'application des lois, sur « le plein pouvoir qu'il a de les punir, quand ils contreviennent à ses Ordonnances » ou, encore, sur le « consentement tacite des Justiciables qui, demeurant dans un Lieu, sont présumés se soumettre entièrement à la Jurisdiction de ce Lieu ». Les deux raisons, au fond, ne sont guère différentes : là où la première se conçoit comme une simple extension personnelle de l'empire de la loi pénale, territoriale par définition, la seconde, évoquée en des termes plus généraux, constitue une simple projection de la domination territoriale du « juge » sur le plan personnel : il y a, dans les deux cas, un rapport de sujétion qui entend s'exprimer pleinement, en deçà comme au-delà des frontières.

L'exemple évoqué par Rodenburg et qu'il puise dans son expérience de praticien montre bien que les considérations de souveraineté peuvent excéder, en certaines occasions, la contrainte que représente la territorialité. Ayant été consulté au sujet d'une « loi prohibitive » édictée par la cité d'Amersfoort, le jurisconsulte a émis l'avis que le législateur respectait ses attributions en émettant une interdiction, pour tous les citoyens de la ville, de se rendre au-delà des frontières pour aller boire. Ce faisant, il a approuvé la raison pour laquelle le législateur local a pris ombrage de ces mouvements transfrontaliers et a fini par réagir par la promulgation d'un statut prohibitif : ces déplacements « affaiblissaient la levée des impôts de la ville ». Si l'exemple, tel qu'il nous est rapporté, ne nous permet de juger s'il y a eu, de la part des habitants, intentionnalité ou non de se soustraire à la levée des impôts, Christian Rodenburg livre ici tous les éléments susceptibles de constituer une *fraude à la loi*³⁴⁵, ou, plus exactement, une fraude au statut pénal prohibitif :

- 1° D'abord, étant tenu pour acquis que certains habitants d'Amersfoort avaient agi de la sorte dans le seul but d'échapper à l'imposition, l'élément moral ou intentionnel est – supposément – rempli ;
- 2° L'élément matériel, ensuite, repose tout entier dans le franchissement de la frontière et le fait, pour les citoyens, d'aller boire dans des établissements dédiés à cette fonction au-delà des limites de la cité ;
- 3° L'élément légal, enfin, se trouve dans la violation d'une disposition fiscale – dont la teneur exacte ne nous est pas rapportée – en vigueur sur le territoire de la cité d'Amersfoort, la mise en œuvre de cette disposition étant, *a priori*, conditionnée par la réalisation du fait matériel sur le territoire, et uniquement sur celui-ci.

Que la fraude à la loi se trouve, ainsi, transposée par Christian Rodenburg sur le plan du conflit de statuts ne saurait surprendre si l'on garde à l'esprit qu'elle traduit, de la part d'un sujet de droit, « la volonté de se soustraire à la loi normalement compétente »³⁴⁶. Dans le système posé par le jurisconsulte ultrajectin, la compétence d'une loi se mesure au territoire soumis à sa souveraineté. Qu'il soit volontaire ou non, qu'il soit effectué dans le but d'échapper à une disposition locale ou non, le simple fait de franchir la frontière se traduit par le passage d'une souveraineté législative et judiciaire à une autre souveraineté législative et judiciaire, sur laquelle la première n'exerce – par

³⁴⁵ Sur la détermination et la mise en œuvre des éléments constitutifs de la fraude à la loi en matière de conflits de lois, voir l'arrêt *Princesse de Bauffremont*, Cour de cassation, chambre civile, 18 mars 1878, et son commentaire dans les *Grands Arrêts*, n°6, pp. 47-59. Parmi les Hollandais, Paul Voet, discutant du cas de l'infraction commise par un résident à l'extérieur du territoire, prend position en faveur de la *lex domicilii*, la jugeant mieux à même de sanctionner toute fraude à son égard : « Principalement, parce que, s'il en allait autrement, les délits resteraient impunis, et que le citoyen qui voudrait commettre un délit se transporterait en dehors du territoire, et, là, en provoquant son adversaire, il échapperait à l'empire de la loi de son domicile » (*Maxime, quod aliter delicta manerent impunita, et civis delinquere volens, extra territorium se conferret, ibique adversarium provocando, statutum sui loci eluderet, De Statutis*, section XI, chapitre I, n°4). Sur la doctrine de Paul Voet relative au conflit de dispositions pénales, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 298-305, avec les références.

³⁴⁶ Pour reprendre la formule consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Société Lafarge* (Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 17 mai 1983, *RCDIP*, 1985, pp. 346 et suiv., note Bertrand ANCEL).

définition – aucune influence. La force de cette souveraineté et la bonne justice qu'elle est censée incarner se trouveraient blessées si elle ne trouvait pas le moyen de réprimer ceux qui tenteraient de contourner ses dispositions en sortant de son champ d'application.

Confronté à ce qu'il considère comme une violation manifeste de ses propres dispositions, le législateur réagit en l'espèce en soumettant tout contrevenant à la rigueur d'un statut pénal qui prend en compte le fait matériel et, pour cette raison même, s'étend au-delà des limites du territoire. La cohérence des principes énoncés par Rodenburg exige que les poursuites soient engagées dès le retour du citoyen sur le territoire. La liaison entre le législatif et le judiciaire, mise en évidence dans le texte par l'emploi indistinct de la notion de « juridiction » et de « juge », impose qu'il revienne au juge du for de sanctionner l'auteur de l'infraction, en appliquant la peine dispensée par le statut pénal du for.

De l'exemple du statut pénal d'Amersfoort, il est loisible d'inférer deux conclusions. La première est que, sans se dévoiler comme telle, la fraude à la loi, ou, tout du moins, ses composantes, prend place parmi l'arsenal mis à la disposition du juge pour réagir à des situations qui, pour avoir été légalement constituées ailleurs, n'en heurtent pas moins les intérêts de l'ordre juridique du for. La seconde est qu'à la réponse du juge peut succéder le remède apporté par le législateur : l'édiction d'un statut prohibitif personnel, en matière pénale, ou, pour être plus exact, d'une « loi de sûreté », qui, pour cette raison, peut prétendre au bénéfice de l'extraterritorialité³⁴⁷.

Les développements que consacre Christian Rodenburg à la question du champ d'application territorial du statut réel et de ses rapports étroits avec le respect dû à la souveraineté du détenteur de la *potestas statuendi*, pour brefs qu'ils soient, suffisent à dresser l'esquisse d'une doctrine de la souveraineté territoriale conçue de la manière la plus absolue. Conformément à l'esprit du temps, cette souveraineté territoriale n'est pas exclusive d'une souveraineté personnelle, qui lie de manière indéfectible le ressortissant local au juge et à la loi de son domicile, à chaque fois que ceux-ci l'estiment nécessaire pour le bon ordre de l'ordre juridique du for. En plaçant la souveraineté/territorialité au rang le plus élevé de ses préceptes, et en l'enveloppant dans des déclarations de principe sans doute d'une excessive généralité, Rodenburg ne semble pas pouvoir échapper à un procès en dogmatisme. Mais il y a tout lieu de croire qu'en procédant ainsi, le juriste ultrajectin n'a entendu, à ce niveau de sa démonstration, s'en tenir qu'à une approche purement théorique, qui allierait la simplicité et la cohérence. En homme de la pratique, il était conscient que, de la théorie aux faits, il y avait nécessairement un écart qui imposait de faire preuve d'un grand réalisme et d'un grand pragmatisme. L'idéal de la souveraineté peut bien irriguer le statutisme des Hollandais ; il ne suffit pas à lui seul à fournir les solutions pratiques que les conflits de statuts appellent, par l'intrication des divers intérêts, privés et publics, qui peuvent s'y retrouver mêlés.

Le statutisme de Christian Rodenburg laisse affleurer une sensibilité marquée pour la conception moderne de la souveraineté, par les accents très intransigeants que l'auteur emploie pour défendre ses vues. Mais ce territorialisme absolu dont il dévoile le potentiel – et les faiblesses – peut tout aussi bien se réclamer de l'influence qu'exercent sur lui des auteurs aussi imbus de la *potestas statuendi* que l'étaient d'Argentré et de Bourgogne. A la croisée de l'ancienne conception

³⁴⁷ Si le caractère ouvertement pénal du statut de la cité d'Amersfoort ne nous autorise pas la hardiesse d'y voir une préfiguration des lois de police personnelles de l'époque contemporaine, il est néanmoins permis de relever que cette « loi de sûreté » est édictée de façon à satisfaire l'intérêt de l'ordre juridique de la cité d'Amersfoort et que le mécanisme mis en œuvre est, au fond, le même : la « défense » que porte en lui ce statut, considéré comme garantissant l'intérêt public, intervient *a priori*, avant même que ne se constitue la situation litigieuse – à la différence de l'exception d'ordre public, appelée à n'intervenir qu'*a posteriori*.

féodale et de la nouvelle souveraineté émergeant de l'ordre westphalien, Rodenburg mérite sans doute tout autant que Paul Voet d'être considéré comme le véritable fondateur de la doctrine hollandaise, pour avoir tracé le sentier qu'emprunteront ses successeurs³⁴⁸. Mais c'est à ces derniers que revient le privilège d'avoir assis le statutisme sur la doctrine moderne de la souveraineté/territorialité.

Section 3^{ème}. L'articulation de la doctrine hollandaise autour du concept moderne de souveraineté.

Le concept moderne de souveraineté tire son origine de l'influence conjuguée de deux auteurs : Jean Bodin (1529-1596) et Hugo Grotius (1583-1645). Le premier a, dès 1576, dans *Les six livres de la République*, contribué à accréditer la thèse que, dorénavant, la réalité du pouvoir doit être exercée sans partage par l'Etat, à la tête de laquelle se trouve une autorité – absolue et incontestée – détentrice de la puissance publique. Il en ressort par voie de conséquence que les « citoyens » doivent allégeance à cette puissance souveraine et pleinement indépendante, et non plus à des pouvoirs supranationaux comme l'Empire ou le Saint-Siège ; la souveraineté législative constitue, à ce titre, l'expression la plus parfaite et la plus intangible de cette indépendance³⁴⁹. Le second a, dans son célèbre traité *De jure belli ac pacis* de 1625, posé les bases d'un droit international, ou *jus gentium*, qui doit désormais s'évertuer à trancher les conflits et à ménager les intérêts qui naissent des relations qu'entretiennent entre eux des Etats pleinement maîtres de leur destin³⁵⁰. Le prestige de leur compatriote Hugo Grotius et le retentissement de son œuvre ont encouragé, par la suite, les Hollandais à ériger en principe indiscutable – il serait plus juste de dire : en axiome - l'idée que le conflit de statuts met en jeu, par les éléments d'extranéité qu'il agite inévitablement, la souveraineté législative de tous les Etats concernés. Ces juristes sont convaincus que la souveraineté d'une Province autonome ou d'un Etat pourrait avoir à souffrir, à l'occasion d'un tel

³⁴⁸ La question a été débattue parmi les historiens du droit international privé. Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, p. 97, tient Jean Voet pour celui qui « fonda une doctrine nouvelle ». Roeland KOLLEWIJN et Max GUTZWILLER (selon ce dernier, dans sa *Geschichte, op. cit.*, à la p. 285) préfèrent en attribuer le mérite à son père Paul. Pour Eduard-Maurits MEIJERS, « Histoire des principes fondamentaux... », *op. cit.*, p. 666, cet honneur doit revenir à Rodenburg : « le fondateur réel de la doctrine hollandaise n'est pas Paulus Voet, mais le jurisconsulte d'Utrecht : Rodenburg ».

En réalité, il semble plus juste d'attribuer ce titre à la fois à Rodenburg et à Paul Voet. Tous deux adoptent des positions fort proches et partagent les mêmes inflexions ; tous deux sont d'Utrecht et écrivent à la même époque, sous la forme d'un traité systématique ; à certains égards, Paul Voet prolonge et systématise les pistes de réflexion lancées par son contemporain. Il conviendrait, d'ailleurs, de les rassembler, avec Jean Voet, sous l'appellation de *doctrine ultrajectine*, pour les distinguer de Huber et de son système qui puise à des sources d'inspirations différentes des leurs.

³⁴⁹ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, 1576. La conception universaliste de Jean Bodin fait reposer la différence entre citoyen et étranger sur le lien d'obéissance et de protection du souverain – quelle que soit la forme qu'il revête - vis-à-vis de son sujet : « C'est donc la reconnaissance, et obéissance du franc suget envers son prince souverain, et la tuition, la justice, et la défense du prince envers le sujet qui fait le citoyen : qui est la différence essentielle du bourgeois à l'étranger » (*Les six livres de la République*, livre premier, chapitre VI, p. 67). La souveraineté chez Jean Bodin est ainsi conçue de manière personnelle : la présence ou l'installation de l'étranger sur un territoire n'en fait pas pour autant un sujet du souverain qui exerce sa domination sur le territoire. Voir Keechang KIM, « L'étranger chez Jean Bodin, l'étranger chez nous », *RHD*, n°76, 1998, pp. 75-92.

³⁵⁰ Hugo GROTIUS (DE GROOT), *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, P.U.F., 1999 (traduction de Paul Pradier-Foedéré, Paris, 1867). Voir également *idem*, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, édité par B.J.A. de Kanter - Van Hettinga Tromp (Leyde, 1939) et annoté par R. Feenstra, C.E. Persenaire et E. Arps-De Wilde, Aalen, 1993. L'édition originelle en latin des *Jus belli ac pacis libri tres* date de 1625 et a été publiée à Paris, lors de l'exil de Grotius en France. Sur la vie, l'œuvre et les circonstances dans lesquelles il a fait paraître son *De jure belli ac pacis*, voir D. L. CAREY MILLER, « Hugo Grotius : born 1583 – The lasting impact of a man of the seventeenth century », *Acta Juridica*, 1982, pp. 66-98 (spécialement, les pp. 82-88) et Ellison KAHN, « Hugo Grotius, 26 April 1653 – 29 August 1645, a sketch of his life and his writings on Roman-Dutch law », *South African Law Journal*, n°100, 1983, pp. 192-212.

conflit, d'un empiètement de la part d'une autre souveraineté, dans la mesure où cette dernière, pour suivre – comme il est légitime – l'un ou plusieurs de ses ressortissants, aurait à sortir de ses limites naturelles pour pénétrer dans le ressort de la première. Pour éviter une telle conséquence, le système progressivement mis en place par Paul Voet et ses successeurs va s'attaquer à la cause : le règlement de conflits à construire doit impérativement s'enter sur la souveraineté territoriale absolue. Mais, en tant que civilistes et praticiens, ils sont tout autant conscients que les nécessités du commerce juridique imposent une circulation transfrontière des statuts personnels, des actes ou des décisions et que la vie des affaires – à laquelle les ressortissants des Provinces-Unies sont quotidiennement confrontés – appelle à la rencontre de territoires ou de sujets étrangers. A la fermeté abstraite et rigide du principe souverainiste, l'intérêt bien compris des parties en cause – Province ou Etat comme personnes privées – justifie que soient apportés à l'édifice théorique bâti par les Hollandais des amendements, qui peuvent prendre la forme, selon les auteurs, d'exceptions ou de tempéraments. Ces amendements n'étaient pas de nature à remettre en cause les prérogatives de la Province ou de l'Etat : en définitive, c'est à lui, et à ses agents, qu'il incombe de déterminer s'il y a lieu ou non, et dans quelles proportions, de laisser libre cours à la loi étrangère. La logique souverainiste impose que le dernier mot revienne au juge du for, en tant que garant des intérêts juridiques et politiques locaux ou nationaux.

En mettant progressivement sur pied un système de résolution des conflits de lois valable à l'origine au niveau inter-provincial, puis transposé au niveau international, Paul Voet et ses successeurs se placent tout à la fois dans la continuité des théoriciens de la souveraineté comme dans celle des statutistes traditionnels : la « souveraineté des statuts » assumée par le système de Paul Voet (§ 1) est reprise et enrichie par son fils Jean, qui en étend les solutions à l'échelle des relations inter-étatiques (§ 2). En effet, la territorialité brandie par chacune des Provinces, soucieuse de défendre et perpétuer son autonomie³⁵¹, se prête particulièrement bien à la projection sur le plan international. Dans les deux cas, le même impératif s'impose aux esprits : l'unité politique et sociale que garantit la souveraineté de la Province ou de l'Etat est toujours susceptible d'être mise en danger quand se présente face à elle le risque de voir naître ou prospérer des situations injustes et des statuts inégaux qu'une trop grande liberté accordée aux lois et décisions étrangères pourrait favoriser. Le remède *a priori* que va préconiser la doctrine hollandaise est précisément destiné à parer à ce genre de risque.

§ 1. Paul Voet et la souveraineté / territorialité.

La souveraineté n'est sans doute pas, en soi, une considération nouvelle dans l'histoire de la théorie des statuts : en effet, la défense des intérêts locaux, mue, le plus souvent, par la nécessité de préserver l'organisation foncière et d'éviter le transfert des terres - et de la richesse qu'elles représentent - dans des mains étrangères, a toujours constitué une considération de premier plan dans la pensée des auteurs et la territorialité prônée par un Bertrand d'Argentré ou un Nicolas de Bourgogne, abritée derrière la prédominance accordée au statut réel, n'avait pas d'autre raison d'être. Il n'est guère étonnant, au fond, qu'un statutiste comme Paul Voet, reprenant l'approche

³⁵¹ Il convient de rappeler qu'à l'époque où Christian Rodenburg, Paul Voet et leurs successeurs se proposent d'élaborer des principes de solutions concernant les conflits de statuts, ils sont parfaitement conscients de devoir composer avec la pratique judiciaire à laquelle ils sont confrontés quotidiennement. Or, les juges provinciaux sont, alors, naturellement portés à appliquer le *jus proprium*. Outre la note 314 du présent chapitre, l'on renverra à A. Basil EDWARDS, *The Selective Paul Voet, op. cit.*, p. 333-334 et à sa note 119.

classificatrice des statuts, s'inscrive dans la droite ligne de cette tradition et s'avère soucieux, comme l'ont été ses prédécesseurs, de ménager l'indépendance de chaque droit local, mais, davantage encore, de préserver l'indépendance de l'ensemble politique – en l'occurrence, l'une des sept Provinces - qui en forme le ressort.

Pour avoir articulé son système de résolution de conflits de statuts autour de la souveraineté/territorialité et d'avoir ainsi fait de la territorialité des statuts – et non plus seulement leur réalité - le principe gouvernant l'ensemble de sa pensée, Paul Voet³⁵² peut légitimement prétendre à être reconnu comme « l'inventeur » de la doctrine hollandaise³⁵³. A bien des égards, la démarche qu'il suit dans le *De Statutis* (1661), qui reste son œuvre majeure, s'inscrit dans une logique de rupture avec la tradition statutiste qui l'a précédée.

La rupture se veut tout d'abord formelle. Le *De Statutis* se présente comme un traité systématique³⁵⁴, qui prolonge et enrichit, par une argumentation qui lui est propre, les préceptes qu'avait rassemblés quelques années auparavant, dans son petit recueil, Christian Rodenburg. Dans l'esprit d'un Paul Voet, cette présentation novatrice constitue le support le plus adéquat pour relayer une pensée qui se conçoit comme résolument moderne, ne reprenant les enseignements traditionnels et le support du droit romain que pour mieux nourrir une réflexion originale sur les statuts. Ce n'est pas là l'un des moindres apports des Hollandais : du point de vue de la littérature statutiste, ils entendent rompre avec la tradition du commentaire – à la différence notable du pandectiste Jean Voet, plus conformiste sur ce point – et se démarquer ainsi, avec ostentation, de leurs aînés. La tonalité du discours de Paul Voet reste encore très imprégnée des *disputationes* qu'il

³⁵² Paul (ou Paulus) VOET (1619-1667) est né à Heusden le 7 juin 1619, dans la partie septentrionale du Brabant, mais l'essentiel de sa vie et de sa carrière se déroule à Utrecht, où sa famille s'installe dès 1634. C'est à cette date, en effet, que son père, le célèbre et influent Gijsbert Voet, obtient d'occuper la chaire de théologie à l'Université d'Utrecht. Le parcours académique de Paul, rappelé par le *Catalogus Professorum* de l'Université (<http://profs.library.uu.nl/index.php/profrec/getprofdata/2226/290/312/0>), est dès lors indéfectiblement lié à Utrecht : *Professor Extraordinarius* en Métaphysique dès 1641, il est promu *Professor Ordinarius* en Logique et en Grec classique en 1644. En parallèle, il achève ses études de Droit et est fait *Juris utriusque Doctor* en 1645, puis est nommé *Professor Juris Ordinarius* en 1654. Egaleme nt tourné vers la pratique, en tant que juge à Vianen, il a écrit dans de nombreux domaines. Son œuvre juridique, très riche, se distingue essentiellement par son commentaire sur les *Institutes* (paru à titre posthume en 1668) et, surtout, par les deux œuvres concernant le conflit des statuts :

- Le *De Statutis eorumque concursu Liber Singularis*, portant comme sous-titre *De jure et concursu statutorum* (« Livre unique sur les statuts et les conflits qui s'élèvent entre eux. Sur le droit des statuts et leurs conflits »), paru à Utrecht en 1661 et plus connu sous la forme abrégée de *De Statutis* ;

- Le *De mobilium et immobilium natura, modo academico et forensi ad evidentiore m juris statuarii intellectum strictim proposita* (« De la nature des meubles et des immeubles, exposée rigoureusement, de manière académique et pratique, afin de parvenir à une meilleure intelligence du droit des statuts »), publiée à Utrecht en 1666 et plus connue sous le nom de *De mobilium et immobilium natura*.

L'œuvre fondamentale reste le *De Statutis*, car l'essence de la doctrine de Paul Voet, nourrie de son enseignement universitaire et de ses qualités de romaniste, y est toute entière concentrée. Mais le *De mobilium et immobilium natura*, rédigé pour répondre aux attaques d'un disciple de Rodenburg, Abraham van Wesel, mérite néanmoins d'être mentionné, dans la mesure où il offre l'occasion à Voet de revenir sur les thèses développées dans le *De Statutis* et d'en clarifier et d'en préciser le contenu et la portée.

Au sujet de la vie et de l'œuvre de Paul Voet, il convient de se référer au travail de synthèse opéré par A. Basil EDWARDS, *The Selective Paul Voet, op. cit.*, spécialement dans ses chapitres 1 et 4. Paul Voet fait également l'objet d'une brève notice chez Johannes Wilhelmus WESSELS, *History, op. cit.*, pp. 300-301, et d'un rapide résumé chez Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, pp. 97-99.

³⁵³ Cette appellation est due à Max GUTZWILLER, *Internationalprivatrecht*, p. 136 : « Er (Paulus Voet) ist der Erfinder der *Comitas* » (cité par A. Basil EDWARDS, *The Selective Paul Voet, op. cit.*, p. 333). Sous la plume des historiens du Droit international privé, la *comitas*, perçue comme l'apport principal de la doctrine hollandaise, sert souvent de synecdoque pour définir de manière synthétique les principes développés par cette dernière.

³⁵⁴ Sur la structure suivie par le *De Statutis* et sa division en sections, ainsi que sur le contenu des sections qui ne regardent pas directement le conflit de statuts, voir A. Basil EDWARDS, *The Selective Paul Voet, op. cit.*, chapitre 1, spéc. pp. 11-25.

avaient tenues à l'Université d'Utrecht³⁵⁵, mais cette allégeance est de pure convenance : il n'est plus question désormais de faire révérence aux Romanistes médiévaux, qui tissaient leurs développements autour d'un texte originel du Code³⁵⁶, tout comme il n'est pas davantage question de reprendre servilement le flambeau des commentateurs de coutumes qu'avaient été, à une époque récente, d'Argentré ou de Bourgogne.

La fracture se fait également sentir au niveau des thèses développées par l'auteur. En effet, Paul Voet est le premier à jeter les fondements d'une conception renouvelée du *statut* et du mode de résolution qu'il convient de suivre en cas de conflit entre deux normes de ce type. La définition qu'il en donne au chapitre premier de la section IV de son *De Statutis* et la délimitation qu'il fixe à son champ d'action vont le conduire à ordonner entièrement le champ d'application autour d'un territorialisme exclusif. Le lien organique qui existe entre le statut et le législateur seul habilité à l'édicter justifie l'ensemble de son édifice doctrinal : la territorialité du statut doit être respectée, parce qu'elle est la manifestation du pouvoir absolu, souverain de l'autorité qui lui donne vigueur (A.). L'exclusivité attachée aux prescriptions de cette *potestas statuendi* locale à l'intérieur du territoire emporte comme conséquence logique *a contrario* le refus d'accorder au statut qui en est l'incarnation le bénéfice de tout effet extraterritorial qui serait fondé sur l'application d'une règle de droit (B.). Si tempérament il doit y avoir à l'exclusivité du statut territorial, qui prétend s'appliquer *de stricto jure* ou *de rigore juris* (C.), alors, il ne peut se concevoir qu'en vertu d'une règle qui serait mise en œuvre sur le fondement de l'*aequitas*, à laquelle les Hollandais tendent à assimiler la *comitas*.

A. Le statut comme expression d'une *potestas statuendi* particulière : la souveraineté/territorialité.

De manière très caractéristique, et alors même que la présentation revêt des atours des plus classiques, la définition que Paul Voet livre de ce qui constitue l'objet même de son traité – le statut – s'écarte sensiblement des définitions livrées par ses prédécesseurs et qu'il avait, par ailleurs, rappelées, sans les retenir, dans la section IV, chap. I, § 1 :

Mais je vais [maintenant] me consacrer à l'étude du statut, lequel peut être défini de la manière suivante : il s'agit d'un droit propre institué par un législateur autre que l'empereur. Je dis « droit propre », dans la mesure où il s'oppose au droit commun, entendu non au sens de droit des gens ou de droit naturel, mais au sens de droit civil des Romains, commun au peuple romain et à tous ceux qui lui étaient soumis. L'on précise « par un législateur autre [que l'empereur] », puisque celui qui édicte des statuts est qualifié à juste titre, et à sa propre échelle, de législateur, de même que les statuts eux-mêmes sont qualifiés de lois des municipes. Et, de même, [l'on précise] « par un... autre », parce que l'empereur, selon les règles, n'établit pas les statuts : excepté s'il donne des lois aux citoyens d'un municipe ou s'il prescrit des statuts, d'après ceux qui régissent ses propres municipes. Voyez, sur ce point, la clause des statuts de la cité d'Utrecht. Enfin, j'adjoins les mots « autre que l'empereur », parce que, même si l'empereur est seul qualifié de législateur, il ne faut pas comprendre ceci dans un autre sens que celui d'après lequel il lie, par ses lois, non pas tel ou tel peuple, mais bien tous les peuples que le pouvoir de sa clémence gouverne.³⁵⁷

³⁵⁵ Sur les cinq *disputationes* tenues à l'Université d'Utrecht, voir A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet, op. cit.*, pp. 7-8 et 366-369.

³⁵⁶ Sur la loi *Cunctos Populos* (C. 1.1.1), voir la note 358 *infra*.

³⁵⁷ Paul VOET, *De statutis*, section IV, chapitre I, n°2, Amsterdam, 1661 : *Verum ad statuti explicationem me conferam, quod hac finitione comprehendendi poterit ; est jus particulare, ab alio legislatore quam imperatore constitutum. Dico jus particulare, in quantum opponitur juri communi, non prout est gentium et naturale, sed prout est jus civile Romanorum, populo Romano commune, et omnibus qui illi populo parebant. Additur, ad alio legislatore ; cum qui statuta condit, recte et suo modo legislator appelletur, uti ipsa statuta leges*

Conformément à une tradition bien établie, et sans doute par réminiscence de ses *disputationes*, Paul Voet livre, dans ce passage, une définition du statut qui reprend formellement les linéaments tracés par la doctrine romaniste antérieure et qui n'envisage ainsi le statut qu'en tant que norme législative destinée à s'insérer, à un niveau subalterne de la *lex* impériale, dans le système juridique de l'Empire. Pour autant, cet habillage des plus classiques ne doit pas induire en erreur : le point névralgique ne réside pas dans cette subordination du statut vis-à-vis de la loi.

En effet, la définition organique de Paul Voet s'articule autour de l'idée que le statut est, avant toute chose, le produit de la volonté d'un législateur appartenant à une cité ou à un peuple en particulier et que, par essence, il se distingue du droit commun, fruit de la volonté de l'Empereur, et de son champ d'application universel. En cela, Paul Voet ne fait qu'affirmer, tout à la fois, l'indépendance du législateur particulier, quant à l'exercice de sa *potestas statuendi*, vis-à-vis du pouvoir impérial et l'indépendance du droit statutaire à l'égard du droit commun. En effet, selon Paul Voet, le statut « s'oppose au droit commun... au sens de droit civil des Romains, commun au peuple romain et aux peuples qui lui étaient soumis » (*opponitur juri communi... prout est jus civile Romanorum, populo Romano commune, et omnibus qui illi populo parebant*) ; il ajoute, *in fine*, que la qualité de législateur n'est reconnue à l'Empereur que pour l'ensemble des peuples qui lui sont assujettis, et non pour ceux qui se sont affranchis de son pouvoir : « il lie, par ses lois... tous les peuples que le pouvoir de sa clémence gouverne » (*suis legibus non hunc aut illum populum, verum omnes constringat, quos suae clementiae regit imperium*)³⁵⁸.

Si ce schéma est transposé dans le cadre de l'Empire, alors l'ordonnement des compétences législatives ainsi défini se conforme aux enseignements traditionnels : il existe bel et bien une double strate normative, qui correspond à l'échelonnement des pouvoirs. En revanche, à l'époque où Paul Voet dispense ses cours et rédige son traité, ce schéma ne peut correspondre à l'état de l'Europe tel qu'hérité des Traités de Westphalie : l'insistance avec laquelle l'auteur précise que le rayonnement de l'Empire et du droit romain se limitent aux peuples qui reconnaissent son autorité laisse augurer un changement de perspective.

Dès lors, parce qu'il n'est plus possible de raisonner seulement à partir de l'illusion du *dominium mundi* du Saint-Empire, les présupposés sur lesquels repose le statutisme ancien se trouvent ainsi – potentiellement – récusés. Cette mise au rebut de la souveraineté impériale et de son vecteur, la primauté du droit commun, n'empêche pas toutefois abandon du mode de gestion vertical. En réalité, l'aîné des Voet se propose de rénover les idées statutaires, tant l'héritage médiéval, si vénérable qu'il soit, lui semble obsolète à l'heure où se dessine un nouvel ordre international. L'une des intuitions fondamentales de Paul Voet réside dans la conviction qu'il revient dorénavant au législateur local – peu important, au fond, la taille et l'importance politique du territoire qu'il gouverne – d'assumer la fonction anciennement dévolue à l'empereur. La rupture

dicuntur municipiorum. Et quidem ab alio, quia regulariter statuta non condit imperator: excipe nisi municipibus jura det, statuta praescribat, secundum quae ipsi sua regant municipia. Vid. Clausul. Stat. Civitatis Ultrajectinae. Denique adjicitur, quam imperatore, quod licet imperator solummodo dicitur legislator, id tamen non alio sensu obtineat, quam quod suis legibus non hunc aut illum populum, verum omnes constringat, quos suae clementiae regit imperium. L'édition à laquelle nous avons eu recours est l'*editio princeps*, qui est la seule parue du vivant de l'auteur et qui a également servi de référence à l'édition critique qu'en a donné A. Basil EDWARDS, dans *The Selective Paul Voet*.

³⁵⁸ *Omnes constringat, quos suae clementiae regit imperium* : les termes choisis par Voet renvoient, explicitement, à la loi *Cunctos Populos* qui figure en tête du Code Justinien (C. 1.1.1, sous le titre *De Summa Trinitate et fide catholica*) et qui débute ainsi : *Cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperium...* (« [Nous voulons que] tous les peuples que gouverne le pouvoir de notre clémence... »). L'ajout, à la fin du paragraphe, d'un renvoi à la loi romaine fait en sorte qu'aucun lecteur ne pouvait manquer de relever la référence.

ne se fait pas sentir tant au niveau de la méthode que des éléments, normatifs et matériels, qui en sont l'objet. Du point de vue, formel, de la compétence normative, le mode de gestion vertical est confié au législateur local, dont le rôle ne consiste plus à administrer les conflits de compétences des autorités qui lui sont subordonnées, mais à faire régner sans partage sa souveraineté législative et judiciaire absolue ; du point de vue, matériel, de la sujétion du statut vis-à-vis du *jus commune*, le statut, en tant que *jus particulare*, ne peut se placer dans la mouvance du droit commun que pour autant que le territoire sur lequel il est appelé à agir fait partie intégrante de l'ensemble impérial. Si cette condition vient à faire défaut, comme dans le cas des Provinces-Unies, le critère de conformité au droit commun n'a plus de raison d'être³⁵⁹ et la fonction d'évaluation de la teneur des solutions matérielles que portent les statuts en conflit tombe dans le chef de la loi territoriale. D'où les deux enjeux dont vont s'emparer les Hollandais à partir des préceptes posés par Paul Voet : formellement, c'est toute la question de l'extraterritorialité d'un statut – défini, *in abstracto*, comme exclusivement territorial - qui devient saillante ; matériellement, c'est la problématique de la tolérance de l'ordre juridique du for vis-à-vis d'un statut étranger qui se dévoile.

B. L'aspect négatif de la souveraineté des statuts : le refus de l'extraterritorialité.

La souveraineté des statuts telle que la conçoit Paul Voet s'exprime à sa pleine mesure dans les affirmations territorialistes à partir desquelles il bâtit sa théorie et qui sont toutes fondées sur l'idée du respect dû à l'absoluité du pouvoir législatif local. L'auteur reprend à son compte la maxime traditionnelle qui veut que « une cité n'obéit pas à une autre cité » (*civitas civitati non paret*) et qui, détachée du contexte qui l'a vu naître, à savoir celui des cités de l'Italie médiévale, postule la complète indépendance de chaque système juridique et sa complète emprise sur le flux des relations qui se répandent sur son territoire. En vertu d'une logique souverainiste qui écarte tout recours au droit commun, chaque statut se trouve ainsi enserré rigoureusement dans les limites de son territoire et se voit refuser le bénéfice de l'extraterritorialité :

Mais, de ce qui suit, il ressortira avec suffisamment d'évidence que ma propre opinion se forge sans se soucier de cette distinction [entre statuts odieux et statuts favorables]. Parce qu'aucun statut, qu'il soit réel ou personnel, et si la discussion ne se base que sur les raisonnements du droit civil, ne s'étend de lui-même au-delà du territoire de celui qui édicte le statut. Voyez, en ce sens, la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20)... Je ne distingue pas ici, parce que la loi ne fait pas la distinction, si un statut s'étend de lui-même aux biens situés en dehors du territoire, directement ou indirectement, ouvertement ou par voie de conséquence. Parce que ce qui est interdit directement ne peut être permis indirectement si c'est en fraude de la loi ou du statut. Par ailleurs, de même qu'une cité, qui, par définition, n'obéit pas à une autre cité, ne se soumet pas à la coutume d'une autre cité, ni expressément, ni tacitement, de même le statut d'une cité ne peut, par voie de conséquence,

³⁵⁹ Paul VOET en fait explicitement l'aveu quand il souligne, dans le chapitre deux de la section IV, au paragraphe 1, qu'il existe bien, parmi les *divisiones* relatives à la matière des statuts, une « autre division, par incidence, selon que l'on établisse un statut qui serait contraire au droit civil, ou bien qui en constituerait une exception, ou bien qui lui serait conforme » (*Alia ab accidenti, quod vel contra jus civile statutum sit introductum, vel praeter, vel secundum jus civile*). Il ajoute immédiatement qu'il existe également « une autre division, par accessoire, selon laquelle tel est odieux, tel est favorable et tel est mixte » (*Alia ab adjuncto, quod aliud odiosum, aliud favorabile, aliud mixtum, De Statutis, sect. IV, chap. II, n°6 in fine, op. cit.*). Mais il précise ensuite que toutes « ces distinctions [NdT : qu'il vient d'évoquer] ne sont que des subdivisions mineures et qu'elles ne sont plus guère en usage auprès des tribunaux... » (*hae divisiones minoris sunt commatis, nec tantum habent usum in foro...*).

s'étendre, ni expressément, ni tacitement, chez une autre. Voyez, en ce sens, la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20)...³⁶⁰

A ce stade de sa dissertation, Paul Voet vient de passer en revue les différentes distinctions avancées par les auteurs qui l'ont précédé et se propose alors d'introduire ses propres conceptions et d'en exposer les fondements. Entendant faire œuvre nouvelle, il est convaincu que ses prédécesseurs ont tous méconnu, ou mésestimé, la nécessité de bâtir leurs opinions à partir d'une vérité qui revêt, à ses yeux, le caractère d'une vérité apodictique : la souveraineté/territorialité des statuts. Cette certitude se révèle inchangée, et dotée de la même force immanente, dans le chapitre XII du *De mobilium et immobilium natura*, qui paraît quelques années après le *De Statutis*. Conformément à la mission qu'il assigne à cet opuscule de venir compléter et éclairer, souvent sur un ton polémique, les thèses développées dans son *opus magnum*, Paul Voet rappelle à l'attention de ses détracteurs toute la charge souverainiste dont est pourvue la territorialité des statuts :

En effet, le fondement de mon opinion est assez solide et étayé à suffisance par de multiples raisons, auxquelles s'ajoute l'autorité du droit romain au point que, si l'on mesure à ce dernier la force des statuts, plus personne ne pourra dorénavant mettre en doute qu'elle repose sur le droit le meilleur : de quelque genre que soient les statuts, ils ne franchissent pas les limites du territoire du législateur, ni ouvertement, ni par voie de conséquence. Voyez, en ce sens, la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20)...

En effet, quelle raison pourrait persuader qu'un statut soit tenu de déférer aux ordres d'un autre statut, auquel il n'est pas censé se soumettre nécessairement ? Quelle règle prescrit qu'un égal chez son égal accomplisse un quelconque acte de juridiction s'il ne se soumet pas spontanément aux lois locales ? Les avis autorisés d'éminents jurisconsultes... ne nous font pas défaut. Peckius, tant de fois loué par nos jurisconsultes, les réunit dans l'opinion que nul statut, qu'il soit *in personam* ou *in rem*, n'étend son effet aux biens qui se trouvent en dehors du territoire de celui qui l'édicte.³⁶¹

Ainsi, Paul Voet ne se prive pas d'en appeler à « l'autorité du droit romain » et, même, d'invoquer, au soutien de ses positions, son patronage. Ainsi, la territorialité stricte qu'il impose au champ d'application des statuts s'abrite derrière la loi *Extra territorium* (D. 2, 1, 20), qui constitue, en la matière, une référence sûre et constante de nos auteurs, au point de passer pour un lieu commun : *extra territorium jus dicenti impune non paretur* (« à qui dit le droit hors de son ressort, on désobéit sans encourir de peine »)³⁶². De même, en demandant « quelle règle prescrit qu'un égal

³⁶⁰Paul VOET, *De Statutis*, IV, II, 7, *op. cit.* : *Verum quod indistincte procedat mea sententia, exsequentibus patebit abunde. Quia nullum statutum, sive in personam, sive in rem, si de ratione juris civilissimo instituitur, sese extendit ultra statuentis territorium. Neque hic distinguam, cum lex non distinguat, an sese extendat statutum directe ad bona extra territorium statuentium, sita, an indirecte, an propalam, an per consequentiam. Cum sint indirecte, in fraudem legis aut statuti permittenda, quae sunt directe prohibita. Quinimo uti civitas, quae civitati non paret, alterius civitatis consuetudine non ligatur, aut expresse, aut tacite, ita statutum civitatis unius nec expresse nec tacite in ordine ad alteram vires exserere poterit.*

³⁶¹Paul VOET, *Mobilium et immobilium natura*, Chapitre XII, pp. 74-75 de l'édition de 1699 et pp. 112-113 de l'édition de 1714 : *Est autem meae sententiae fundamentum satis stabile variisque subnixum rationibus, quibus se accedat juris Romani auctoritas et secundum illud statutorum vires examinentur, jam nemini dubium esse poterit, quin jure optimo fuerit dictum : statuta cujuscumque sint generis, jus dicenti territorium neque propalam neque per consequentiam egredi.*

Quae enim ratio suadet, ut alter alterius jussa, cui parere non habet necesse sequi teneatur ? Quae regula dicat, ut par in parem aliquem actum jurisdictionis exerceat, nisi quis sponte se legibus loci submittat ? Nec defunt nobis auctoritates insignium Jurisconsultorum... Cum quibus facit Peckius toties nostris laudatus jurisconsultus, quae (1714 : qui) effectum omnium statutorum, sive secundum DD. sint in personam sive in rem, non extendit ad bona extra statuentis territorium jacentia...

³⁶²La loi *Extra territorium*, extraite du titre *De jurisdictione* du Digeste, et dont l'autorité est maintes fois alléguée par Paul Voet, est sans doute l'une des lois romaines les plus citées par les statutistes. Ce qui était certainement, à l'origine, censé exprimer pour son auteur, le jurisconsulte Paul, une mesure d'organisation judiciaire au sein de l'Empire romain, tendant à la limitation du pouvoir juridictionnel du (pro)magistrat romain, a fini par devenir un emblème de la territorialité des lois, exprimant aussi bien son aspect positif que négatif. Cette transformation est le fait des canonistes, qui, les premiers, ont donné un tel sens et une telle portée à ce texte du Digeste, puis l'ont transmis aux civilistes. Sur

chez son égal accomplisse un quelconque acte de juridiction s'il ne se soumet pas spontanément aux lois locales », les termes employés (*par in parem aliquem actum jurisdictionis exerceret*) font écho à un passage du Digeste (D. 36, 1, 13, 4) qui sert de siège à la maxime de droit international : *par in parem non habet imperium*³⁶³. La parfaite indépendance des ordres juridiques, qui exprime, plus profondément encore, le principe de souveraineté étatique, se répercute donc au niveau des conflits de statuts : la condition juridique d'un sujet se trouve dès lors affectée par ce lien de sujétion qui le rattache au territoire de son souverain. L'auteur considère, alors même qu'il envisage, un peu plus loin, la question des solennités, dans ce même chapitre XII du *De mobilium et immobilium natura*, qu'il est possible d'inférer de cette souveraineté territoriale des solutions concrètes de conflits de lois :

Mais en vérité, dès lors qu'une nation n'est pas sous la domination d'une autre, dès lors que les deux peuples sont souverains, le sujet d'un territoire n'est pas tenu d'obéir aux lois de l'autre territoire en ce qui concerne soit la personne, soit les solennités, soit encore les biens qui ne s'y trouvent pas.³⁶⁴

L'adhésion de Paul Voet à la territorialité exclusive, telle que d'Argentré l'avait en son temps synthétisée en de frappantes maximes, se manifeste par la dualité qu'il reconnaît au champ d'application dans l'espace du statut local. En effet, l'affirmation positive de la souveraineté/territorialité, qui exige son application exclusive *intra fines territorii*, se double d'une implication négative qui tient à son ineffectivité au dehors³⁶⁵. D'ailleurs, les formules employées, par leur tournure même, soulignent à plaisir cette implication négative. La raison en est simple : si la territorialité repose entièrement sur la souveraineté de son auteur, c'est parce qu'il en va de l'essence même du *statutum* dont la force contraignante s'arrête là où la puissance normative vient à faire défaut. La coïncidence entre la *potestas statuendi* et la *potestas cogendi* est dès lors considérée

son emploi par la doctrine canoniste – notamment en matière pénale - et sa consécration par la Décrétale *Ut Animarum* de Boniface VIII (1298), voir l'étude d'Alfons VAN HOVE, « La territorialité et la personnalité des lois », *op. cit.*, la thèse de Willy ONCLIN *De territoriali vel personali legis indole*, *op. cit.*, ainsi que Luc SIRI, *L'apport des canonistes médiévaux*, *op. cit.*

Cette même loi *Extra territorium* se retrouve, de manière toute aussi naturelle, sous la plume de Christian Rodenburg, d'Ulrich Huber et de Jean Voet. Chez le premier, elle sert même de justification au premier de ses axiomes. Voir *supra*, pour Christian Rodenburg, p. 179 et *infra*, pour Jean Voet, pp. 202-205, et Ulrich Huber, p. 208, note 395.

³⁶³ Le paragraphe *Tempestivum* de la loi *Ille a quo* qui est ici invoqué, par l'intermédiaire d'une maxime qui a, depuis, largement pris son autonomie, ne manque pas d'intérêt, puisqu'il renvoie à la question du conflit éventuel de compétence juridictionnelle entre deux magistrats du même rang, en l'espèce, en matière successorale. La formule *par in parem...* n'y figure pas telle quelle, mais il ne fait aucun doute qu'elle puise sa source dans le texte romain : « il est à propos d'examiner par quel magistrat l'héritier peut être forcé à accepter et à remettre la succession. Supposons, par exemple, que ce soit un prêteur ou un consul qui soit institué héritier, et qui veuille répudier la succession, pourra-t-il être forcé à l'accepter et à la remettre ? Il est vrai de dire qu'un prêteur n'a pas de juridiction sur un autre prêteur, ni un consul sur un autre consul, mais si ces personnes veulent bien se soumettre à la juridiction d'un prêteur, il devient alors compétent et peut juger » (*tempestivum est requirere, per quem quis cogatur adire et restituere hereditatem : veluti si praetor, aut consum fuerit heres institutus, suspectamque hereditatem dicat : an cogi possit adire, et restituere ? Et dicendum est, praetorem quidem in praetorem, vel consulem in consulem nullum imperium habere. Sed si jurisdictioni se subiciant, solet praetor in eos jus dicere ; traduction de Henry Hulot*). Le Digeste traitait déjà de cette question de conflit de compétences dans son quatrième livre, à propos du compromis d'arbitrage (D. 4, 8, 4) : « Car les magistrats ne peuvent être forcés [à remplir leur mission] par une autorité qui ne leur serait nullement supérieure, ou même qui serait leur égale » (*Nam magistratus superiore, aut pari Imperio nullo modo possunt cogi*).

³⁶⁴ Paul VOET, *Mobilium et immobilium natura*, Chapitre XII, p. 76 de l'édition de 1699 et p. 115 de l'édition de 1714 : *Verum quando una Gens alteri non paret et supremi sunt utriusque populi Principes, nec subditus unius territorii alterius territorii legibus, vel ratione personae, vel solemniis, vel bonorum non ibidem jacentium, regi debet*. La transcription que donne de ce passage A. Basil EDWARDS, *op. cit.*, p. 334, à la note 120, est manifestement erronée : il faut bien lire *Principes* et non *Princeps*.

³⁶⁵ Cette facette négative de la souveraineté/territorialité par Paul Voet avait déjà soulignée, citations à l'appui, par Roeland KOLLEWIJN, *Geschiedenis*, *op. cit.*, p. 90 et Max GUTZWILLER, *Internationalprivatrecht*, p. 138, n. 85, selon A. Basil EDWARDS, *The Selective Paul Voet*, *op. cit.*, p. 334, note 119.

comme parfaite. Si l'on en admet la logique, la conception voetienne du *statutum* induit nécessairement deux corollaires :

- le premier tient au caractère absolu conféré à la prescription portée par la règle : aucun statut, quel que soit son objet (bien, personne, acte ou fait juridique), n'a, *en droit*, la faculté de franchir les limites du territoire, faute de *potestas* pour le soutenir au-delà ;
- le second se situe au niveau de la méthodologie : le critère retenu suppose que la classification des statuts selon leur champ d'application matériel, quand bien même elle pourrait se prévaloir d'avoir été consacrée par des auteurs des plus vénérables, est dévaluée au profit d'une typologie qui les répartit en fonction de leur champ d'application spatial.

A partir de Paul Voet, y compris chez Ulrich Huber qui se soucie pourtant fort peu de classer les statuts, le pivot des discussions n'est plus tant la détermination de la loi applicable en fonction de son objet ou de sa teneur que la détermination de son effet dans l'espace. Transcendée par une souveraineté qui n'est déjà plus celle de d'Argentré ou de Bourgogne, la territorialité absorbe, de manière impérieuse, chez les Hollandais, l'ensemble des problématiques relatives au conflit de lois : insensiblement, l'élément privatiste du conflit de lois est prié de céder la préséance à l'élément publiciste.

C. Les fondements du principe de souveraineté/territorialité : le *strictum jus* et le *rigor juris*.

Afin de transcrire le principe de souveraineté/territorialité dans le droit des conflits, la vision statutiste défendue par Paul Voet s'attache à en conforter la primauté et l'exclusivité en lui donnant les fondements juridiques les plus solides ; à ce titre, l'intransigeance et la supériorité de la loi territoriale exigent d'en faire reposer la positivité sur le *jus (civile)*, entendu en l'occurrence dans son acception et son application les plus strictes et les plus rigoureuses. La dimension absolue attachée à la souveraineté du statut local, seul maître sur son territoire, se reflète dans la force que lui confère le *strictum jus*. Cette domination se veut sans partage et c'est pour cette raison même qu'elle s'impose - pour reprendre les termes mêmes de Paul Voet, *de jure, de stricto jure* ou *de rigore juris*³⁶⁶. Par voie de conséquence, l'application sans condition de la loi territoriale, qui découle d'une telle impérativité, constitue la seule règle de droit qu'admet le système de Paul Voet, dans la mesure où son efficacité et sa validité ne peuvent, par hypothèse, tolérer de règle contraire, d'exception ou de restriction qui serait fondée sur le droit.

Le soin que prend Voet à assurer la primauté de la loi territoriale, en consacrant de manière aussi ferme et radicale le principe de souveraineté/territorialité, répond au besoin d'éviter les écueils ou les inconséquences qu'ont pu rencontrer certains de ses prédécesseurs territorialistes.

³⁶⁶ La valeur impérative attachée à une règle dérivant du *rigor juris* n'est pas sans précédents dans la littérature juridique. Déjà, le Digeste lui-même l'évoque, en matière procédurale, au sujet de l'appel (D. 49,1, 19) : *Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet.... Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel senatusconsultum, vel constitutionem fuerit prolata* (« Si un jugement a été rendu expressément contre la rigueur du droit, il ne doit point valoir... Un jugement n'est pas légal s'il est spécialement porté contre la décision des lois, un sénatus-consulte ou une constitution », traduction de Henry Hulot). Un jugement contraire au *rigor juris* est frappé de nullité, l'empêchant de parvenir au stade de l'appel. Au Moyen-Âge, le civiliste Rogerius soutient que certaines normes, appartenant au *jus commune*, sont dotées d'une telle importance qu'elles ne souffrent pas d'être ignorées par un sujet de droit, même de bonne foi, et intègrent le champ des règles d'ordre public, précisément parce qu'elles relèvent du *rigor juris*. Sur ces dispositions d'ordre public, voir Franck ROUMY, « L'ignorance du droit dans la doctrine civiliste des XII^e et XIII^e siècles », *op. cit.*, qui cite à ce propos le texte de ROGERIUS, *Summa Codicis*, I, 14, 6 (éd. J. B. Palmieri, *BIMAE*, I, Bologne, 1913, p. 59) dans lequel il est fait mention d'un droit commun « émis pour conserver la rigueur du droit, qu'il n'est permis à nul d'ignorer » : *proditum ad rigorem juris conservandum, quod nulli permisum est ignorare* (traduction de Franck Roumy, complétée par nos soins).

Dans chacun de ces systèmes, que ce soit celui de d'Argentré, de Bourgogne ou de Rodenburg, la difficulté principale réside essentiellement dans la meilleure manière – ou la moins discutable – d'agencer le primat de la territorialité avec la nécessaire place à accorder à l'extraterritorialité. Au fond, les réponses proposées reviennent toutes à créer une brèche dans la toute-puissance de la souveraineté/territorialité et à mettre sur un pied d'égalité, *en droit*, territorialité et extraterritorialité. Que ces auteurs s'efforcent, par ailleurs, d'un point de vue matériel, de réduire au maximum le domaine des questions dévolues à cette dernière pour préserver la prééminence de la première n'atténue en rien les critiques qu'un esprit imbu de la souveraineté/territorialité la plus absolue pouvait leur adresser sur ce point précis. En effet, au sein même de cette portion congrue laissée aux statuts extraterritoriaux, l'obligation faite au juge de les appliquer n'est pas moins forte que celle qui conduit, en d'autres matières, à l'application du statut territorial. En revanche, l'exclusivité du statut territorial est sauvegardée si les titres offerts au déploiement de dispositions extraterritoriales ne relèvent plus que de l'exception ou du tempérament. Ne pouvant s'opposer à la vigueur du *jus strictum*, cette exception ou ce tempérament ne peuvent se placer sur un pied d'égalité avec lui et sont appelés à opérer, non pas *de jure*, mais sur le fondement de l'équité, ou, pour reprendre la polysémie chère à Paul Voet, à l'*aequitas*, l'*humanitas* ou la *comitas*³⁶⁷. En résumé, la dégradation du statut extraterritorial, ramené au niveau de l'équité, est le prix à payer pour maintenir la cohérence de l'ensemble pour qui ne veut abandonner le primat de la souveraineté/territorialité.

Ce contraste entre la règle applicable *de (stricto) jure* et le jeu de dispositions extraterritoriales n'opérant que *ex aequitate*, *ex humanitate* ou *ex comitate* se relève à plusieurs occasions dans les deux ouvrages principaux de Paul Voet, où ils sont d'ailleurs mis en balance de manière récurrente. Ainsi, dans le *De Statutis*, section IV, chapitre III, n°17, à l'endroit même où Paul Voet aborde la question de savoir si « celui qui a été interdit de gérer ses biens dans un lieu donné est considéré comme inhabile à les administrer en tous lieux », pour cause de prodigalité, il se déclare favorable, tout comme le sont les civilistes, à l'extension de cette interdiction à tous les lieux où le prodigue pourrait posséder des biens. Toutefois, il précise aussi que ce n'est pas la *qualitas* imprimée à la personne même du prodigue par l'interdiction qui a vocation à le suivre par-delà les frontières, mais le respect dû à une déclaration d'interdiction valablement édictée par l'autorité localement compétente³⁶⁸. A cette première réserve, s'ajoute une seconde : le bénéfice de l'extraterritorialité n'est accordé à la décision d'interdiction que sur le fondement de l'*humanitas*, non pas du *jus civile* :

17. *Quid* si un individu est déclaré en un lieu inhabile à administrer ses biens, par exemple si un individu vivant dans la prodigalité est interdit de biens ? Devra-t-on le tenir pour inhabile en tous lieux, et l'interdiction sera-t-elle étendue aux biens situés ailleurs ? C'est l'opinion des civilistes... Peut-être faut-il ici garder à l'esprit l'opinion suivante : que ce n'est pas la qualité de la personne qui suit celle-ci en tous lieux, même au sujet des biens existant ailleurs, mais plutôt que l'interdiction d'administrer frappe le prodigue en tous lieux. Qu'il s'agisse ici seulement d'une question de preuve - déterminer si untel est prodigue ou ne l'est pas - et qui varie probablement d'un lieu à l'autre n'annule pas pour autant l'effet de l'interdiction ; parce qu'en matière de preuves, il suffit que les solennités du lieu où elles produisent leur effet soient respectées...

³⁶⁷ Sur l'emploi – soit concomitant, soit alternatif – des termes *aequitas*, *humanitas* ou *comitas* par Paul VOET, voir *infra*, p. 253. Voir aussi les citations des deux Voet compilées par Édouard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 664-665, et à la note 1 de la page 664, ainsi que le commentaire qui en est fait.

³⁶⁸ Sur la procédure d'interdiction destinée au prodigue, héritée du droit romain classique, voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, pp. 434-443, n° 350-358.

Je préférerais, cependant, que l'on admette cela, non tant sur le fondement du droit, qu'en vertu de l'*humanitas*, quand un peuple observe les décisions d'un peuple voisin afin d'éviter la confusion du plus grand nombre.³⁶⁹

Une première lecture de ce passage conduirait sans doute de façon restrictive à conclure qu'à la différence de ses prédécesseurs, Voet s'en remet à l'*humanitas*, et non au *jus civile*, pour véhiculer, en dehors des limites du territoire, la déclaration d'interdiction, et ce dans tous les lieux où le prodigue possède des biens. En réalité, l'*humanitas* seule peut contribuer à ce que les juges d'une nation accueillent les décisions – en l'espèce, l'interdiction du prodigue – émanant de juridictions étrangères³⁷⁰. Elle s'avère être, en pareil cas, l'expédient apte à assurer l'extraterritorialité de la sentence et à contourner l'impossibilité faite au *jus civile* de remplir un tel rôle, postulée par la loi *Extra territorium* et par l'affirmation sise au chapitre II, n°7 de la même section : « aucun statut, qu'il soit réel ou personnel, et si la discussion ne se base que sur les raisonnements du droit civil, ne s'étend de lui-même au-delà du territoire de celui qui édicte le statut ». La logique de Paul Voet revient donc à assigner des finalités différentes au *jus* et à l'*humanitas* :

1° Le *jus* assure la validité et l'exécution, *intra fines territorii*, de la décision judiciaire d'interdiction, privant ainsi l'individu déclaré prodigue du droit d'administrer tous les biens situés sur le territoire.

2° L'*humanitas* n'a pas vocation à conférer à l'interdit une qualité de prodigue qui serait reconnue *extra fines territorii*, ce qui serait entrer en contradiction avec le *jus*, mais à ouvrir la voie, dans les tribunaux étrangers, à l'accueil de la décision judiciaire d'interdiction et à en permettre, par les autorités compétentes, la bonne exécution.

Cet étagement dans la hiérarchie des normes se manifeste de manière plus explicite encore, notamment au niveau de la terminologie³⁷¹, dans le *De mobilium et immobilium natura* de 1666. Certainement attisé par les critiques qui lui sont adressées par Abraham a Wesel³⁷², un de ses

³⁶⁹ Paul VOET, *De Statutis*, IV, III, 17, *op. cit.* : 17. *Quid si in uno loco aliquis sit inhabilis ad administrandum declaratus, puta si ei prodige viventi, bonis sit interdictum : an ubique locorum, pro inhabili censebitur, adeoque interdictum ad bona alibi sita extendetur ? Ita volunt DD... Forte et ea sententia retinenda, non quod personae qualitas, eam ubique concitetur, etiam ratione bonorum alibi existentium ; verum quod ubique locorum prodigo sit interdictum administratione ; hic vero tantum agatur de modo probandi, aliquem esse prodigum, vel non esse : qui licet forte variet, pro locorum diversitate non tamen tollit effectum interdictionis ; quod sufficiat circa probationes servari loci solemnia ubi fiunt,...*

Malim tamen, id ita obtinere, non tam de jure, quam quidem de humanitate, dum populus vicini decreta populi comiter observat, ut multorum evitetur confusio.

³⁷⁰ Conformément à ce que Paul Voet lui-même écrivait, quelques pages auparavant, dans le chapitre II, n°17 et dernier de la même section (*De statutis, op. cit.*), et auquel le présent passage fait écho : « Enfin, quelquefois, quand un peuple veut respecter, par courtoisie, les usages d'un peuple voisin, et de sorte à ne pas troubler les nombreuses affaires normalement valables suivant les usages, il est de coutume que les statuts, en considération de leur effet, sortent du territoire de celui qui les édicte... » (*Denique nonnunquam, dum populus vicinus vicini mores comiter vult observare, et ne multa bene gesta turbarentur, de moribus, statuta territorium statuentis, inspecto effectu, solent egredi...*). Sur ce texte, voir *infra*, pp. 253-254.

³⁷¹ Une réserve doit, à ce stade, être émise : si la dichotomie entre le *jus strictum* et ses tempéraments semble parfaitement ancrée dans l'esprit de Paul Voet, il arrive que sa plume manque de *rigor semanticus*. A une reprise, en effet, il substitue à l'*humanitas* un *jus humanitatis*, au chapitre XXIII, paragraphe 14 du *De mobilium et immobilium natura*, mais l'explication peut venir du fait que, dans la même phrase, ce *jus humanitatis* est mis en opposition au *jus Romanum*. Quoi qu'il en soit, la terminologie fluctuante de Paul Voet doit nous alerter sur le fait que, pour pratique qu'il soit, ce recours à des notions qu'il ne prend jamais la peine de définir – à l'exception de l'*aequitas*, qui fait l'objet du chapitre IV de la section III du *De Statutis* – n'indique pas nécessairement que ces concepts sont clairement fixés. Sur la définition de l'*aequitas* dans le *De Statutis*, voir A. Basil EDWARDS, *The Selective Paul Voet, op. cit.*, pp. 344-347, et cet extrait qui en est rapporté : « le droit est qualifié d'équitable quand il se distingue nettement du droit civil écrit et, même, du droit civil strict » : *jus aequum dicitur, quod juri civili scripto, et quidem stricto, contrasdinguitur* (*De Statutis*, section III, chapitre IV, n°6, *op. cit.*).

³⁷² Abraham A WESEL (1633 ou 1635-1680), contemporain de Paul Voet et son collègue magistrat en cour de Vianen, a fait toutes ses études à Utrecht, où il devint avocat fiscal en 1669. Parmi ses travaux, l'on compte un *Commentarius ad*

collègues magistrats à Vianen dans son *Commentarius ad Novellas Constitutiones Ultrajectinas*, Paul Voet y précise sa pensée. La dimension coercitive attachée à la souveraineté se manifeste par le recours à un *jus* qualifié de *strictum* ou au *rigor juris*. A cet empire de la territorialité s'oppose une extraterritorialité qui, dépourvue de la légitimité que confère le droit civil, puise son énergie dans l'*humanitas*, la *comitas*, ou, plus rarement, dans l'*aequitas*.

Le *rigor juris* est précisément l'un de ces adjuvants qui transcendent la force intrinsèque du *jus civile* et en renforcent l'impérativité : à ce titre, il ne connaît d'autre tempérament ou atteinte que celui que peut, en certains cas clairement délimités, lui apporter l'*humanitas* ou la *comitas*. L'usage d'un terme plutôt que d'un autre ne modifie en rien les mécanismes en œuvre dans les raisonnements statutistes de Paul Voet. Dans le chapitre XIII du *De mobilium et immobilium natura*, le jurisconsulte ultrajectin met en miroir le *rigor juris* et la *comitas* pour montrer dans quels cas, et pour quels motifs, il faut faire prévaloir la territorialité ou l'extraterritorialité des statuts. Dans le cinquième paragraphe, Paul Voet entend défendre la thèse selon laquelle « la capacité d'une personne ne s'étend pas, dans toute la rigueur du droit, aux biens immobiliers situés ailleurs » et s'exprime en ces termes :

N'aurais-je pas nié que la capacité de la personne s'étende aux immeubles situés ailleurs, alors même que plus haut j'avais démontré, lois et autorités à l'appui, que le fils de famille déclaré être capable de tester en un lieu n'était pas censé être capable en tout lieu, c'est-à-dire que cette qualité ne s'étend pas aux immeubles situés ailleurs – même si, au même endroit j'ai dénombré tous les cas où décider autrement pour raison de *comitas*.³⁷³

Prenant le contrepied des thèses qui admettaient l'extraterritorialité, *de jure*, du statut personnel, et préconisaient que l'état de capacité ou d'incapacité reconnu à une personne le suive partout une fois les frontières franchies, Paul Voet objecte, à propos de la capacité ou de l'incapacité du fils de famille à disposer des biens par testament, que la solution retenue en un lieu n'est pas extrapolable aux biens situés en territoire étranger. Même valablement acquis dans le lieu de sa création, le droit ne peut prétendre, *proprio vigore*, au bénéfice de l'extraterritorialité et s'exercer de façon universelle : « j'avais démontré, lois et autorités à l'appui que le fils de famille déclaré être capable de tester en un lieu n'était pas censé être capable en tout lieu... ». Ce refus d'accorder l'extraterritorialité à un statut personnel pourtant habilité à définir la situation de capacité ou d'incapacité en un lieu précis (par exemple, le lieu du domicile) signifie que le pouvoir de la loi locale s'arrête aux frontières au-delà desquelles le droit civil qui y avait cours cesse d'exercer son emprise. Ainsi l'exige le *rigor juris* : la loi locale ayant déterminé la qualité de capable ou d'incapable n'a aucun titre à soutenir le droit ainsi créé au-delà du territoire. Pour que ce droit y ait quelque valeur, il lui faut passer par la reconnaissance de ceux des ordres juridiques – de situation des

Novellas Ultrajectinas, paru à Utrecht en 1666, qui, comme son nom l'indique, traite exclusivement du droit de la province d'Utrecht. Certains passages portent sur le conflit de statuts et dénotent une très forte influence de Rodenburg, dont Wesel est l'un des disciples affichés. Attaquant frontalement les thèses défendues dans le *De Statutis*, il suscite le courroux de Paul Voet, qui réplique immédiatement par le *De mobilium et immobilium natura*. L'un des points sensibles portent, entre autres, sur la *comitas*, notion que Wesel réfute : ainsi, sur l'interdiction du prodigue, rappelant que l'opinion de Voet se base *non tam... de jure quam ex comitate*, il rétorque qu'à son avis, *certissimi juris est* (*Commentarius*, ad art. 13, n°28).

³⁷³ Paul VOET, *Mobilium et immobilium natura*, chapitre XIII, § 5, pp. 81 et 85 de l'édition de 1699 et pp. 122 et 128-129 de l'édition de 1714 : 5. Personae habilitas de rigore juris se non extendit ad bona immobilia alibi sita. ... *Quod autem negaverim personae habilitatem extendi ad bona immobilia alibi jacentia, adeoque filiumfamilias in uno territorio habilem ad testandum declaratum, non propterea censi ubique locorum habilem, id est illam qualitatem se non extendere ad bona immobilia alibi sita, per ll. et auctoritates in antecedentibus demonstravi ; licet comitatis causa aliter quandoque observari ibidem indicaverim.*

immeubles – dans lequel ce droit est amené à être invoqué et cette reconnaissance ne peut s'exercer que *causa comitatis*. Du point de vue du for du lieu de situation du ou des immeubles, la *comitas* sert ainsi de vecteur en matière d'accueil de décision ou de droits préalablement acquis dans un for étranger. En revanche, c'est à la *lex rei sitae* qu'il revient de déterminer les effets à tirer de ladite reconnaissance au niveau de la succession immobilière. La dualité *rigor juris/comitas* illustre à merveille un mécanisme pressenti par Paul Voet, mais développé et consacré par Ulrich Huber dans l'optique du conflit de souverainetés : la théorie des droits acquis et l'un de ses corollaires, l'incidence de statut³⁷⁴.

Parfait substitut du *rigor juris*, le *strictum jus* est doué d'une impérativité équivalente et, si son application n'est pas censée souffrir d'exception, elle peut être, pour des raisons propres à la matière concernée, modérée par le recours à l'*humanitas* ou à la *comitas*. Ainsi, abordant, au chapitre XXIII du *De mobilium et immobilium natura*, la question de la loi applicable aux biens féodaux de nature immobilière, question qui met en jeu aussi bien des aspects matériels que personnels, il répond par une distinction :

4. Que faudra-t-il décider à propos des fiefs qui ne consistent qu'en des immeubles ? N'aura-t-on égard, comme pour tous les immeubles, qu'aux seules loi et coutume du lieu où ils sont situés ? Il ne semblait pas qu'on pût affirmer cela, parce que, s'agissant des fiefs, nous devons considérer, non pas tant le lieu du ressort, comme disent les profanes, c'est-à-dire le lieu de situation de la chose, que le for féodal (qui est peut-être dans une autre province) devant lequel il est d'usage que toute question féodale soit débattue en présence du seigneur et des pairs de la Cour ; dès lors, l'affaire semble devoir se régler par une distinction.

- Ou bien en effet le litige oppose les vassaux sur l'acte d'investiture ou sur le relief et alors nous considérerons les lois et coutumes reçues en la Cour féodale, quand bien même les autres droits s'exerceraient sur le territoire où le bien féodal est situé. Parce que ces questions se jugent d'après les lettres d'investiture ou d'après la nature du fief et nous nous remettons de ces affaires au seigneur du fief ensemble avec les pairs.

J'observerai pourtant que cela n'est admis qu'en vertu de l'*humanitas* et d'un usage reçu parce qu'autrement, selon le droit strict, le suzerain ne pourrait faire valoir ni directement, ni par voie de conséquence, son droit sur le fief qui est situé sur le territoire d'un autre dont il n'est pas le seigneur. Et il en va de même quant aux droits de banalités : voyez la loi *Extra territorium* du Digeste (D. 2.1.20) et, à cet endroit, les commentateurs, ainsi que ce que j'ai écrit à ce sujet dans mon *De Statutis*, section 4, chapitre 2, aux numéros 7 et 8.

- Ou bien le litige porte sur le bien féodal même, sur la succession testamentaire ou ab intestat, telle la vocation de la femme à succéder directement à son mari ou vice versa et alors nous considérerons la coutume du lieu de situation du bien et non celle d'une Cour féodale instituée ailleurs où peut-être est en vigueur une coutume différente. Par exemple, les fiefs sont situés en cette province [d'Utrecht] et dépendent de la Cour féodale de la Hollande où est domicilié le seigneur à qui le relief est dû et dont les lois autorisent le mari à léguer directement à son épouse et la femme à son mari ; quoique relevant du Comté de Hollande où se trouve la Cour féodale, les fiefs de cette province ne pourront pourtant pas être légués par le mari à la femme ou par la femme au mari, ni transmis par acte entre vifs.³⁷⁵

³⁷⁴ Sur la doctrine de Ulrich Huber en matière de droits acquis, voir, *infra*, pp. 293-323.

³⁷⁵ Paul VOET, *Mobilium et immobilium natura*, op. cit., Chapitre XXIII, § 4, pp. 158-159 de l'édition de 1699 et pp. 243-244 de l'édition de 1714 : 4. *Quid igitur de feudis quae non nisi in immobilibus consistunt, statuendum erit ? An idem quod de omnibus immobilibus, in quibus solummodo spectatur lex et consuetudo loci, ubi sunt sita ? Id non videbatur dicendum, quoniam in feudis non tantum spectamus locum resortus, uti barbare loquuntur, id est rei sitae, verum etiam forum feudale, (quod forte in alia Provincia), in quo omnis feudalis quaestio regulariter coram Seniore et paribus curiae ventilari solet : ut res distinctione videatur esse temperanda. Vel enim super pactis investiturae, super releviis, inter vasallos est contentio, atque tum spectabimus leges et consuetudines in curia feudali receptas, licet alia forte Iura obtineant in territorio situs rei feudalis. Quoniam de hisce quaestionibus judicamus secundum investiturae litteras, secundum naturam fundi, etiam in iis admittimus dominum feudi una cum paribus... Ut tamen haec ipsa etiam secundum*

Dans le cadre d'un rapport féodo-vassalique, où s'entremêlent les aspects personnels et réels (ces derniers matérialisés, en l'espèce, par la concession d'un bien féodal), les particularités de la relation contractuelle qui y est nouée, ainsi que la qualité même des personnes qui y sont parties, justifient que soit opérée, en la matière, une dissociation entre les questions de droit soulevées à cette occasion :

1° Pour toutes les matières se rapportant au lien de vassalité, formalisé par les lettres d'investiture ou rappelé par le versement du relief, le caractère interpersonnel de la relation – qu'il soit *inter pares* ou entre seigneur et vassal – prédomine au point que la compétence soit donnée au for féodal, situé, par hypothèse, à l'extérieur du *locus rei sitae*, et qu'application soit faite des « lois et coutumes reçues en la Cour féodale ».

2° En revanche, dès lors que le contentieux porte directement et exclusivement sur le caractère réel immobilier du bien féodal, comme à l'occasion d'une succession testamentaire ou ab intestat, la règle de conflit relative aux biens immobiliers – la *lex rei sitae* – est seule apte à déterminer quels sont les droits portant sur le bien en question et, ainsi, pour reprendre l'exemple avancé par Voet, s'il y a ou non vocation successorale d'un conjoint aux biens de l'autre.

Plus qu'aux solutions préconisées dans l'un ou l'autre cas, il faut relever qu'en la matière, la réalité/territorialité ne le cède à l'extraterritorialité « [qu']en vertu de l'*humanitas* et d'un usage reçu » et, donc, qu'en vertu de la révérence que l'on doit garder aux spécificités des rapports vassaliques. Le morcellement territorial qui est la conséquence du démembrement opéré par le développement de la féodalité n'a pu que favoriser l'éloignement de la cour féodale des différents ressorts féodaux soumis à sa suzeraineté. La compétence juridictionnelle spéciale que maintient la persistance du lien vassalique impose, par la force des choses, l'extraterritorialité. Elle s'accompagne, par voie de nécessité, de la mise en œuvre des lois et coutumes qui ont cours dans le territoire où se trouve la cour féodale.

Toutefois, cela ne peut avoir lieu qu'à titre d'exception, et eu égard aux rapports personnels qu'implique le jeu des vassalités, parce qu'« autrement, selon le droit strict, le suzerain ne pourrait faire valoir ni directement, ni par voie de conséquence, son droit sur le fief qui est situé sur le territoire d'un autre dont il n'est pas le seigneur ». Reprenant fort opportunément les termes utilisés dans son *De Statutis* (IV, II, 7), Voet rappelle ainsi que le *strictum jus* – indépendamment du caractère réel ou personnel des droits en jeu – exige que l'autorité juridictionnelle et législative du souverain local soit la seule à pouvoir connaître des litiges qui naissent sur son territoire.

A fortiori, si la matière concernée concerne directement et exclusivement une question immobilière, comme en cas de morcellement des successions, la double compétence induite par la coïncidence entre *forum* et *lex rei sitae* donne libre cours à l'application de la loi territoriale par le juge du for : en pareil cas, si l'on suit le raisonnement de Paul Voet, la réalité/territorialité n'est, au fond, qu'une manifestation de la souveraineté/territorialité. Quel que puisse être par ailleurs son titre à

humanitatem et recepto more admissa observem, quod aliter de stricto jure, dominus feudi nihil juris sibi possit vindicare in rem feudalem nec propalam, nec per consequentiam, quae in alterius domini non sibi subjecti territorio jacet. Idque per jura vulgata. L. fin. D. de jurisdic. Ibidque DD, ego de Statur. Concur. Sect.. 4, cap 2, n. 7, 8. Vel super ipsa re feudali, et successione testamentaria vel legitima contentio erit, veluti utrum marito recte succedat uxor, et vice versa : Atque tum, spectabimus loci consuetudinem rei sitae, non curiae feudalis alibi constituae, ubi forte contraria viget consuetudo. Exempli gratia, si bona feudalia in hac Provincia sita sint, quae dependeant ab Hollandiae curia feudali, ubi dominus feudi cui ibidem debentur relevia habet domicilium ; et per Hollandiae leges maritus bona quaecunq. ; recte relinquat uxori et uxor marito : non tamen feuda in hac Provincia Iacencia, licet dependeant a comitatu Hollandiae, licet ibidem sit curia feudalis, per maritum uxori, vel per uxorem marito, testamentaria dispositione relinquere poterunt, vel per actum inter vivos transferri.

s'appliquer, le droit étranger – en l'occurrence, le droit de la province de Hollande – se verrait inévitablement refoulé par la compétence indisputée des tribunaux et des lois du lieu de situation de l'immeuble, c'est-à-dire de la Province d'Utrecht. Ce n'est pas uniquement, dans la conception voetienne, le jeu normal de la règle de conflit donnant, en la matière, compétence unique à la *lex rei sitae*. C'est également et d'abord l'une des conséquences induites par le *jus strictum*. Selon ce dernier, et sauf concession faite à l'*humanitas*, la loi locale, abstraction faite de son objet, est bien une loi d'application territoriale exclusive.

Se voyant conférer l'aura d'une proposition matricielle absolue et incontournable, et fondée sur un *jus strictum* ou un *rigor juris* qui en garantit l'impérativité et la prééminence, la souveraineté/territorialité est vouée, dans l'esprit de notre auteur, à servir de pierre de soutènement de l'ensemble de l'édifice théorique qu'il entend bâtir pour résoudre la problématique statutiste : elle constitue, en résumé, la proposition majeure du syllogisme posé par Paul Voet. Pour être la proposition majeure, elle n'en est pas pour autant unique : en effet, sauf à vouloir, pour ses thuriféraires, réduire la portée du débat à son expression la plus simpliste, la souveraineté/territorialité ne peut et ne doit pas étouffer toute la science du conflit de lois en s'enfermant dans le déni de l'extranéité. Paul Voet a certes l'ambition de construire une théorie des statuts qui serait fondée sur des bases nouvelles et qui serait toute entière irriguée par la souveraineté/territorialité, mais il est tout autant conscient des limites qu'induirait une acception trop stricte et trop littérale d'une telle idée. Cette dernière doit être perçue comme un point de départ, non comme un point d'achèvement. D'où le recours à la *comitas*. Au principe doit répondre l'exception ; à la majeure doit s'adjoindre la mineure.

§ 2. Jean Voet et la transposition de la souveraineté/territorialité au niveau international.

La conception de la souveraineté/territorialité telle que l'avait développée Paul Voet n'est pas restée sans postérité et il n'y a guère lieu de s'étonner qu'à son tour, son fils Jean reprenne ses idées à son compte et en fixe les traits définitifs³⁷⁶. Cette révérence marquée envers des positions

³⁷⁶ Jean (ou Johannes) VOET (1647-1713), digne successeur de son père Paul, est certainement l'une des figures majeures de la jurisprudence élégante du XVII^e siècle et du droit romano-néerlandais. Né à Utrecht le 3 octobre 1647, il y a suivi ses études et obtenu son doctorat en droit. De 1670 à 1674, il enseigne le droit à Herborn dans le comté de Nassau-Dillenburg (Hesse). En 1674, il retourne à l'Université d'Utrecht pour y être nommé professeur de droit titulaire et même, de 1679 à 1680, y occuper la fonction de *rector magnificus*. En 1680, il quitte Utrecht pour l'Université de Leyde, où il enseigne jusqu'à sa mort, survenue à Utrecht le 11 septembre 1713. Sa science du droit romain et la clarté de son approche systématique lui ont assuré un rayonnement et une réputation qui dépassent de loin les frontières des Pays-Bas. Un siècle après sa disparition, Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), dans son *Recueil alphabétique des questions de Droit*, 4^e éd., t. 2 (Bel.-Cur.), Paris, 1827, v^o « Confession », § II, p. 507, émet un jugement des plus élogieux : « Voët, célèbre professeur de l'Université de Leyde, qui, par sa méthode et par sa logique, mérite d'être appelé le géomètre de la jurisprudence » (rapporté par Andrew DOMANSKI, « Fundamental principles of law and justice in the opening title of Johannes Voet's *Commentarius ad Pandectas* », *Fundamina*, n^o19, 2013, pp. 251-265, spéc. page 252). Parmi une production des plus abondantes, qui ne se cantonne pas exclusivement au droit civil, se distingue particulièrement ce qui demeure son œuvre essentielle : son *Commentarius ad Pandectas*, paru à La Haye et à Leyde en 1698, puis réédité en 1704, à l'intérieur duquel il expose ses vues en matière de conflits de lois. Le *Commentarius* a fait l'objet de deux traductions en anglais, l'une partielle par James BUCHANAN, *Johannes Voet : his commentaries on the Pandects*, Le Cap, 1880-1885, puis l'autre, plus complète, par Percival GANE, *The Selective Voet : Being Selections on the Pandects*, 8 volumes, Durban 1955-1958 (basé sur l'édition de Paris, 1829). Son enseignement ne se limite pour autant pas au droit romain : il est l'un des premiers, avec Ulrich Huber à Franeker, à assurer des cours de droit contemporain, ou *jus bodiernum*, à l'Université de Leyde, en se basant sur l'ouvrage de Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* (« Introduction au droit hollandais »).

Au sujet de la vie et de l'œuvre de Jean Voet, les quelques pages que lui consacre Johannes Wilhelmus WESSELS, *History, op. cit.*, pp. 320-330, contiennent non seulement des informations biographiques – malheureusement erronées

qui reçurent parfois un accueil réservé de la part de leurs contemporains dénote sans doute la *pietas* d'un fils désireux d'honorer et de défendre la mémoire paternelle, mais constitue tout autant, de sa part, un hommage rendu à son aîné et prédécesseur et à son approche renouvelée du conflit de lois, toute entière articulée autour du concept-clé de souveraineté. Que l'on s'évertue à étudier l'économie générale de sa pensée ou que l'on s'attache à relever les solutions qu'il préconise pour chaque type de problème, il s'en déduit à chaque fois que Jean a puisé l'essentiel de son inspiration dans les travaux de Paul et, davantage encore, a contribué, par son esprit de synthèse et sa hauteur de vue, à enrichir et légitimer de sa propre autorité cet héritage intellectuel.

En effet, pour qui lit, dans le *Commentarius ad Pandectas* de Jean Voet, la partie générale de son exposé sur les statuts qui porte le titre symbolique et mimétique de *De Statutis* (au livre premier, titre IV, partie II³⁷⁷), il apparaît que les deux Voet, père et fils, partagent tous deux la conviction que tout principe de solution en la matière doit nécessairement dériver de la primauté de la souveraineté/territorialité des lois. Tout en embrassant la logique jadis défendue par son père, Jean Voet présente les temps forts de sa réflexion de manière systématique et quasi axiomatique, en la présentant sous la forme d'un syllogisme dont la souveraineté/territorialité constituerait la prémisse majeure. Reprenant des formulations très proches de celles qu'employait déjà en son temps son aîné, le premier paragraphe de son *De Statutis* introduit la démarche programmatique qu'il se propose de suivre :

Ce que Jules César dit des Gaules, au début du *lib. I, de bello Gallico*, savoir *eos lingua, institutis, legibus diversos esse*, est encore aujourd'hui tout à fait vrai de l'ensemble des Belges et, langue exceptée, des Provinces-Unies. D'où s'élèvent assez souvent des controverses très embrouillées et presque insolubles au sujet de l'autorité et de la force des statuts, lois et coutumes des provinces et des communes, sur le point de savoir jusqu'où se portent leurs puissances respectives alors qu'il est clair que sur la même chose ils varient et même sont contraires selon les régions. J'ai cru que je serai rétribué de mes peines si à partir des principes-mêmes du droit et de la raison naturelle, à mon tour j'engageai un examen concis et un peu plus approfondi de cette matière ; j'espère pouvoir ainsi m'acquitter de cette tâche en trois temps. D'abord, il sera professé, ce qui s'impose *ex summo jure*, qu'en tout cas chaque peuple entend obstinément, d'une part, appliquer ses lois aussi loin qu'il peut en soutenir l'application et, d'autre part, refouler hors de ses frontières les lois des autres peuples ; ensuite que, par courtoisie de peuple à peuple, il admet, permet et concède par obligeance et libéralité, que les statuts et décrets reçoivent application hors du territoire de leur auteur ; au demeurant, sans être en rien juridiquement tenu à cela ; et pourtant, dès lors que les limites de la courtoisie sont également observées de part et d'autre, de la même manière que si cela était établi et

quant aux dates – mais également une analyse de l'œuvre de Voet, pour lequel l'auteur ne cache pas son admiration. Sa doctrine en matière de conflits de lois, quant à elle, fait l'objet d'un résumé par Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, pp. 99-107 et par A. Basil EDWARDS, *The Selective Paul Voet, op. cit.*, pp. 312-313 et 382-386.

En ce qui concerne sa carrière académique, c'est davantage son (long) passage à Leyde, qui constitue en quelque sorte l'acmé de son parcours de professeur, qui a retenu l'attention : voir Robert FEENSTRA et C.J.D. WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law : a study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam-Oxford, 1975. L'enseignement de Jean Voet portant sur le *jus hodiernum* a été étudié par R. FEENSTRA, « Grotius et le droit privé européen », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, vol. 182, 1983, pp. 453-469, spéc. p. 458 et Margreet AHSMANN, « Teaching the *jus hodiernum* : legal education of advocates in the Northern Netherlands (1575-1700) », *TVR*, n°65, 1997, pp. 423-457, spéc. pp. 427 et 439. Son passage à l'Université d'Utrecht est rappelé par le *Catalogus Professorum Academiae Rheno-Traiectinae* (<http://profs.library.uu.nl/index.php/profrec/getprofdata/2225/19/21/0>).

³⁷⁷ Là où son père y avait consacré deux ouvrages entiers, Jean Voet étudie les questions relatives au conflit de lois dans le cadre de son traité de droit romain, le *Commentarius ad Pandectas*, tout d'abord, dans un exposé général, *De Statutis*, sis dans la deuxième partie du titre IV du premier livre ; ensuite, dans l'examen qu'il fait de chacune des questions de droit civil – les *sedes materiae* – qui lui paraissent susceptibles de soulever un problème de conflit. Il renvoie explicitement aux passages correspondants dans les paragraphes 9, 12, 16, 18, 19 et 22 de son commentaire *De Statutis*.

défini entre nations voisines et parentes par quelques traités et conventions. Et alors sera enfin recherché jusqu'où chacun, citoyen ou étranger, peut s'écarter par convention expresse des lois municipales et provinciales ou être censé s'en écarter par accord tacite à déduire de présomptions.³⁷⁸

En partant ainsi du principe que la souveraineté/territorialité, évoqué sous ses deux aspects, positif et négatif, constitue la base sur laquelle construire une théorie des conflits de lois un tant soit peu cohérente, Jean Voet manifeste un réel esprit de continuité avec Paul, qui s'exprime avec d'autant plus de force que les traits essentiels de leur doctrine sont ici résumés et agencés *a priori* avec clarté et rigueur. Mais le mérite de Jean ne se limite pas à son esprit de synthèse, auquel cas il condamnerait son commentaire à n'être, au fond, qu'un simple fac-similé brillant du *De Statutis* de 1661. Sans en altérer l'équilibre général, ni en trahir l'essence, il reprend certains aspects de la doctrine de la souveraineté/territorialité en y apportant des perspectives inédites et des approfondissements ambitieux.

Cette dimension nouvelle que confère Jean, par ses ampliations, à la doctrine de son père tire encore davantage le conflit de lois vers le conflit de souverainetés. Car c'est bien la souveraineté qui est au cœur de la pensée voetienne et c'est bien la souveraineté qui inspire les amendements qu'apporte l'auteur aux enseignements de son père. Pousant à l'extrême la volonté de renforcer et de légitimer les droits de l'ordre juridique local à accueillir ou rejeter la loi étrangère, Jean Voet porte un soin particulier à enrichir les titres de la loi locale à faire prévaloir sa suprématie. En premier lieu, en élargissant le spectre matériel de l'objet même du conflit et en retenant une acception extensive de la notion même de statut, Jean Voet fait accéder le « conflit de statuts » au stade supérieur : celui du « conflit de lois » souveraines (A). En second lieu, en poursuivant la discussion entamée sur la souveraineté/territorialité proprement dite, il privilégie le *summum jus* au détriment du *strictum jus* et débarrasse, ainsi, le fondement de la souveraineté de ses oripeaux anciens pour le faire basculer dans le domaine de la souveraineté moderne (B).

A. La transition du conflit de statuts au conflit de lois.

Par contraste avec les définitions du *statutum* qui, jusqu'aux Voet, étaient souvent le fait d'une doctrine encore très imprégnée du legs médiéval et insistaient tout uniment sur le lien substantiel unissant le statut à l'exercice de la *potestas statuendi* municipale, Paul Voet proposait, pour sa part, de donner au *statutum* une acception qui soulignait ouvertement la double rupture, formelle et matérielle, de l'ordre juridique local avec tout ensemble politique et juridique à prétention supranationale. Le *statutum* était donc la manifestation de la *potestas statuendi* d'un législateur indépendant et pleinement souverain. A son tour, Jean ne restreint pas la définition du statut au

³⁷⁸ Jean VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, I, IV, 2, tome 1^{er}, Bassani, 1827 (traduction Bertrand ANCEL) : I. *Quod olim de Galliis Julius Caesar libr. I de bello Gallico in pr. eos nempe lingua, institutis, legibus diversos esse, id etiamnum de Belgio universo, et, si linguam excipias, de foederato verissimum. Unde cum raro intricatissimae ac prope inexplicabiles surgant de statutorum, legumque, ac consuetudinum tum provincialium, tum municipalium auctoritate ac viribus controversiae, quo usque suam quaeque potestatem exferant, ubi diversa ac saepe contraria diversis in regionibus de re eadem placuisse constat : operae pretium me facturum credidi, si ex ipsis juris ac rationis naturalis principiis hujus materiae tractationem compendiosam paulo altius repeterem ; quod tribus praecipue me absolutum spero ; traditurus primo, quid ex summo jure obtinere debeat, quoties quisque populus sua jura mordicus, quo usque potest extendere, et tueri, vero aliena suis ex finibus arcere intendit. Dein quid ex comitate gens genti circa statutorum decretorumque extensionem ultra territorium statutentis liberaliter et officiose indulgeat, permittat, patiatur, ultro citroque ; nullo alioquin ad id jure obstricta ; et quomodo, ut pares utrumque servarentur comitatis fines, variis id inter cognatas ac confines gentes pactionibus publicis fuerit in nonnullis definitum stabilitumque. Tum denique, quo usque a legum municipalium ac provincialium dispositione quisque, sine civis, sine exteris, per conventiones expresse recedere possit, aut per pactiones tacitas, ex praesumptionibus deducendas, recessisse censeatur.* Les éditions de La Haye (1707), Genève (1757) et Venise (1827) du *Commentarius* ont également été consultées.

seul lien organique qui unit ce dernier avec la cité – même si ce lien perdure - et, dans le premier paragraphe de sa dissertation, amplifie le champ matériel des normes amenées ainsi à exprimer l'indépendance politique du législateur et la souveraineté/territorialité des actes qu'il édicte :

Il suffit d'avertir une fois pour toutes et par avance que dans ces discussions autour de la diversité des statuts, entrent sous la dénomination de *statuts* non pas seulement les normes des magistrats inférieurs mais aussi celles des Princes souverains et des peuples en majesté, qu'elles soient sanctionnées par volonté expresse ou qu'elles soient issues des mœurs, des usages ou de la coutume, comme chez les Allemands, les Anglais, les Français, les Hollandais et les Ultrajectins et autres semblables ; et, de même, les lois de tous les peuples, réserve faite des droits romain et canonique : bien plus, les jugements et ordonnances des juges et magistrats concernant les particuliers aussi, telles les déclarations de prodigalité, d'infamie ou l'émancipation des mineurs, etc. ³⁷⁹

L'auteur ne borne pas le champ de sa réflexion à l'étude – somme toute, classique - des conflits qui surgissent à propos de « l'autorité des statuts, lois et coutumes des provinces et des communes » (*de statutorum, legumque, ac consuetudinum tum provincialium, tum municipalium auctoritate*). Il met également en avant la dimension proprement internationale du conflit de statuts : désireux de défendre l'idée selon laquelle les raisonnements qui servent à démêler des conflits survenant à l'échelle municipale et provinciale sont susceptibles d'être transposés à des rapports entre pays souverains et indépendants, il adopte désormais une conception extensive du *statutum*. Celui-ci, loin de viser spécifiquement les « normes des magistrats inférieurs », embrasse « [les normes] des Princes souverains et des peuples en majesté » (*supremorum Principum ac populorum majestate preaeditorum jura*), « les lois de tous les peuples, réserve faite des droits romain et canonique » (*leges omnes gentium omnium, solo Romano civili, canonicoque jure excepto*) et « les jugements et ordonnances des juges et magistrats concernant les particuliers » (*[sententiae] ac decreta judicum et magistratum circa singulares personas*). L'accent est mis, dans la hiérarchie des normes qui est ici retenue, sur toutes les manifestations de l'autorité étatique – seule légitime à prescrire ou sanctionner les normes en question dans son ordre interne, usant pour cela de sa *potestas statuendi* et de sa *potestas adjudicandi* - et sur l'indépendance de chacun des ordres juridiques nationaux dans ses rapports avec les autres³⁸⁰. Par contraste, aussi bien le *jus civile Romanum* que le *jus canonicum*, par leur prétention à l'universalité et par les liens qu'ils entretiennent avec des entités politiques et des ordres juridiques désormais « étrangers », n'ont plus aucune légitimité, ni aucun fondement à soumettre à leurs prescriptions les rapports de droit qui naîtraient ou se déploieraient dans le périmètre de la souveraineté locale. A qui se réclamerait de l'autorité intellectuelle du droit romain pour défendre l'extraterritorialité *de jure* des statuts personnels, l'auteur – d'une manière d'autant plus remarquable qu'elle est le fait d'un civiliste – lui répond, dans un prélude à ses propres développements sur la question, que le droit romain doit être écarté parce qu'il est inopérant et leur oppose une lecture impérieuse de la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20) :

³⁷⁹ *Eod loc. : Illud in antecessum semel monuisse suffecerit, in hisce circa statutorum varietatem disceptationibus, non inferiorum tantum magistratum, sed et supremorum Principum ac populorum majestate preaeditorum jura, sive expressa voluntate sancita, sive moribus utentium ac consuetudine inducta, veluti Germanorum, Anglorum, Gallorum, Hollandorum, Ultrajectinorum, aliorumque similium, venire statutorum appellatione ; atque adeo leges omnes gentium omnium, solo Romano civili, canonicoque jure excepto : quin et sententias ac decreta judicum et magistratum circa singulares personas ; dum prodigi, infames declarantur, veniam aetatis impetrant, &c.*

³⁸⁰ Sur l'indifférenciation entre règles et décisions, caractéristique d'une doctrine statutiste qui raisonne essentiellement en termes de compétences normatives, et sur le regroupement de ces normes qu'opère Jean Voet sous une même dénomination de *statuts*, voir Bertrand ANCEL, « conflit de coutumes et théorie des statuts », *La coutume dans tous ses états, op. cit.*, pp. 54-55.

8. Et ici les auteurs ne peuvent obtenir du droit romain nul patronage en faveur de la thèse adverse ; d'après laquelle, n'est-ce pas, l'indignité résultant d'une décision de justice accompagne l'indigne en tout lieu, argument que nous tirons de la loi *Ex ea causa* (D. 3.1.9), ou la fonction tutélaire confiée au tuteur par le préteur ou par le gouverneur s'étend à l'administration des biens où qu'ils soient situés, selon la loi *Propter litem* (D. 27.1.21.2), ou plusieurs autres solutions de ce genre admises en droit romain. Et, en effet, il n'est pas étonnant que cela ait prévalu chez les magistrats romains puisque ceux-ci n'étaient pas souverains, mais tous soumis à un même Prince commun lequel commandait à tout l'Empire et à toutes les provinces, de sorte que, comme les proconsuls ou les gouverneurs, ceux-ci ne détenaient le pouvoir suprême qu'après l'Empereur, conformément aux lois *Et ideo* (D. 1.16.8) et *Praeses* (D. 1.18.4), lequel pouvait aussi fixer cette règle en particulier que l'un reconnaîtrait les décrets de l'autre, que le gouverneur, sur les biens du mineur situés en sa province, donnerait effet à l'ordonnance prise à Rome et exécution au jugement rendu ailleurs, en vertu de la loi *a Divo Pio* (D. 42.1.15.1), de la loi *Magis puto* (D. 27.9.5.12), de la loi *Argentarium* (D. 5.1.45.1), ainsi de l'interprétation que l'on tire de la loi *Properandum* (C. 3.1.13.3). Dès lors, ce serait bien à tort que tu transposerais ces solutions chez nous où les diverses régions, aux lois et aux institutions différentes entre elles, ne sont placées sous aucun chef commun ni commandant suprême, par lequel ce qui a été décidé par une autorité dans son domaine, une autre est engagée et contrainte de l'observer et de le ratifier. Outre que, sans un tel ordre du Prince souverain, les lois romaines, l'équité naturelle et la disposition de la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20) étaient religieusement observées par les autorités de chaque lieu, ainsi qu'il ressort des lois *Ex ea causa* (D. 3.1.9), *Relegatorum* (D. 48.22.7.10), *Juris peritos* (D. 27.1.30.1), *Jus dandi* (D. 26.5.3), *Divi Marcus* (D. 26.5.24), *Pupillo* (D. 26.5.27.1) et *Cum unus* (D. 42.5.12.1). Cependant, une fois l'autorité de ces lois écartée, l'opinion favorable à l'extension des statuts personnels et réels hors du territoire de leur auteur n'est plus soutenue par de justes raisonnements...³⁸¹

En faisant référence, dans sa définition du statut, à la *majestas* et aux *leges omnes gentium omnium*, Jean Voet adopte une position qui se veut en consonance, non plus avec le *jus civile* pris dans sa conception traditionnelle, mais avec le *jus gentium* et le *jus hodiernum*. La problématique du conflit de statuts glisse insensiblement vers celle d'un conflit de lois nationales, mettant aux prises des Etats pleinement souverains, maîtres de leurs territoires et de leurs sujets, et placés sur un pied de légitimité parfaitement équivalente.

Par voie de conséquence, cette interprétation extensive du *statutum* proposée par Jean Voet implique que la force positive des règles de droit privé propres à tel ou tel échelon de l'ordonnement juridique, quel que soit le degré auquel il se situe (municipal, provincial,

³⁸¹ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.* (traduction Bertrand ANCEL) : 8. *Neque hic ullum adversae sententiae auctoribus patrocinium accedere potest a jure Romano ; quod nempe infamem ex judicis sententia ubique infamia comitetur*, arg. l. ex ea causa 9. ff. de postuland. *quod tutoria qualitas imposita tutori a praetore, vel praeside, se extendat ad administrationem bonorum ubique sitorum*. l. propter litem 21. §. licet 2. ff. de excusat. tut. [= de excusationibus] *et quae hujus generis plura eo in jure occurrunt. Neque enim mirum, haec ita in Romanis subinde magistratibus obtinuisse, cum hi omnes supremi non fuerint, sed uni communi Principi subjecti, qui, ut toti praeerat imperio, omnibusque junctim provinciis, sic ut proconsules praesidesque in sua provincia summum tantum haberent imperium post Principem*. l. Et ideo 8. ff. de offic. procons. et legati. l. praeses 4. ff. de offic. praesid. *ita quoque hanc singulis legem dicere poterat, qua alter alterius decreta servaret, tutoris Romae per praetorem dati potestatem praeses circa bona provincialia agnosceret ; decretum Romae interpositum de re pupillari, in provincia sita, admitteret ; sententias alibi latas daret executioni*. l. a D. Pio 15. §. sententiam 1. ff. de re judicat. l. magis puto 5. §. illud quaeri potest 12. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt. l. argentarium 45. §. 1. ff. de judiciis. arg. l. properandum 13. §. sin autem 3. C. de judiciis. *Quae proinde ad nostros mores haud recte transtuleris, ubi plures regiones, legibus, institutisque inter se diversae, nulli communi subsunt capiti, aut supremo imperanti, a quo, quod uni placuit ditionis magistratui, alter juberetur ac cogere sequi ratumque facere. Praeterquam quod extra talem supremi Principis jussionem Romanae leges, aequitatem naturalem secutae, dispositionem d. l. ult. ff. de jurisdictione in loci cujusque magistratibus religiose servarunt, ut patet*. l. ex ea causa 9. ff. de postuland. l. relegatorum 7. §. interdicere 10. ff. de interdict. et relegat. l. jurisperitos [= juris peritos] 30. §. 1. ff. de excus. tut. [= de excusationibus] l. jus dandi 3. l. 24. l. pupillo 27 ff. de tut. et curat. dat. ab his. l. cum unus 12. §. is qui 1. ff. de reb. auctor. jud. possid. *Sed nec, semota legum auctoritate, ratiociniis justis suffulta est de statutorum personalium extra territorium statuentis extensione opinio...*

national), doit nécessairement être prise en considération dans la résolution du conflit de lois. Dès lors, le législateur « local », à la volonté duquel les biens et personnes présents sur le territoire soumis à son pouvoir souverain sont censés se plier, ne peut donc plus seulement dénoter les autorités municipales ou provinciales, mais également les « Princes souverains et des peuples en majesté ». Les conceptions que l'on se fait de la souveraineté et du territoire s'en trouvent d'autant affectés – tant au niveau du mode de gestion vertical qu'horizontal. En effet, un intérêt étatique ou, à défaut, jugé suffisamment essentiel aux yeux de l'Etat est appelé à prendre place parmi les intérêts suprêmes auxquels les rapports de droit privé ne doivent pas porter atteinte, partout où s'affirme une véritable souveraineté étatique : si cette souveraineté existe bel et bien, alors, l'appréciation et la détermination de l'ordre public à préserver dépendent du législateur et de l'appareil d'administration au sein même de l'Etat.

La détermination de « l'intérêt suprême » défendu par une loi d'application territoriale subit, par contrecoup, un changement de perspective. Là où le statut prohibitif odieux était jadis réputé tel, parce que contrevenant aux dispositions matérielles du droit commun et rompant avec la communauté juridique assumée par l'Empire, la loi d'application territoriale n'est plus vue comme un particularisme exorbitant et dérogoire, mais comme la manifestation du principe de souveraineté/territorialité. Sa prééminence se justifie par cette considération, qu'elle est, conformément à l'ordre naturel des choses, la mieux à même de défendre les intérêts supérieurs de la cité, de la province ou de la nation. Son autorité se traduit par un fondement qui ne souffre aucune discussion : la *summum jus*, amplification du *strictum jus* et du *rigor juris* de Paul Voet.

B. Le *summum jus*, amplification du *strictum jus* et du *rigor juris*.

La force dont est investie la souveraineté/territorialité du statut dans l'économie générale du système hollandais se ressent le plus souvent au niveau du fondement juridique que lui donne l'auteur qui en traite. Chez Paul Voet, elle se révélait dans son affirmation en tant que règle de « droit strict » ou dans l'invocation de la « rigueur du droit », qui ne pouvait, pour cette raison même, souffrir la concurrence d'une règle de droit contraire. Chez son fils, la même logique prévaut, mais elle ne prend plus appui plus sur le même substrat. En délaissant volontiers toute référence au *strictum jus* ou au *rigor juris* et en leur préférant le *summum jus*, Jean Voet ne s'autorise pas un simple glissement terminologique, mais octroie à sa conception territorialiste les marques d'une souveraineté qui affirme ainsi l'indépendance de chaque ordre juridique local, provincial, national.

Paradoxalement, en dépit de l'importance capitale qu'il revêt dans la pensée voetienne³⁸², ce *summum jus* n'est mentionné qu'à deux reprises dans son *De Statutis* et, quand il l'est, n'est jamais défini, ni explicité sous la plume de l'auteur, pas davantage que ne l'était le *strictum jus* ou le *rigor juris* chez son aîné. La notion apparaît dès le premier paragraphe, qui constitue l'introduction de son commentaire, dans les termes suivants :

³⁸² Cette importance est également perçue par Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, p. 100 et Max GUTZWILLER, dans sa *Geschichte, op. cit.*, pp. 140-153 et 285, où il oppose, « comme les deux pôles d'un globe », *summum jus* et *comitas*.

D'abord, il sera professé, ce qui s'impose *ex summo jure*, qu'en tout cas chaque peuple entend obstinément, d'une part, appliquer ses lois aussi loin qu'il peut en soutenir l'application et, d'autre part, refouler hors de ses frontières les lois des autres peuples...³⁸³

Ensuite, évoqué dans le cinquième paragraphe, le *summum jus* est placé sous le patronage de la loi *Extra territorium* et sert à justifier la fameuse règle de la souveraineté/territorialité que Jean Voet développe à cet endroit :

En ce qui concerne la force et l'efficace des statuts, il faut que nous admettions, suivant les principes supérieurs du Droit et la raison naturelle, la règle que le jurisconsulte Paul rapporte dans la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20), par exemple : *extra territorium jus dicendi impune non pareri et pari in parem nullum competere imperium, seu cogendi potestatem*, dans les lois *Nam magistratus* (D. 4.8.4) et *Ille a quo* (D. 36, 1, 13, 4). D'où il suit que, tant réels que personnels ou mixtes, les statuts ne peuvent d'eux mêmes n'agir en rien hors le territoire de leur auteur et ne produire aucun effet ailleurs à l'encontre des législateurs locaux. Dès lors qu'en effet, les statuts ne peuvent avoir plus de force que celle qu'ils tiennent du législateur, leur auteur, et que le pouvoir de ce législateur se confine dans son territoire, il est clair que toute la force de ces mêmes statuts est aussi bornée et limitée au territoire de leur auteur...³⁸⁴

Quelle que soit sa discrète intervention dans sa théorie des conflits, elle n'en est pas moins remarquable. Jean Voet choisit tout à la fois de mettre au premier plan le *summum jus* comme fondement de la souveraineté/territorialité et de marquer l'esprit de continuité et de fidélité avec le *strictum jus* ou au *rigor juris* de Paul³⁸⁵, dont la mention apparaît çà et là dans son œuvre, au sujet des statuts mixtes ou de la tutelle³⁸⁶. Le *summum jus* apporte cette nuance méliorative qui faisait peut-être défaut au *strictum jus*, en ce qu'il ancre irrévérablement le conflit de lois dans la logique de la souveraineté. Une règle fondée *ex summo jure* – n'interviendrait-elle que dans le cadre de rapports de droit privé - entend être respectée, pour cette seule raison qu'elle exprime une prérogative de l'autorité souveraine, seule maîtresse sur son territoire. C'est respecter la souveraineté de l'Etat que postuler qu'il n'a, *de jure*, aucune obligation d'appliquer en ses tribunaux la loi étrangère. Par conséquent, le choix de l'expression n'est pas innocent : parce qu'elle met l'accent sur l'exclusivité et l'autorité suprême des décisions des détenteurs de la *potestas statuendi* et de la *potestas adjudicandi*, elle contribue à déplacer encore davantage le centre de gravité de la théorie statutiste des rapports

³⁸³ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, op. cit., n°1 (traduction Bertrand ANCEL) : *traditurus primo, quid ex summo jure obtinere debeat, quoties quisque populus sua jura mordicus, quo usque potest extendere, et tueri, vero aliena suis ex finibus arcere intendit.*

³⁸⁴ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, op. cit., n°5 (traduction Bertrand ANCEL rectifiée) : 5. *Vim et efficaciam statutorum quod attinet summo jure et ratione naturali, regulam admittamus necesse est, quam Paulus J.Ctus tradit in l. ult ff. de jurisd., puta extra territorium jus dicendi impune non pareri, ac pari in parem nullum competere imperium, seu cogendi potestatem, l. nam magistratus 4, ff. de recept. qui arbitr. receper., l. ille a quo 13 § tempestivum 4 ff. ad SConsult. Trebell., cum consequens est, neque realia, neque personalia, neque mixta, operari per se quicquam posse ultra statuentis territorium, aut ullos effectos alibi, invitis locorum illorum legislatoribus, sortiri. Cum enim non plus virium habere statuta possint, quam a legislatore statuenta acceperunt, et ipsius legislatoris potestas terminis sui territorii sua coarctata sit, ipsorum quoque statutorum vim omnem territorio statuentis conclusam ac circumscriptam esse, sponte patescit...*

Le *Paulus jurisconsultus* dont il est question est bien le jurisconsulte romain à l'origine de la loi *Extra territorium* et non « Paul l'Ultrajectin », comme le laisse entendre la traduction française initiale. Ce fragment de Paul n'en constitue pas moins une référence commune aux deux Voet en matière de souveraineté/territorialité.

³⁸⁵ Cet esprit de continuité se traduit également au niveau de la sémantique utilisée, si l'on en croit les nuances que revêt, dans l'usage de la langue latine, l'adjectif *summus*, l'une d'entre elles pouvant équivaloir à *strictus*. C'est pourquoi, nous semble-t-il, l'un des traducteurs anglophones de Voet, James BUCHANAN dans la traduction qu'il a donnée du *Commentarius*, a préféré rendre l'expression *ex summo jure* par : « on the principles of the strict law ».

³⁸⁶ Jean Voet ne se prive d'invoquer à son tour le *strictum jus* et le *rigor juris*, notamment en matière de conflit de lois, comme en témoigne leur mention dans le dixième paragraphe de son *De Statutis*, qui traite des statuts mixtes relatifs - dans la conception voetienne - aux formes et solennités des actes (voir *infra*, pp. 279-280). Mais il arrive que le *rigor juris* ait vocation à servir de contrepoint à la *comitas*, qui se conforme une nouvelle fois à l'enseignement de Paul : ainsi du commentaire relatif à la tutelle du mineur (livre XXVI, titre V, n°5). Sur ce passage, voir, *infra*, pp. 289-290.

entre personnes privées aux relations qu'entretiennent entre elles les autorités publiques et, *a fortiori*, étatiques. Si l'on accepte cette manière de voir, alors, toute règle de droit, y compris de droit civil, est, *in abstracto*, une « loi de police », au sens de loi d'application immédiate, exclusive et territoriale.

La contribution de Jean Voet à la doctrine de la souveraineté/territorialité appelle un jugement ambivalent. D'un côté, sa brève dissertation se situe, avec une remarquable fidélité que ne démentent pas les amendements qu'elle peut apporter sur tel ou tel point, dans la perspective dessinée par le *De Statutis* de Paul Voet et, à cet égard, il est permis d'estimer que Jean ne fait que s'approprier l'enseignement de son père et reconduire, voire pérenniser, les solutions que celui-ci avait, en son temps, posées. La primauté de la souveraineté/territorialité de la loi locale repose toujours sur la force que lui donne le *jus civile*, mais un *jus civile* qui serait porté par le souffle de la souveraineté moderne. De l'autre, elle est également le produit d'un contexte, celui du « siècle d'or » des Provinces-Unies, qui voit s'épanouir, en doctrine, les idées souverainistes d'un Ulrich Huber. Tout autant que ce dernier, Jean Voet envisage désormais le conflit de lois dans sa dimension proprement internationale. Parce qu'il révèle la plasticité qui caractérise dorénavant la notion même de *statutum* – et, paradoxalement, en condamnant cette dernière à un effacement progressif au profit de la loi – et parce qu'il fait de la souveraineté le critère ultime de résolution des conflits, il parachève le mouvement qu'avait amorcé Paul Voet et rejoint, en empruntant des traverses bien différentes, les conclusions de Huber. Jean Voet et Ulrich Huber ont, chacun à leur manière, contribué à l'émergence du « conflit de souverainetés »³⁸⁷. Mais c'est surtout à Ulrich Huber qu'il revient d'avoir, le premier et le plus clairement, théorisé cette approche du conflit de lois. La singularité de sa pensée, qui se démarque, parfois de manière radicale, de la démarche de ses contemporains, mérite certainement un traitement à part.

§ 3. Les conflits entre lois souveraines selon Ulrich Huber.

A bien des égards, Ulrich Huber³⁸⁸ demeure celui des juristes de l'École hollandaise qui incarne le mieux l'esprit de souveraineté qui imprègne si fortement leur statutisme. Portant cet esprit à sa plus parfaite expression, et reprenant, pour son usage propre, les outils conceptuels

³⁸⁷ André BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés », *op. cit.*, pp. 630-632, émet un jugement beaucoup plus réservé sur le rôle à attribuer aux Hollandais dans l'émergence de ce type de conflit de lois.

³⁸⁸ Ulrich, Ulrik ou Ulric HUBER (1636-1694), né à Dokkum le 13 mars 1636 d'une famille originaire de Suisse, demeure sans nul doute l'un des plus célèbres jurisconsultes néerlandais de l'époque et le plus influent des auteurs de l'École dite hollandaise. Tout au long de sa carrière, les liens qui l'unissent à la province de Frise sont restés très forts. Après avoir suivi ses études à Franeker, Utrecht et Heidelberg, il revient en 1657 à l'Université de Franeker pour y occuper le poste de professeur d'Histoire et de Rhétorique. Son intérêt grandissant pour la science juridique le pousse à assurer également des enseignements en droit. En 1665, au décès de son ancien maître Wissembach, il est promu officiellement à la chaire de droit, devenant même *Professor primarius* de l'Université en 1667. Bien qu'il fût sollicité à deux reprises pour venir enseigner le droit à Leyde, il ne démentit jamais sa fidélité envers l'Université de Franeker. Il mit brièvement entre parenthèse sa carrière de professeur pour devenir membre de la Cour provinciale de Frise, à Leeuwarden, de 1679 à 1682, date à laquelle il retourna enseigner à Franeker, où il décède le 8 novembre 1694. Du fait de sa renommée, sa vie et son œuvre sont fort bien documentés. Johannes Wilhelmus WESSELS lui consacre une notice substantielle dans son *History, op. cit.*, pp. 316-319, qui contient une analyse du *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt*. Percival GANE fait précéder sa traduction anglaise du *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt...*, publiée à Durban en 1939 sous le titre *The Jurisprudence of My Time*, d'un portrait de l'auteur. Des indications précieuses quant à la formation académique et spirituelle de Huber, ainsi qu'à sa philosophie politique, peuvent être glanées dans les deux articles publiés par Andries W.G. RAATH et Johan J. HENNING dans le *Journal for Juridical Science*, 29, n°2, 2004 : « Political Covenantalism, sovereignty and the obligatory nature of law : Ulrich Huber's discourse on state authority and democratic universalism », pp. 15-55, et « The impact of Scholasticism and Protestantism on Ulrich Huber's views on constitutionalism and tyranny », pp. 56-90, spécialement les pages 57-60 et les notes 4 et 10 (laquelle répertorie les principales œuvres juridiques du jurisconsulte frison).

hérités de ses prédécesseurs ou contemporains, sa doctrine se distingue par la dimension internationale qu'elle entend conférer aux problèmes des lois en concurrence et, partant, la mutation qu'elle fait subir à l'idée même de « mode de gestion vertical » du conflit de lois³⁸⁹. En effet, à la différence des conceptions qui l'ont précédé, elle s'évertue à voir dans le droit des conflits un droit qui ordonne et résout les confrontations entre des lois proprement nationales – considérées, par hypothèse, comme égales entre elles en prestige et en valeur – et non plus seulement un droit qui tranche le débat qui s'engage entre deux statuts, quelle que soit, par ailleurs, l'acception que l'on donne à ce terme³⁹⁰. Huber transpose ainsi la problématique au niveau des rapports entre nations souveraines, révélées par le nouvel ordre westphalien, et consomme, à un double titre, la rupture opérée par l'École hollandaise avec la tradition statutiste médiévale : d'un point de vue formel, tout d'abord, en privilégiant au « conflit de statuts » ou « de coutumes » l'idée d'un « conflit de lois » qui entérine l'effacement – formel et matériel – du *jus commune* d'orientation impériale ; d'un point de vue matériel, ensuite, en postulant que les principes de solution en la matière ne se trouvent plus dans les dispositions du *jus civile*, mais bien dans des règles propres, issues du *jus gentium*. L'orientation suivie par les axiomes d'Ulrich Huber repose sur la volonté de faire parvenir les directives qu'elles contiennent à la généralité et à l'universalité : elles sont précisément destinées à former un système parfait qui s'adresse et s'applique à et entre tous les Etats souverains, ou, pour reprendre ses propres termes, agissant *in diversis imperiis*.

La doctrine d'Ulrich Huber en matière de conflits de lois se rencontre dans l'ensemble de son œuvre³⁹¹ à quatre reprises et, à chaque fois, elle se trouve exposée sous la forme d'une brève

³⁸⁹ La bonne fortune des axiomes de Ulrich Huber, conjuguée à l'hommage appuyé que lui a rendu Joseph Story, explique assez aisément que le jurisconsulte frison ait davantage retenu l'attention, dans les différents exposés des thèses de l'École hollandaise, que ses prédécesseurs ou contemporains, avec, pour conséquence, d'éclipser les apports des autres jurisconsultes et de réunir leurs singularités sous la seule bannière de la doctrine huberienne. Celle-ci a fait l'objet d'études rétrospectives de la part de : Armand LAINE, *Introduction*, *op. cit.* tome 2nd, pp. 107-108 ; Friedrich MEILL, « Ein Specimen aus der holländischen Schule des internationalen Privatrechts », *Zeitschrift für Internationales Privatrecht*, 7, 1898, p. 189-200 (avec texte latin) ; Ernest G. LORENZEN, « Huber's *De conflictu legum* », *Illinois Law Review*, 13, 1919, pp. 375-418, repris dans *Selected Articles on the Conflict of Laws*, New Haven, 1947, pp. 136-180 (avec texte original et traduction anglaise) ; Max GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, pp. 326-328 et *Geschichte*, *op. cit.*, pp. 155-169 et 285-286 ; David James LLEWELYN DAVIES, « The influence of Huber's *De conflictu legum* on English Private International Law », *British Yearbook of International Law*, 1937, n°18, pp. 49-78 (avec texte original et traduction anglaise) ; Hessel Edward YNTEMA, « The Comity Doctrine », *Vom Deutschen zum Europäischen Recht*, *Festschrift für H. Dölle*, vol. II, Tübingen, 1963, pp. 65-86 (repris dans *Michigan Law Review*, 1966, vol. 65, pp. 9-32) ; Ellison KAHN, « The « Territorial and Comity School » of the Conflict of Laws of the Roman-Dutch Era », *Huldigingsbundel aangeboden aan Professor Daniel Pont op sy vyf en seventigste verjaarsdag*, Le Cap, 1970, pp. 225-227 ; Nikitas E. HATZIMIHAÏL, *Pre-Classical Conflict of Laws*, *op. cit.*, chapitre V : « Huber and the conflict of laws », pp. 267-346 ; A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet*, *op. cit.*, spécialement dans son chapitre 4 (« 4.4. Ulric Huber and the comity doctrine »), pp. 396-405, et Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, « Du conflit des lois différentes dans des Etats différents », *Mélanges Jacques Héron*, 2009, pp. 1-21 (avec texte original et traduction française) et Irina GETMAN-PAVLOVA, « The concept of « comity » in Ulrich Huber's conflict doctrine », [National research university Higher School of Economics, Series : Law, 13/2013](#), pp. 1-21.

³⁹⁰ Si certains auteurs postérieurs font encore du *statutum* leur objet d'étude, à la différence de Huber, la définition et l'incidence qu'ils en donnent révèlent la grande plasticité que la notion a fini par revêtir au fil du temps, comme l'atteste la définition qu'en donne Jean Voet à la même époque dans son *Commentarius ad Pandectas* : sur ce point, voir, *supra*, pp. 200-202.

³⁹¹ Jurisconsulte dont la réputation a largement excédé les frontières de la province de Frise, et esprit apte à écrire sur de nombreux sujets (comme l'histoire, l'éducation, la philosophie, la religion et le droit), Ulrich Huber a laissé, à sa mort, une bibliographie riche de plus de quarante ouvrages. Parmi ceux-ci, se détachent particulièrement ses écrits en droit constitutionnel (*De jure civitatis*, 1672), en droit frison (*Heedendaegse Rechtsgeleertheit, soo Elders, als in Frieslandt Gebruikelijk*, 1686), en droit romain et en droit privé positif (*Praelectiones Juris Romani et Hodierni, tomii tres*, 1689, plus connu sous le titre *Praelectiones Juris Civilis*, attribué lors de la réédition de 1700). Comme indiqué *supra* à la note 376, il est le premier avec Jean Voet à avoir enseigné, officiellement, le *jus hodiernum* : voir, sur cette question, Margaret

dissertation/digression qui, au fil des publications successives, va prendre le titre de *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* :

1° D'abord, dans le *De jure civitatis*, dans la deuxième édition de 1684 (livre III, section IV : *De jure civitatis adversus exteros*, chapitre I : *De his quae exteri sibi invicem debent* : « des droits que se doivent entre ceux qui sont étrangers les uns aux autres », n°11 à 47), ouvrage de droit constitutionnel qu'il place, dès sa préface, dans la lignée du *De jure belli ac pacis* de Grotius.

2° Ensuite, dans le *Beginselen der Rechtkunde gebruikelijk in Friesland*, de 1684, et le *Heedendaegse Rechtsgeleertheit, soo Elders, als in Frieslandt Gebruikelyk*, I, 3.4, 5 et 6, de 1686³⁹², rédigés tous deux exclusivement en langue vernaculaire.

3° Enfin, dans les *Praelectiones juris romani et hodierni* (ou *Praelectiones juris civilis*), de 1689, II, 1.3.2³⁹³.

Quelles que soient les différences de rédaction et de logique interne qui les distinguent sensiblement, les deux versions en latin que présentent, à cinq ans d'intervalle, le *De jure civitatis* et les *Praelectiones* méritent une égale considération. La première, longue de trente-six paragraphes et riche d'exemples, et revêtue du titre *De his quae exteri sibi invicem debent*³⁹⁴, est la première manifestation d'une maturation intellectuelle et d'une assurance doctrinale qui se cristallisent dans la seconde, plus vigoureuse et plus synthétique avec ses quinze paragraphes, et d'ailleurs passée à la postérité sous le nom de *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*. Sur le fond, la cohérence entre les deux exposés est frappante : à quelques nuances près, les traits essentiels de la pensée huberienne, certes formulés de manière différente d'une version l'autre, se retrouvent déjà dans le *De jure civitatis* et l'inspiration fondamentale, celle d'une souveraineté/territorialité assise sur le *jus gentium*, leur est commune.

En effet, en opérant un tel changement de perspective par rapport au reste de la doctrine hollandaise, Ulrich Huber entend bâtir une théorie qui prenne sa source dans la souveraineté de chaque Etat. Cette théorie repose sur la conviction que le conflit de lois est appelé à se déployer dans le champ des rapports entre Etats pleinement indépendants, pour cette raison même que les lois en question, quel que soit leur objet, sont le fruit de leur production normative. Parce que chaque Etat est indépendant, l'ordre juridique qui le structure est, à son tour, propre et autonome. C'est cette particularité dont la souveraineté/territorialité est, au niveau du droit des conflits, la garante suprême. Suivant cette manière de voir, chaque rapport de droit privé met nécessairement et principalement en jeu une pluralité de lois étatiques : les personnes privées s'effaçant derrière les Etats souverains, le conflit de lois est ainsi appelé à se résoudre par des règles qui interagissent entre ces mêmes Etats. En effet, pour Huber, la solution gît dans les bons rapports entre Etats

ASHMANN, « Teaching the *jus hodiernum* : legal education of advocates in the Northern Netherlands (1575-1800) », *TVR*, n°65, 1997, pp. 423-457, spécialement les pages 427 et 439.

³⁹² Le *Heedendaegse Rechtsgeleertheit*..., paru initialement à Leeuwarden en 1686, a fait l'objet d'une traduction en anglais par Percival GANE, par ailleurs traducteur de Jean Voet, publiée à Durban en 1939 sous le titre de *The Jurisprudence of my Time*, et tirée de la cinquième édition de l'ouvrage, parue à Amsterdam en 1768, sous les auspices du fils de Ulrich, Zacharias. Suivant l'exemple de Nikitas HATZIMIHAIL, *Pre-Classical Conflict of Laws*, *op. cit.*, nous nous référerons uniquement, s'il y a lieu, à la traduction de Gane.

³⁹³ Sur les trois versions qui ont retranscrit, de son vivant, la réflexion de Ulrich Huber en matière de conflits de lois, voir Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 653-654, spécialement la note 3 de la page 653 et Hessel Edward YNTEMA, « The Comity doctrine », *op. cit.*, p. 25. La synthèse de la bibliographie de Huber et des traductions qui ont pu en être tirées est effectuée par Robert FEENSTRA dans son article : « Ten Franeker Law Professors and their bibliography : some results of recent research », *Fundamina*, n°8, 2002, pp. 103-116, spéc. pp. 112-114.

Pour les *Praelectiones juris romani et hodierni* (ou *juris civilis*), les éditions de 1689 (Franeker, *editio princeps*), 1700 (Franeker, *editio secunda*), 1749 (Francfort et Leipzig) et 1771 (Louvain) ont été consultées.

³⁹⁴ Nous proposons en annexe (n°2) de ce texte méconnu une traduction en français, élaborée avec l'aide du professeur Bertrand Ancel.

souverains, ou, comme il le dit lui-même, dans les « convenance et entente tacites entre Nations », seul moyen, à défaut de convention internationale bilatérale ou multilatérale, de préserver et respecter l'intégrité de chacun.

La souveraineté/territorialité se trouve inévitablement affectée par ce retournement. Jusqu'alors, en effet, elle s'était exclusivement déployée dans le cadre de la théorie des statuts, telle qu'elle avait été révisitée par l'École Hollandaise. Huber reprend à son compte ce grand principe auquel il entend donner sa pleine mesure, mais la réorientation qu'il opère au niveau du paradigme – en envisageant la matière comme relevant du *jus gentium* et non plus du strict droit privé – provoque, par voie de conséquence, l'émancipation de la souveraineté/territorialité à l'égard du schéma statutiste traditionnel. Suivant sa manière de voir, cette souveraineté revigorée a vocation à donner leur substance aux règles, ou axiomes³⁹⁵, de droit international que chaque Etat est appelé à appliquer s'il veut s'assurer la pleine maîtrise des rapports juridiques qui naissent sur son territoire. La conviction de Huber repose donc toute entière sur le postulat selon lequel le conflit de lois, ne pouvant advenir qu'entre des Etats souverains, doit être nécessairement résolu *de jure gentium* (A). Les axiomes qu'il en tire et qu'il établit comme fondements de sa doctrine vont précisément servir – entre autres – à établir en droit la compétence de principe de la loi locale, par égard dû à la souveraineté étatique : telle est la raison d'être des deux premiers axiomes, qui circonscrivent les champs d'application de la loi locale, tant territorial que personnel, et qui en assurent l'application *intra terminos*. L'empire de la loi locale se traduit, ainsi, dans le premier axiome, par sa territorialité stricte et exclusive destinée à assurer l'intégrité de l'ordre juridique interne et que, seul, désormais, selon Huber, peut réclamer un Etat souverain (B). Cependant, elle suppose, pour atteindre son objectif, que lui soient soumis tous ceux qui se trouvent sur le territoire, quelle que soit leur condition : le moyen le plus sûr d'éviter toute disparité de traitement entre nationaux et étrangers est donc de leur appliquer une seule et même loi, à raison de leur seule présence, temporaire ou permanente, à l'intérieur des frontières (C). Les deux idées ainsi exprimées ne sont pas nouvelles, mais elles traduisent, dans la logique huberienne, toute la force que revêt la souveraineté/territorialité, qui impose, pour des raisons d'ordre public, une application uniforme et inconditionnelle de la loi locale.

³⁹⁵ Parce que les axiomes de Huber servent de fil conducteur à sa théorie du conflit de lois et parce que nous entreprendrons l'étude approfondie tout au long de nos développements sur l'auteur, il convient d'en donner, dès à présent, la version qui figure dans le « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni*, II, 1.3, § 2, Franeker, 1689, *editio princeps* [=ci-devant « De conflictu legum »], qui, pour être la dernière en date, restitue sans nul doute de la manière la plus conforme et la plus fidèle la pensée de l'auteur telle qu'elle était arrivée à son point d'achèvement :

« 1. Les lois de chaque Etat ont autorité dans les limites de son territoire et obligent tous ses sujets, mais pas au-delà, selon la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20) ;

2. Sont réputés sujets d'un Etat tous ceux qui se trouvent à l'intérieur de ses frontières, qu'ils y demeurent à titre permanent ou à titre temporaire, selon le paragraphe *Interdicere* de la loi *Relegatorum*, *in fine* (D. 48.22.7.10 *in fine*) ;

3. Les autorités des Etats, selon la courtoisie, font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu, sous la réserve que ni les autres Etats, ni leurs sujets n'en subissent aucune atteinte dans leur pouvoir et dans leur droit » (traduction Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT précitée, revue par nos soins).

La version originale s'exprime en ces termes :

I. *Leges cujusque imperii vim habent intra terminos ejusdem rei publicae omnesque ei subjectos obligant, nec ultra.* per l. ult ff de Jurisdic.

II. *Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur,* per l. 7, § 10. in fin. de interd. et releg.

III. *Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur.*

A. La théorisation du « conflit de souverainetés » : le conflit de lois saisi par le *jus gentium*.

De toutes celles que comptent l'École hollandaise, la doctrine d'Ulrich Huber est sans doute celle qui s'émancipe le plus irréversiblement et le plus sciemment de l'héritage romain. Poursuivant un mouvement déjà amorcé par son prédécesseur Paul Voet, et prolongé par son contemporain Jean Voet³⁹⁶, cette remise en cause du référent civiliste ne s'abrite plus derrière une redéfinition du *statutum*, mais se dévoile de manière plus frontale. Du propre aveu du jurisconsulte frison, la nécessité de rénover la science du conflit et de faire reposer cette dernière sur des fondations nouvelles et modernes naît d'un double constat. Le premier tient à ce que la situation même de conflit révèle la diversité et l'indépendance politique des divers Etats européens de son époque : elle suppose, par conséquent, pour se voir résolue, que soient prises en compte et dûment respectées la diversité et l'indépendance des ordres juridiques – et des lois - qui les définissent chacun. Le second se tire de la carence, voire de la faillite, du droit romain à apporter les réponses adéquates à ce type de situations. Ces deux arguments se retrouvent aussi bien dans les propos liminaires du *De jure civitatis* de 1684 que du *De conflictu legum* de 1689, quand il s'agit pour leur auteur d'exposer le problème et d'annoncer les axiomes qui serviront de réponse.

En effet, comme en témoigne l'amorce des deux dissertations de Huber, le conflit de lois apparaît à partir du moment où se pose la question de savoir sur quel fondement un Etat est amené à accepter, ou peut refuser, que l'acte ou la décision d'un pays étranger produise ses effets sur son territoire. L'argumentation employée dans l'un et l'autre texte est fort similaire :

12. Les jurisconsultes romains n'apportent pas à cette doctrine les autorités appropriées : nulle part ils ne traitent du conflit des diverses lois ou statuts ; de fait, parce que l'Empire du peuple romain s'étendait à toutes les parties du monde alors connu et parce que les relations avec les Barbares étaient peu nombreuses, la diversité des lois née de la diversité des Etats n'y était source d'aucun inconvénient. Mais aujourd'hui, dans une Europe divisée en une multitude de Cités non sujettes les unes des autres, il n'est de jour qu'une affaire engagée ou conclue ici ne produise effet ou soit jugée ailleurs. Dès lors, la question est de savoir s'il convient de suivre le droit du lieu dans lequel l'acte fut passé ou celui du lieu dans lequel il sort son effet ou est porté en justice.³⁹⁷

³⁹⁶ Les points de convergence – qui, autant que possible, seront évoqués en temps et lieux utiles - entre les deux auteurs donnent à penser que les thèses de Ulrich Huber ont pu favorablement impressionner Jean Voet au point que l'influence du jurisconsulte frison semble avoir déteint sur certaines parties du *De Statutis*. Mais Jean Voet se garde bien de citer Huber, pourtant son contemporain, comme celui-ci se gardait bien de citer son prédécesseur Paul Voet. Il faudrait donc, pour étayer cette hypothèse et lui donner quelque solidité, apporter des preuves plus convaincantes et plus décisives.

³⁹⁷ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis*, chapitre I du livre III, section IV, *editio tertia*, Franeker, 1694 [=ci-devant « De his quae exteri sibi invicem debent »], n°12 : 12. *Romani Jurisconsulti non sunt idonei hujus doctrinae auctores ; nec enim usquam illi de conflictu diversarum Legum vel Statutorum agunt. Quia enim populi Romani Imperium per omnes mundi tum cogniti partes erat diffusum, & commercia cum Barbaris raro exercebantur, diversitas Legum e diversitate imperiorum ibi nullum molestiam creabat. Sed hodie, scissa in infinitas Civitates sibi mutuo non subjectas Europa, fit omni die, ut negotium alibi inchoatum vel celebratum alibi effectum habeat vel judicetur ; atque tunc est quaestio, utrum jus ejus loci, in quo acta res fuit, an ubi exitum habet vel judicatur, sequi oporteat.* Pour cette œuvre, il a également été recours à l'*editio quarta* de Leipzig, parue en 1708.

Ce texte ne saurait être dissocié du *summarius* du chapitre « De his quae exteri sibi invicem debent », où l'auteur annonce sa doctrine en ces termes : « Parmi ce que les peuples étrangers se doivent mutuellement, il y a aussi la considération mutuelle de leurs lois respectives. Cette question ne peut se trancher sur le fondement du droit romain, car elle ressortit au droit des Gens. Sur ce sujet, sont proposées des règles, et ces dernières sont illustrées par plusieurs cas d'espèce, qui doivent résoudre le conflit des statuts entre les divers Etats » (*Inter ea, quae exteri sibi invicem debent, esse quoque mutuam Legum alienarum observantiam. Hanc rem ex jure Romano non posse decidi ; esse juris Gentium. Regulae hac de re proponuntur, eaeque variis exemplorum speciebus declarantur, ad conflictum Statutorum in diversis Civitatibus conciliandum*).

47. De tout cela, il ressort clairement : que ni les lois, ni les juridictions étrangères ne produisent aucun effet dans les autres territoires, si ce n'est du consentement des peuples. Comme, aujourd'hui, en Europe, le droit romain est florissant ou languissant, selon ce qu'il semble à chaque peuple, les lois particulières de celui-ci, plus rares ici, plus nombreuses là, prévalent partout sur les lois romaines. Quoi que prescrivent maintenant le droit naturel, le droit divin et l'usage des nations, les divers peuples et les divers princes y sont tenus les uns envers les autres : tout ce qui leur est interdit est sacrilège³⁹⁸.

1. Il est fréquent que des actes qui se concluent en un lieu produisent leur effet et utilité en des ressorts différents ou qu'ils soient jugés ailleurs. Il est bien connu aussi qu'après la dislocation des provinces de l'Empire romain et la division du monde chrétien en nations presque innombrables et qui ne sont point sujettes les unes des autres ni ne partagent le même mode de gouvernement et d'obéissance, les lois et statuts des divers pays sur bien des points divergent. Il n'est pas étonnant que le droit romain n'ait rien laissé sur le sujet dès lors que, s'étendant à toutes les parties du globe et les soumettant toutes à un même droit, la domination de Rome ne pouvait s'exposer à un conflit entre lois différentes.³⁹⁹

Ce double argument souligne combien, dans la perspective statistique qui est celle de Huber, le mode de gestion vertical tel qu'il l'envisage rejoint les lignes déjà tracées par Paul Voet et perpétuées – en des termes similaires à ceux qu'emploie le juriste frison - quelques années plus tard par Jean Voet⁴⁰⁰. La disqualification du Droit romain est tout à la fois historique et positive. Historique, dans la mesure où les textes romains sont le reflet, voire le reliquat, d'un droit impérial qui gouvernait et unifiait alors un monde sous une même domination et une même législation, comme l'illustre à l'envi le crédit de la loi *Cunctos Populos*. Pour cette raison même, s'ils peuvent encore fournir au juriste les outils conceptuels et les catégories de référence, ces mêmes textes ne sont plus susceptibles d'offrir des solutions à une problématique de conflit de lois qui leur était inconnue. Positive, parce qu'à la fin du XVII^e siècle, quand Huber écrit sur les conflits de lois, le contexte même est celui d'une « Europe divisée en une multitude de Cités » non sujettes les unes des autres », dotées chacune d'un ordre juridique autonome, dont l'émergence traduit l'effacement – définitif en ce qui concerne les Provinces-Unies - du Droit romain ès qualités de *jus commune*⁴⁰¹.

³⁹⁸ Ulrich HUBER, *eod. loc.*, n°47 et dernier : 47. *Ex his omnibus palam est ; neque Leges, neque Jurisdictiones alienas ullum effectum in aliis territoriis, nisi ex voluntate populorum. Sicut hodieque jus Romanum in Europa viget aut languet, ut visum cuique populo ; cujus peculiaris scita Romanis legibus ubique praevalent, alibi rarius alibi crebrius. Quicquid denique Jus Naturale, Divinus, ususque Gentium dictat, ad hoc populi Principesque diversi erga se invicem obligantur : Quicquid illis prohibetur, nefas est.*

³⁹⁹ Ulrich HUBER, *Praelectiones juris romani et hodierni*, pars II, lib. I, tit. III, n°2 : « De conflictu Legum Diversarum in diversis Imperiis », Franeker, 1689, *editio princeps* [= « De conflictu Legum »], paragraphe n°1 : 1. *Saepe fit ut negotia in uno loco contracta usum effectumque in diversi[s] locis imperii habebant, aut alibi dijudicanda sint. Notum est porro, leges et statuta singulorum populorum multis partibus discrepare, posteaquam dissipatis imperii Romani provinciis, divisus est orbis Christianus in populos ferme innumeros, sibi mutuo non subjectos, nec ejusdem ordinis imperandi parendique consortes. In jure Romano non est mirum nisi hac de re exstare, cum populi Romani per omnes orbis partes diffusum et aequabili jure gubernatum Imperium, conflictui diversarum legum non aequae potuerit esse subjectum. Regulae tamen fundamentales, secundum quas hujus rei judicium regi debet, ex ipso jure Romano videntur esse petendae ; quanquam ipsa quaestio magis ad jus Gentium quam ad jus Civile pertineat, quatenus quid diversi populi inter se servare debeant, ad juris Gentium rationes pertinere manifestum est. Nos ad detegendam hujus intricatissimae quaestionis subtilitatem, tria collocabimus axiomata quae concessa, sicut omnino concedenda videntur, viam nobis ad reliqua planam redditura videntur* (traduction Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT précitée).

⁴⁰⁰ En ce qui concerne l'exclusion du droit romain en matière de conflits de statuts, Jean Voet se montre remarquablement disert au sujet de l'extraterritorialité de principe qu'il dénie aux statuts personnels : voir *supra*, sur Jean VOET et le paragraphe 8 de son *De Statutis*, pp. 201-202. Pour sa part, la position de Huber à l'égard du droit romain, en tant que droit positif, est très clairement assumée dès les premiers temps de sa réflexion.

⁴⁰¹ Dans le huitième paragraphe du « De conflictu legum » (*Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*), relatif au mariage, Huber invoque le cas de la Frise Orientale « ou autres lieux où le consentement au mariage des curateurs n'est pas exigé conformément aux lois romaines, lesquelles sur cet article n'ont plus cours chez nous » (... *aliave loca, in quibus Curatorum consensus ad matrimonium non requiritur, juxta leges Romanas, quae apud nos hac parte cessante* : traduction Bertrand

La volonté de se démarquer de la théorie des statuts traditionnelle et d'écartier toute prétention du Droit romain à régir, tant au sens formel qu'au sens matériel, le champ de la discipline n'est sans doute pas une première si l'on songe déjà que Paul Voet avait, en son temps, pris ses distances avec le droit commun et la romanistique médiévale. La plupart des membres de l'École Hollandaise – par ailleurs, tous fervents romanistes⁴⁰² – n'évoquent les droits supranationaux que pour construire, en creux et *a contrario*, leur définition particulariste du *statutum*. Chez Huber, cette rupture résonne de manière si forte et si originale qu'elle dénote tout autant la volonté de placer le conflit de lois en dehors du champ du *jus civile*, du fait de son incapacité à produire les règles de solution en la matière. Puisqu'il n'existe pas de droit civil supranational qui soit à même de transcender les frontières dans lesquelles se retranchent les ordres juridiques nationaux, alors, il convient de ramener le conflit de lois à ce qui est, pour notre auteur, sa véritable nature : un conflit de souverainetés, demandant d'arbitrer les prétentions respectives des pouvoirs normatifs en concurrence et à favoriser le libre commerce juridique entre particuliers, que seule peut assurer la bonne entente des Etats entre eux. A l'occasion de ces actes de la vie civile ou commerciale, le *jus civile* peut être amené à intervenir en tant que loi applicable, mais ce n'est que dans la mesure où il constitue encore un corps de principes et de règles de droit privé qui nourrit ou inspire tel ou tel ordre juridique particulier.

Huber affirme à plusieurs reprises que le conflit de lois ne doit plus être envisagé dorénavant comme une question relevant strictement du droit privé, mais comme une matière ressortissant aux rapports entre Etats, au *jus gentium*. Ainsi, dans le *De jure civitatis*, le constat de l'inadéquation du droit romain à donner une réponse à la problématique du conflit de lois annonce et, même, précède, sous la plume de l'auteur, la mise en avant de ce *jus gentium* :

11. En outre, au nombre des devoirs des divers peuples les uns envers les autres, est comptée à juste titre l'observation par chaque Etat des lois des autres Cités car, même s'il n'y est pas tenu par un traité ou par la contrainte d'un assujettissement, la considération de l'usage commun des peuples requiert instamment une bienveillance réciproque sur ce point. En effet, si un peuple ne voulait d'aucune manière connaître les lois d'un autre peuple ni leur reconnaître l'autorité qui leur est due, en masse, chaque jour, les actes et contrats resteraient sans effet et le commerce par mer ou par terre ne pourrait y résister.⁴⁰³

En effet, l'enjeu premier est d'aménager un mode de relations entre Etats souverains qui puisse, selon les cas considérés, préserver leur pleine intégrité ou les conduire à accepter, en pleine connaissance de cause, l'application d'un droit étranger qui coïncide nécessairement avec l'intrusion d'une souveraineté étrangère. La disparité des droits civils internes oblige à trouver un langage commun à tous les ordres juridiques. Par définition, cette *lingua franca*, étant appelée à être pratiquée par les divers Etats souverains, doit être partagée et reconnue par l'ensemble de la

ANCEL et Horatia MUIR WATT, précitée). La remarque mérite d'autant plus d'être relevée que la Frise s'honore encore d'être une terre de droit romain. Sur la question du mariage, voir, *infra*, pp. 311-316.

⁴⁰² Leur formation comme leurs *opera magna* témoignent largement de leur attachement au Droit romain. Sans doute ressentent-ils avec encore plus de vigueur l'inadaptation, ou l'inadéquation, du droit romain à fournir des règles de résolution de conflits qui soient en consonance avec la souveraineté étatique moderne et de l'ordre international post-westphalien.

⁴⁰³ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°11 : 11. *Praeterea, inter ea, quae diversi populi sibi invicem debent, merito refertur, observantia Legum aliarum Civitatum, in aliis Imperiis ; ad quam etsi non teneantur ex pacto vel necessitate subordinationis, tamen promiscui usus ratio inter gentes, mutuum hac in parte flagitat indulgentiam. Si enim gens una leges alterius nullo modo agnoscere vimque illis debitam tribuere vellet, infiniti actus et contractus omni die in irritum cederent, neque commercia mari terraque consistere possent.*

communauté internationale, ce qui exclut d'office la prétention qu'aurait un droit civil interne, parmi tant d'autres, à connaître du conflit de lois. Or, un tel droit interne n'a pas vocation, selon la doctrine hollandaise, à franchir les limites du territoire où il est amené à développer ses effets ; il ne peut donc abriter en son sein des règles de conflit qui soient susceptibles, de leur propre autorité, de s'imposer aux autres droits de nature équivalente et de pénétrer leur territoire. La solution du « conflit de souverainetés » ne doit donc pas être confiée au droit privé, mais au droit public et, plus précisément, à cette branche du droit public qui régit les rapports entre Etats souverains.

L'objet premier du *De jure civitatis* est précisément d'étudier ce « droit des gens public ». Or, toute la théorie statutiste de Huber naît de la conviction fondamentale que l'accueil sur le territoire d'un pays de droits nés à l'étranger passe nécessairement par l'instauration de règles communément acceptées par les Etats souverains, sans que leur puissance s'en trouve blessée. Le conflit de lois est donc essentiellement affaire de « droit des gens public ». Au moment d'exposer les trois règles fondamentales – ou *positiones* – qui lui paraissent seules à même de démêler l'écheveau d'une question si complexe, l'auteur en donne une justification, résolument ancrée dans le *jus gentium* :

12. ... Dès lors, la question est de savoir s'il convient de suivre le droit du lieu dans lequel l'acte fut passé ou celui du lieu dans lequel il sort son effet ou est porté en justice.

13. Il est clair que cette question doit se décider par application du droit des Gens, parce que de nombreux peuples n'observent pas le droit civil...

14. ... Assurément les exemples que nous utiliserons appartiendront le plus souvent à la matière du droit privé, mais leur traitement procédera pour l'essentiel de considérations de droit public et dès lors il convient de les présenter.⁴⁰⁴

Dans les *Praelectiones*, les trois *axiomata* qui doivent servir à résoudre cette *intricatissima quaestio* répondent à cette même logique de souveraineté/territorialité projetée sur le plan international :

1. ... Cependant, il paraît que c'est dans le droit romain lui-même qu'il conviendrait de rechercher les règles fondamentales selon lesquelles cette question devrait être résolue, bien que la matière relève plutôt du *Droit des gens* que du Droit civil, tant il est clair que ce que les différents peuples observent entre eux ressortit au *Droit des gens*.⁴⁰⁵

2. ... Il suit de là [= *des axiomes qu'il vient tout juste d'exposer*] que la solution du problème doit être recherchée non pas exclusivement dans le Droit civil, mais bien aussi dans les convenances et ententes tacites des nations...⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Ulrich HUBER, *eod loc.*, n°12-14 : 12. ... *tunc est quaestio, utrum jus ejus loci, in quo acta res fuit, an ubi exitum habet vel judicatur, sequi oporteat.*

13. *Apparet, hoc quaesitum e ratione juris Gentium esse decidendum, quia diverſi populi jure civili non utuntur...*

L'auteur ajoute, au n°14 *in fine*, juste après avoir énoncé les trois règles fondamentales de sa doctrine : *Exempla, quibus utemur, ad juris privati species maxime quidem pertinebunt, sed judicium de illis unice juris publici rationibus constat, et exinde definiri debent.*

⁴⁰⁵ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°1 : *Regulae tamen fundamentales, secundum quas hujus rei judicium regi debet, ex ipso jure Romano videntur esse petendae ; quanquam ipsa quaestio magis ad jus Gentium quam ad jus Civile pertineat, quatenus quid diversi populi inter se servare debeant, ad juris Gentium rationes pertinere manifestum est* (traduction Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT précitée).

⁴⁰⁶ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°2 : *Ex quo liquet, hanc rem non ex simplici jure Civili, sed ex commodis et tacito populorum consensu esse petendam...* (Traduction Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT précitée).

En choisissant de faire reposer l'ensemble de son édifice sur le substrat juridique que forme le droit public des gens, et ce au détriment du droit civil, Ulrich Huber devait nécessairement s'expliquer sur la valeur et la portée qu'il reconnaît à cette notion de *jus gentium*. De toute évidence, à la lecture des affirmations que l'on relève au fil du *De jure civitatis*, Ulrich Huber ne prend appui sur la tradition romaniste que pour mieux donner à ce concept directement issu du droit romain un champ d'application matériel plus en conformité avec les conceptions modernes des rapports entre Nations⁴⁰⁷. Cette tradition classique, forte des distinctions et autres définitions laissées par Gaius (*Institutes* 1.1 ; D. 1.1.9, repris par Justinien dans ses *Institutes* 1.2.1) et Hermogénien (D. 1.1.5), n'envisageait pas le *jus gentium* autrement que comme une catégorie interne de droit romain, à l'égal du *jus civile*. Or, si, d'un point de vue formel, Huber fait directement référence au *jus gentium* tel qu'il est décrit dans les textes romains, en revanche, du point de vue de son application, il l'envisage exclusivement comme un droit appelé à se développer entre des Etats-Nations souverainement constitués. La subtilité naît du fait que l'auteur joue sur deux registres différents. En invoquant la compétence du *jus gentium*, par contraste avec celle du *jus civile*, Ulrich Huber s'appuie sans aucun doute sur l'autorité du droit romain classique et post-classique et sur les distinctions traditionnelles héritées de ce dernier. En des termes qui ne sont pas sans faire écho à ceux qu'employait Gaius en son temps (*Institutes* 1.1), il n'hésite pas à poser en principe que « ce que les différents peuples observent entre eux ressortit au droit des gens » et rappelle, brièvement, le contenu des droits que l'on identifie avec le droit des gens⁴⁰⁸.

Pour autant, ces révérences marquées ne signifient pas que les règles et les concepts utilisés par l'auteur à partir des sources les plus classiques soient demeurés des règles et des concepts de droit romain. Du point de vue de la mise en œuvre du *jus gentium*, Ulrich Huber est bien conscient qu'il ne peut plus assigner au droit des gens la portée que lui reconnaissaient les Romains, Gaius, Ulpien et Hermogénien en tête. Il ne s'agit plus tant de renvoyer aux institutions, essentiellement de droit privé, qui seraient communes à Rome et aux autres peuples, que de désigner, dans une perspective plus contemporaine, celles que partagent désormais « entre eux les différents peuples », dont les législations sont toutes plus singulières les unes que les autres. Rome disparue, le schéma classique dans lequel ce droit était amené à se développer ne peut plus valoir en tant que droit

⁴⁰⁷ Sur la valeur à accorder au *jus gentium*, l'affirmation du premier paragraphe du « De conflictu legum », rapportée à la note 405, p. 213, n'est pas sans révéler une ambiguïté de la part de son auteur et va jusqu'à soulever quelques divergences d'appréciation sur sa teneur exacte. Une première interprétation, qui s'intéresse davantage aux termes mêmes employés par Huber qu'à son contexte d'énonciation, tend à y voir une manifestation de la sensibilité romaniste du jurisconsulte frison, et donc, de sa part, une référence explicite au *jus gentium* classique qui l'inciterait à « fonder tout le droit international privé sur le droit romain », ainsi que le rapporte Phocion FRANCESCAKIS, « Droit naturel et Droit international privé », *Mélanges Jacques Maury*, t. 1^{er}, Paris, 1961, pp. 113-152, spéc. p. 124 et note 23. Dans ce même article, il est fait état des critiques formulées sur ce point à l'encontre de Huber par Jean-Jacques Gaspard FOELIX, *Traité de Droit international privé*, t. I, Paris, 1843, n^o4, pp. 5-6, qui reprend à son compte le jugement, partagés par d'autres, qui voient en cette affirmation « une erreur », et par Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, p. 107, pour qui une telle position constitue « une double contradiction » de la part de Huber. L'on doit aussi y ajouter l'autorité d'Alan WATSON, *Joseph Story and the Comity of Errors*, Athens, 1992, pp. 3-4, qui, dans son chapitre sur « Ulrich Huber and Comity », défend également l'idée que l'auteur fait bien référence au « droit des gens » classique, issu de la tradition romanistique et privatiste, tel que le définissent les *Institutes* de Justinien (*Inst., Just.*, 1, 2, 1), qui, comme nous l'avons noté par ailleurs, reprennent sur ce point la définition qu'en donnait Gaius (*Inst.*, 1, 1).

La seconde interprétation, que nous privilégions dans le présent développement, citations extraites de ses œuvres à l'appui, consiste à ne voir dans cette phrase qu'une simple ambiguïté de plume, qu'une lecture comparée et approfondie du *De jure civitatis* et des *Praelectiones* permet en réalité de dissiper. Pour qui accepte notre manière de voir, il n'y a donc plus lieu d'y voir une erreur, une contradiction ou un parti pris anachronique. La pensée du jurisconsulte frison n'est sans doute pas dénuée de subtilité, mais elle est certainement sans ambiguïté.

⁴⁰⁸ Ainsi, le paragraphe 29 du livre I, section I, Chapitre V, « De jure gentium », du *De jure civitatis, op. cit.*, s'inspire-t-il librement des catégories de « droit des gens » énoncées par Hermogénien (D. 1.1.5).

positif interne. Selon les traditions juridiques, la filiation avec le droit romain peut s'avérer plus ou moins marquée, mais, en tout état de cause, le *jus gentium* dont l'autorité est ici invoquée ne peut plus être le *jus gentium* décrit dans le *Corpus Juris Civilis*. Dans un contexte où l'unité assurée par l'Empire romain a laissé place à une pluralité d'États-Nations, pleinement souverains juridiquement et politiquement, le *jus gentium* classique n'a plus lieu d'être : c'est bien le constat que dresse Ulrich Huber en matière de conflit de lois. Au XVII^e siècle, quel que fût le prestige intellectuel du droit romain, l'antique conception a dû laisser place à un droit des gens qui se veut en phase avec la nouvelle société internationale en train de se dessiner⁴⁰⁹. De cette société, les États-Nations en étaient désormais les acteurs et les sujets de droit et le « droit des gens » allait désormais apparaître, revivifié par les travaux, entre autres, de l'École de Salamanque – en particulier, Francisco Suarez – et de Hugo Grotius.

Non moins que sa fameuse démarche axiomatique⁴¹⁰, que l'on retrouve chez son successeur frison, la définition que donne, dans son œuvre *De jure praedae*⁴¹¹, le célèbre juriste hollandais du *jus gentium secundarium*⁴¹² a très certainement exercé une influence significative sur le « droit des gens public », qui est l'objet même du *De jure civitatis*. Procédant, dès le premier chapitre, aux paragraphes 7 à 12, le *De jure*, à un jeu de distinctions des plus classiques⁴¹³ (*jus naturale/jus*

⁴⁰⁹ La littérature relative au *jus gentium* et sur la passation de pouvoir qui s'exerce entre la définition classique et la définition moderne est d'une très grande richesse et elle dépasse, de très loin, le cadre imposé par le présent travail. La plupart des auteurs étudiés – jusqu'à Ulrich Huber – ne s'intéressent pas à la question du conflit de lois. Pour ce qui est de la transformation subie par le *jus gentium* à l'époque moderne, voir, entre autres, Peter HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, 1983, spéc. « IX. Le problème du *jus gentium* », pp. 311-358, qui retrace la longue histoire du *jus gentium* jusqu'à Grotius, et Marie-France RENOUX-ZAGAME, « La disparition du droit des gens classique », *RHFD*, 1987, n°4, pp. 23-53.

En ce qui concerne la société internationale, et les apports de l'École de Salamanque, voir l'exposé très clair du canoniste et internationaliste Willy ONCLIN, « L'idée de la société internationale en Europe Occidentale avant Grotius », *Recueil de la Société Jean Bodin*, tome XV, La Paix, deuxième partie, 1961, pp. 219-239.

⁴¹⁰ Sur l'axiomatique de Grotius, voir André CASTALDO et Yves MAUSEN, *Introduction historique au droit*, 4^e édition, p. 427, n°1242-1243.

⁴¹¹ Rédigé en 1604 et 1605, le *De jure praedae* est resté longtemps inédit jusqu'à ce qu'il soit exhumé par l'édition de Hamaker, parue sous le titre *Le droit de prise (De jure praedae)*, à Paris, en 1869.

⁴¹² Hugo GROTIUS, *De jure praedae*, éd. Hamaker, cap. II, p. 26 : « Il faut ajouter ici qu'il existe une sorte de droit composé de droit des Gens et de droit civil, un droit des Gens qualifié, à bon escient et à proprement parler, *secondaire*. En effet, de même que le bien commun des particuliers débouche sur ce que nous avons rappelé, de même, qu'il existe un bien commun des États, on s'accorde à le reconnaître entre les nations qui se sont constituées en États ». (*Annectendum nunc illud est, esse quoddam jus mixtum ex jure gentium et civili, sive jus gentium quod recte ac proprie secundarium dicitur. Ut enim commune bonum privatorum ea induxit, quae jam recitavimus, ita cum sit aliquod commune rerumpublicarum inter se bonum, eas inter gentes quae respublicas sibi constituerant de hoc etiam convenit*). L'auteur en tire la règle suivante : « Tout ce que les républiques unanimes manifestent se souhaiter, tout ceci vaut droit pour elles toutes » (*Regula VIII, eod. loc. : Quidquid omnes respublicae significarunt se velle, id in omnes jus est*). Huber rallie la position de Grotius dans le chapitre de son *De jure civitatis*, consacré au *jus gentium* (livre I, section I, chapitre V « De jure gentium », paragraphe 13) : « Car ce que les Docteurs appellent droit des gens primaire, cela est véritablement le droit de Nature... et ce que les Docteurs appellent droit des gens secondaire, cela correspond à ce droit des Gens que nous avons défini en nous autorisant de Grotius au paragraphe 4 du même titre » (13. *Nam quod Doctores vocant jus gentium primaevum, id est ipsum jus naturae... et quod Doctores vocant secundarium, est idem cum eo jure Gentium, quod ex Grotio finivimus* § 4. h. t.). Le paragraphe 4 en question est rapporté par nos soins, *infra*, à la note 416, p. 215.

⁴¹³ Ulrich HUBER, « De jure », *De jure civitatis, op. cit.*, chapitre I du livre I, *Qui est de Imperio*, section I *Continens Praecognita Artis*, aux n°7-12, spéc. n°7-8 :

« 7. Mais le *Jus*, dans son sens premier, se décline en deux genres principaux : en effet, il est soit naturel, soit volontaire, ce que l'on appelle positif dans nos écoles... Le droit naturel est celui qui est inné aux hommes ; le droit volontaire est celui qui est découvert et pensé à l'aide du libre arbitre. Voyez Grotius, *De jure belli ac pacis*, Livre I, chap. I, § 9 et suivants.

8. Le droit volontaire est, à son tour, soit divin, soit humain. Et ce dernier est soit droit des gens, soit droit civil. Chacun des deux est public ou privé. Le droit public des gens est, ainsi qu'on l'enseigne, celui qui, dans le

voluntarium vel positivum, jus divinum/jus humanum, jus gentium/jus civile), Ulrich Huber dégage les éléments fondamentaux qui donnent corps à ce droit essentiellement positif qu'est le « droit des gens » et il en détermine le champ matériel – droit public ou droit privé – de compétence, par opposition avec les droits public et privé internes (évoqués au § 11) :

9. L'on peut donc se demander sous lequel de ces deux droits l'on doit comprendre les rapports entre différents Etats indépendants et non soumis à une même souveraineté. L'on peut s'en remettre à l'un comme à l'autre. Car les Etats et leurs dirigeants ressortissent au droit public ; et il est vrai – ce que nous verrons ensuite – que tous ces différents Etats, leurs dirigeants et leurs membres ne sont considérés pas autrement que sont considérés les particuliers à l'état de nature. Et sur cette distinction du droit public et du droit privé, Grotius choisit d'établir son plan, ainsi qu'il l'explique au début du premier chapitre de sa grande œuvre.⁴¹⁴

12. Notre ambition est d'exposer le droit des gens public, applicable à n'importe quel Etat non moins qu'à l'ensemble des Républiques comprises sous ces termes ; sans quoi l'on ne peut avoir une solide intelligence ou maîtrise du droit public propre aux Romains, aux Allemands ou à tout autre peuple.⁴¹⁵

Se dessinent alors les contours d'une communauté de nations, toutes constituées en Etats indépendants, et qui interagissent entre elles par l'entremise d'un véritable *jus inter gentes*. Dès lors, afin que la souveraineté d'un Etat n'ait pas à souffrir de l'atteinte que constituerait l'empiètement d'une loi étrangère à l'intérieur de ses frontières, il importe que les Etats se mettent d'accord, de leur propre mouvement, et sur la base de la réciprocité, pour instaurer les règles qui régiront les conflits de lois : la manifestation la plus tangible de cette volonté libre des Etats est celle qui réside dans les *commodum et tacitus populorum consensus*⁴¹⁶. Ainsi, les principes de solution qui se dégagent de ces « convenances et [de ces] accords tacites des Nations » s'évertuent tout à la fois à consacrer la souveraineté de l'Etat d'origine de l'acte ou de la décision en question et à ménager la souveraineté de l'Etat d'accueil. Il revient donc aux Etats seuls de s'accorder sur les règles qu'ils auront lieu d'observer, dans leurs tribunaux respectifs, pour permettre la reconnaissance, non pas d'une loi étrangère en tant que telle, ce qui constituerait une intolérable atteinte à leur toute-puissance, mais

gouvernement des Etats, tire le juste et le bien de la volonté des peuples. Le droit privé des gens est celui qui introduit la raison dans la conduite des affaires privées ».

(7. *Sed Jus in priore significatione, in duo summa genera deducitur ; Est enim Naturale vel voluntarium, quod in scholis positivum vocatur...* Naturale, quod hominibus est innatum ; Voluntarium, quod arbitramento medio, repertum & excogitatum est. Grot. d. cap. I. §.9. & sequi.

8. *Jus voluntarium rursus aut divinum aut humanum est. Et hoc, vel, Gentium vel civile. Utrumque publicum vel privatum. Jus Gentium publicum est, quod docet, quid in regimine Civitatum ex voluntate populorum fas & rectum fit. Privatum, quod de rebus singulorum cum ratione introductum est).*

⁴¹⁴ Ulrich HUBER, « De jure », *De jure civitatis, op. cit., eod. loc.*, n°9 : *Quaeri potest, sub utro comprehendatur, quod inter diversas civitates nec invicem, nec uni subjectas imperio intercedit ? Ad utrumque referri potest ; Nam civitates earumque Rectores juris publici participes sunt ; & verum est, quod deinde videbimus, diversas civitates earumque Rectores hominesque nibilo secus omnes se habere, quam singuli in statu naturali se habent : Et de hac juris publici privative specie cepit institutum Grotius, ut explicat in pr. cap. I. operis magni.*

⁴¹⁵ Ulrich HUBER, « De jure », *De jure civitatis, op. cit., eod. loc.*, n°12 : *Nobis consilium est, exponere publicum Jus Gentium cujuslibet civitatis, at unius Reipubl. terminis comprehensae ; sine quo neque Romanum, neque Germanorum, aut ullius populi proprium Jus publicum, solide collocari vel comprehendi potest.*

⁴¹⁶ Le rôle essentiel joué par l'exercice par chaque Etat d'une volonté pleinement libre, dans la conception huberienne de la souveraineté, se retrouve dans la définition qu'il donne de cette dernière dans la *Heesdendaegse Rechtsgeleertheit, op. cit.*, 3.6.1 : « Sovereignty is simply the power to govern a people in such a way that actions of the sovereign cannot be altered by the will of any other person » (traduction Percival GANE). Cet accent volontariste se manifestait déjà dans le *De jure civitatis*, quand, dans le chapitre « De jure gentium » (*loc. cit.*), Huber définissait le droit des gens : « Et ce droit se définit comme celui reçoit sa force obligatoire de la volonté de tous, ou, assurément, des nations les plus instruites, ainsi que l'exprime presque en ces termes Grotius, au livre I, chapitre I, XIV, de son *De jure belli ac Pacis* » (4. *Atque hoc jus definitur, Quod voluntate omnium, aut sane cultiorum vim obligandi accepit, fere ut Grot. d. l. 1 c. 1 n. XIV*).

d'un droit légitimement acquis sur le territoire de l'un d'entre eux. Le *jus gentium* et la perspective internationaliste qu'il suppose renvoient irrémédiablement à cette notion de souveraineté étatique dont l'éclat nouveau ne manque pas d'éblouir notre auteur.

S'il fallait encore se convaincre de ce lien étroit que forme, chez Huber, *jus gentium* et conflit de lois, il suffirait de reporter au chapitre V du livre I, section I, du *De jure civitatis*, relatif à sa conception du *jus gentium*. Certains passages, qui touchent directement à la matière du conflit de lois, préparent le terrain à sa dissertation *De his quae exteri sibi invicem debent* et aux trois axiomes – en particulier, le troisième – qui en forment les traits les plus saillants :

31. ... Pour qu'une cause tranchée dans un Etat développe ses effets dans les autres Etats, l'utilité commune des peuples veut que partout elle soit tenue pour droit.

32. Qu'un contrat conclu et célébré en conformité de la coutume du lieu soit considéré comme juste et légitime ailleurs, même là où, célébré de la sorte, il n'aurait pas été valable, cela relève du droit des Gens et semble être étranger aussi bien au droit civil qu'à la simplicité d'un jugement naturel.

33. Car, dans les diverses souverainetés des Nations, les jugements et les lois d'un peuple ne revêtent aucune force à l'égard d'un autre, si ce n'est par l'accord de tous, qui est ici manifeste.⁴¹⁷

Ces affirmations constituent sans doute l'une des meilleures illustrations qui se puisse concevoir pour démontrer que la gestion du conflit de lois est confiée au bon soin du *jus gentium* et que la bonne entente entre Etats souverains permet ainsi à des règles de résolution de conflit, communément acceptées et assumées, de garantir aux particuliers la prise en charge de leurs intérêts. La validité du contrat, pour reprendre l'exemple évoqué par Huber, ne réside assurément pas dans une vision romaniste qui ferait de lui le type d'acte juridique qui serait le produit par excellence du droit des gens et, en cela, commun à toutes les nations ; elle tient essentiellement au fait à sa conformité à la loi applicable au fond comme à la forme : celle du lieu de sa conclusion⁴¹⁸. La règle de *jus gentium* – telle qu'elle est formulée dans le troisième axiome⁴¹⁹ – repose donc toute entière sur le devoir que les Etats se reconnaissent mutuellement de permettre l'extraterritorialité des effets d'un acte, d'une décision ou d'une situation reconnue légitime dans son Etat d'origine. Il en va de leur intérêt propre et respectif – *utilitas promiscua gentium* – comme de l'intérêt des personnes privées dont elles prennent en charge les intérêts. Notre auteur lui-même, pour justifier cette règle, s'appuie précisément sur le constat suivant :

⁴¹⁷ Ulrich HUBER, « De jure gentium », *De jure civitatis*, *op. cit.*, chapitre V du livre I, *Qui est de Imperio*, section I *Continens Praecognita Artis*, aux n°31-33 :

31. *Ut res in una civitate judicatae in aliis effectum habeant, utilitas promiscua gentium fecit, ut ubique pro jure habeatur.*

32. *Ut contractus secundum loci consuetudinem initus & celebratus, alibi, ubi sic celebratus non valeret, pro justo legitimoque habeatur, jus Gentium est, Utrumque tam a naturali simplicitate quam a jure civili remotum videtur.*

33. *Nam divisio Imperii populorum, Judicia & leges unius populi alterum non tenent, nisi ex consensu, qui hic est manifestus.*

⁴¹⁸ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et bodiorni*, *op. cit.*, n°5 : « Les contrats célébrés selon le droit du lieu de leur conclusion se soutiennent partout aussi bien en droit que *extra judicium*, même là, où célébrés de cette manière, ils n'auraient pas été valables ; et il faut l'affirmer non seulement pour ce qui est de la forme, mais aussi pour ce qui est du fond du contrat » : *contractus celebrati secundum jus loci, in quo contrahuntur, ibique tam in jure quam extra judicium, etiam ubi hoc modo celebrati non valerent, sustinentur ; idque non tantum de forma, sed etiam de materia contractus affirmandum est* (traduction Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, précitée). La règle de conflit à laquelle se rallie Huber est donc la loi du lieu de conclusion du contrat, aussi bien en ce qui concerne les solennités (*locus regit actum* ou *formam actus*) que le fond du contrat (*lex loci contractus*). Cette adhésion est d'autant moins innocente que la question contractuelle est sans doute l'une des celles qui a le plus agité la doctrine en matière de conflits de lois : sur ce point, voir Luc SIRI, *Les conflits de lois*, *op. cit.*, pp. 406-413.

⁴¹⁹ La lettre de ce troisième axiome, telle qu'il apparaît, en sa rédaction ultime, dans le « De conflictu legum » des *Praelectiones*, est rappelée *supra* p. 208, à la note 395.

2. ... Même si les lois d'une nation ne peuvent avoir aucune force directement dans une autre, rien ne serait plus néfaste pour les relations de commerce et les rapports de voisinage entre les nations que des actes valables en un lieu soient dépourvus d'effet ailleurs en raison de la différence de législation ; telle est la raison d'être du troisième axiome au sujet duquel aucun doute n'est permis.⁴²⁰

Dans le raisonnement de Ulrich Huber, la portée extraterritoriale d'un acte, d'une situation ou d'une décision, d'un Etat à l'autre, est une affaire de souverainetés et les conditions qui la définissent ressortissent au *jus gentium*. Une telle conclusion appelle deux inférences, qui renvoient directement à la problématique de la *comitas gentium* :

1^o Comme il suffit de s'en convaincre en lisant son premier axiome, le jurisconsulte frison n'envisage jamais qu'une loi nationale puisse franchir les limites de son territoire. L'Etat d'accueil n'a donc jamais à connaître d'une loi étrangère en tant que telle, parce que l'intrusion d'une telle loi constituerait un grave empiètement à sa souveraineté/territorialité, mais des effets qui, tirés de l'application d'une loi étrangère (*ope iuris vel iudicii*), peuvent trouver leur champ de réalisation à l'intérieur de son ordre juridique. C'est en ce sens, et non pas autrement, qu'il faut comprendre l'affirmation suivante : « ...dans les diverses souverainetés des Nations, les jugements et les lois d'un peuple ne revêtent aucune force à l'égard d'un autre, si ce n'est par l'accord de tous ». Une étude plus approfondie de la doctrine de Huber nous porte à considérer que, même avec l'autorité que lui conférerait « l'accord de tous » les Etats, une loi nationale n'a jamais d'autre vocation à être reconnue par les autorités d'un Etat que par la vertu des effets qu'elle donne à telle ou telle situation particulière. Comme le rappelle le *De conflictu legum*, par une interprétation *a contrario* du premier axiome, « les lois d'une nation ne peuvent avoir aucune force directement dans une autre », dans la mesure où il n'est de disposition interne, ni même internationale qui soit à même d'assurer un tel transport.

2^o En invoquant l'autorité du *jus gentium*, Huber semble insister pour faire de ses axiomes de véritables règles de droit, autant en ce qui concerne la souveraineté/territorialité - que les Ultrajectins érigent, pour leur part, en règle *de summo jure* - qu'en ce qui concerne l'extraterritorialité. Et, sans doute, est-ce là qu'il convient de relever toute l'ambiguïté que porte l'insertion, dans le troisième axiome du *De conflictu legum*, de l'adverbe *comiter*, qui ne figurait pas dans le *De jure civitatis*⁴²¹. De toute évidence, une telle démarche suggère que, chez l'auteur frison, contrairement à ses pairs, il n'y a pas d'incompatibilité à fonder l'application extraterritoriale de la loi sur une règle *de jure gentium* que rend agréable la *comitas*.

Persuadé qu'une vraie réflexion sur le conflit de lois ne peut faire l'économie de cette donnée désormais incontournable, Ulrich Huber est naturellement conduit à épouser les thèses de la souveraineté/territorialité, y compris dans ce qu'elles ont de plus strict : ses deux premiers axiomes portent, précisément, témoignage d'une adhésion qui se conforte de l'autorité tirée du « droit des gens ». Leurs énoncés montrent bien qu'il ne saurait être question d'assurer l'application d'une loi étatique sur le territoire d'un autre Etat, y compris par exception ou par dérogation. En

⁴²⁰ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n^o2 : ... *quia sicut leges alterius populi apud alium directe valere non possunt, ita commerciis et usu gentium promiscuo nihil foret magis incommodum, quam si res jure certi loci validae, mox alibi diversitate Juris infirmarentur, quae est ratio tertii axiomatis : quod, uti nec prius nullum videtur habere dubium* (traduction Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT précitée et revue par nos soins). Même si le juriste de Franeker venait d'une province dont l'économie était moins tournée vers le commerce extérieur que vers l'agriculture, la prise en compte des intérêts liés aux *commercia* - dont nous soulignons à dessein le pluriel - avait toute les raisons de faire sens dans l'esprit de ses compatriotes des Provinces-Unies, particulièrement hollandais et ultrajectins.

⁴²¹ Le fait avait déjà été relevé et discuté par Roeland D. KOLLEWIJN, *Geschiedenis, op. cit.*, p. 142 et par Hessel E. YNTEMA, *The Comity Doctrine, op. cit.*, p. 25. Il en sera discuté *infra*, pp. 293-296, spéc. la note 585.

cela, l'esprit souverainiste de Huber s'avère certainement plus exigeant et plus cohérent que ne l'est celui des Voet. En revanche, ce qui est interdit à une loi, produit de l'autorité souveraine, n'est pas nécessairement refusé à un acte ou une décision judiciaire, c'est-à-dire aux prescriptions qui sont censées régir les rapports entre particuliers. Dans cette distinction réside sans doute l'articulation entre les deux premiers axiomes, territorialistes, et le troisième, relatif aux droits acquis, et qui ouvre la voie à une extraterritorialité contrôlée.

B. Les deux premiers axiomes de Huber : la stricte territorialité de la loi de l'Etat et la sujétion temporaire de l'étranger.

Fleurons d'une souveraineté/territorialité dont ils condensent, *paucis verbis*, toutes les virtualités en matière de conflits de lois, les deux premiers axiomes en demeurent assurément les expressions les plus abouties. Par la seule vertu de leur concision et de leur radicalité, ils ont même été érigés en emblèmes du statutisme intransigeant si caractéristique de l'École hollandaise⁴²². Toutefois, les vues qu'ils expriment ne sont en rien originales, ni novatrices et leur mérite tient sans doute davantage de leur qualité formelle que de leur apport substantiel à la construction théorique déjà amorcée par les prédécesseurs et contemporains de Ulrich Huber. Du principe cardinal et unitaire que recouvre l'idée même de souveraineté de la loi étatique, ces deux règles constituent les deux déclinaisons, envisageant, tour à tour, l'empire que le législateur prétend exercer sur les sujets qui se trouvent sur le territoire (1.), puis l'acquisition de la qualité de sujet par l'effet de la seule présence, temporaire ou continue, de la personne sur le territoire (2.). Le deuxième axiome venant préciser et conforter le premier, leur étude doit être menée conjointement, dans la mesure où tous deux dessinent les traits distinctifs qu'une loi d'application territoriale, au sens le plus générique du terme, comporte.

1) Le premier axiome de Huber, ou l'absolutisme de la souveraineté/territorialité.

Le principe d'une souveraineté/territorialité qui assurerait à la loi locale la maîtrise exclusive de tous les rapports juridiques dont les effets se déploieraient à l'intérieur de ses frontières prend corps dans la première règle posée par Huber, qui s'énonce sous la forme d'une *positio* dans le chapitre *De his quae exteri sibi invicem debent* (« ce que les peuples qui sont étrangers les uns aux autres se doivent mutuellement »), puis d'un *axiomatum* dans le *De conflictu legum* :

14. La première [position] est que : *Les lois de chaque Etat lient et obligent tous ceux qui lui sont sujets, mais pas au-delà.*

1. Les lois de chaque Etat ont autorité dans les limites de son territoire et obligent tous ses sujets, mais pas au-delà, selon la loi *Extra territorium* (D. 2, 1, 20).⁴²³

D'un point de vue matériel, la règle posée par Huber s'inscrit dans la droite ligne des thèses soutenues en leur temps par Rodenburg et Paul Voet, en les débarrassant au passage des derniers

⁴²² Voir, *supra*, p. 206, la note 389 (avec les références).

⁴²³ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent » *De jure civitatis, op. cit.*, n°14 : *Prima fit, leges cujusque reipubl. tenent obligantque cunctos eidem Imperio subjectos nec ultra.*

Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°2 : I. *Leges cujusque imperii vim habent intra terminos ejusdem rei publicae omnesque ei subjectos obligant, nec ultra, per legem ultimam ff. de Jurisdictione* (Traduction Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT précitée).

oripeaux du statutisme traditionnel, et elle reprend de cette définition du champ d'application territoriale de la loi la double portée – positive et négative – qui est inhérente à la souveraineté de la loi étatique. D'un point de vue formel, le premier axiome qu'établissent les *Praelectiones* s'en remet, conformément à une tradition statutiste bien installée, à l'autorité de la loi romaine *Extra territorium*. Huber, qui, sur bien des questions, ne manque jamais de se démarquer de ses illustres prédécesseurs, témoigne, en l'occurrence, à leur égard d'une déférence appuyée envers cette inspiration souverainiste qui imprégnait déjà leurs écrits. A tous égards, cette inclination unanimement partagée par nos auteurs, y compris, quelques années plus tard, par Jean Voet, représente un facteur d'unité pour l'École hollandaise.

L'axiome, qui vise à recueillir l'adhésion universelle de tous les Etats, rappelle ainsi que le monopole de production du droit, à l'intérieur du territoire soumis à sa *jurisdictio*, appartient exclusivement au Souverain. Or, dans la logique hollandaise, ne peut être pleinement qualifié de « souverain » que celui qui détient en sa main les trois *potestates* : *statuendi, adjudicandi et cogendi*. Ces marques de souveraineté étant le lot commun de l'ensemble des Etats indépendants, ceux-ci ont, chacun, un droit intangible et incontestable à voir leur domination respectée à l'intérieur de leur frontière. Cet absolutisme juridique se traduit avant tout par un lien de sujétion qui se noue entre le détenteur de l'*imperium* et ses *subjecti* : si la rédaction du *De jure civitatis* semble l'envisager sous un angle essentiellement personnel, rejetant l'acception territoriale au deuxième axiome, celle du *De conflictu legum* lève définitivement l'ambiguïté sur le sens à lui donner en embrassant d'une même étreinte personnalité et territorialité. Le droit qu'exerce donc le Souverain ne peut s'exprimer entièrement que si la faculté d'y échapper est restreinte au maximum et exige qu'un éclaircissement soit apporté à la notion de *subjecti*, qui ne saurait être conçue autrement que de manière maximaliste.

2) Le deuxième axiome de Huber, ou la sujétion temporaire de l'étranger présent sur le territoire.

La force particulière attachée à la souveraineté/territorialité s'exprime, au plus haut point, à travers la « sujétion temporaire » que le simple fait matériel que constitue la présence de l'étranger sur le territoire induit à l'égard du législateur local. C'est tout l'objet du deuxième axiome de définir par là même le champ d'application personnel et territorial qu'il convient, selon lui, de circonscrire à cette notion de « sujets » contenue dans l'axiome qui le précède immédiatement. Par conséquent, cette assimilation, en ce qui concerne la jouissance et l'exercice des droits civils, des étrangers – étrangers à la province comme étrangers aux Pays-Bas - aux nationaux s'exprime à travers une présomption irréfragable que l'on retrouve formulée en des termes fort similaires dans l'une et l'autre dissertation :

14. ... La seconde [thèse], que : *Sont réputés sujets tous ceux qui se trouvent dans le territoire de chaque Etat, et aussi longtemps qu'ils y demeurent*, ce qui de soi est évident, comme l'affirment les Romains dans la loi *Relegatorum* (D. 48.22.7.10).

2. Sont réputés sujets d'un Etat tous ceux qui se trouvent à l'intérieur de ses frontières, qu'ils y demeurent à titre permanent ou à titre temporaire, selon le paragraphe *Interdicere* de la loi *Relegatorum*, *in fine* (D. 48.22.7.10 *in fine*).⁴²⁴

En ce qui concerne les droits politiques, la qualité de ressortissant étranger n'est, en théorie, nullement remise en cause et la conception que les Provinces-Unies se font de leur « citoyen » ou de leur « sujet », qui comprend aussi bien celui qui est né sur le sol des Provinces-Unies que celui qui y est domicilié, contribue à une large intégration des immigrants venus s'installer durablement sur le territoire de l'une desdites provinces⁴²⁵. Méconnaître le lien que l'étranger est censé conserver avec sa patrie d'origine serait, d'ailleurs, contraire au respect mutuel des souverainetés que prône Huber en matière de droit international privé. En revanche, ce deuxième axiome vient rappeler qu'en matière de droits civils, la simple présence d'un étranger sur le territoire soumis à leur *jurisdictio* habilite les autorités locales à connaître des litiges que la jouissance et l'exercice de ces droits susciteraient. De toutes les raisons qui pourraient soutenir une telle exigence, celle qui prévaut, selon les termes mêmes de l'auteur, tient à la souveraineté de l'Etat. Mais la vraie question est de savoir jusqu'à quel point cette souveraineté peut exercer son emprise *de jure* sur les étrangers qui se contentent de séjourner sur le territoire : la loi locale doit-elle avoir raison, en tous points, de la loi personnelle ?

C'est précisément le point de controverse qui agite les esprits au sujet d'une règle qui semble donner un empire exclusif à la loi locale et il n'est guère étonnant que, dans les explications qu'il donne à ses axiomes dans le *De conflictu legum*, ce soit le deuxième qui concentre le plus l'attention de l'auteur et qui fasse l'objet de l'argumentation la plus fournie :

2. ... Au sujet du second axiome, certains semblent en juger autrement et nient que les étrangers, lorsqu'ils agissent en un lieu, soient soumis à ses lois. Nous convenons que cela est vrai en certains cas, comme nous le verrons *infra* : mais la thèse que *tous ceux qui agissent à l'intérieur des frontières de l'Etat en sont les sujets* est des plus certaines, car non seulement elle s'ajuste à la nature de l'Etat et à la coutume⁴²⁶ de soumettre à sa souveraineté tous ceux qui se trouvent dans la cité, mais aussi elle correspond à ce qui est admis par presque tous à propos de l'arrêt personnel, comme le montre Grotius, dans son *De jure belli ac pacis*, livre 2, chapitre 11, au paragraphe 5. Qui contracte en un lieu quelconque est sujet temporaire des lois de ce lieu. Car ceux qui conçoivent que les étrangers, pour le seul motif de se trouver là, s'obligent à comparaître en cet endroit par l'effet de l'arrêt, ne sont

⁴²⁴ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°14 : *Secunda ; Pro subjectis habentur, quicumque in territorio cujusque civitatis reperiuntur, quandiu illic commorantur, quod ut evidens sua sponte, sic a Romanis affirmatur in l. 7. § 10. ff. de Interdictis & Relegatis [& Deportatis]*.

Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°2 : II. *Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur, per l.7, § 10, in fine, de Interdictis et Relegatis* (Traduction Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT précitée).

⁴²⁵ Chez les juristes de l'École Hollandaise, le rattachement des personnes au territoire de l'Etat – quand bien même celui-ci prendrait-il les atours d'une Province - et aux autorités étatiques se détermine, classiquement, par le domicile. Dans ses *Praelectiones*, Huber développe la notion de « domicile », et ses implications en matière de compétence *ratione loci*, dans la dissertation *De foro competente* (livre V, titre I).

Robert FEENSTRA et Henk KLOMPMAKER, « Le statut des étrangers aux Pays-Bas », *Recueils de la Société Jean Bodin, tome X, l'Etranger, deuxième partie*, Bruxelles, 1958, XXVII, pp. 333-373, analysant la notion d'étranger pour la période des Provinces-Unies, confirment qu'à cette époque, « étaient réputés « citoyens » ou « sujets » de la République des Provinces-Unies, *cives Belgii*, non seulement ceux qui étaient nés dans l'une des provinces des Pays-Bas, mais aussi ceux qui, tout en étant nés ailleurs, y étaient domiciliés » (spéc. pp. 336-339).

⁴²⁶ En l'occurrence, il faut entendre par « coutume » l'usage (*mos*) et non la coutume au sens strict (*consuetudo*).

forts d'aucune autre raison que celle qui soumet à la souveraineté tous ceux qui se trouvent en son ressort⁴²⁷.

L'argumentation double, d'inégale portée, repose toute entière sur la « souveraineté de l'Etat », qui se traduit par l'autorité impérieuse des « lois de ce lieu ». Dans la mesure où le législateur a entendu prescrire un certain nombre de normes qui définissent les conditions minimales de vie en société, la participation de chacun est mesurée à l'aune du respect qu'il porte à ces normes et celles-ci seraient vidées de leur force si un étranger, présent durablement (par le domicile) ou passagèrement, pouvait librement s'y soustraire. Sa loi personnelle, dont il songerait à invoquer l'autorité, se trouve dépourvue de toute autorité dans la mesure où la souveraineté qui la supporte est inopérante, une fois franchies les limites de son territoire. Pour répondre à ceux qui, davantage imprégnés du statutisme traditionnel, lui objecteraient l'extension extraterritoriale, et tout aussi souveraine, de la loi personnelle d'un individu, Huber s'appuie sur un exemple concret, celui de l'arrêt personnel⁴²⁸. Ce type de disposition municipale ne peut avoir été institué qu'au bénéfice principal, si ce n'est exclusif, des bourgeois de la ville qui autorise l'exercice du droit d'arrêt. L'intérêt d'un tel exemple est de souligner la force de contrainte qu'une disposition locale peut exercer à l'encontre d'un étranger, entendu, dans le cas présent, comme le débiteur qui n'a pas élu domicile dans la ville d'arrêt. Il faut donc logiquement en inférer que l'étranger de passage dans un territoire donné peut ainsi donc être assujéti aux dispositions propres à ce territoire. C'est dans ce sens qu'il convient de comprendre le renfort que Huber trouve auprès de Grotius. Celui-ci, contrairement à ce que semble dire le jurisconsulte frison, ne s'exprime pas au sujet de l'arrêt personnel dans le *De jure belli ac pacis* (livre II, Chapitre XI, V), mais, se posant la question des conditions nécessaires à une promesse parfaite, reconnaît qu'au sujet de l'âge nécessaire au discernement, les réponses peuvent varier d'un lieu à l'autre et qu'il appartient à chacun de respecter les lois civiles de l'endroit dans lequel il se trouve : « ... dans les lieux où ces lois sont établies, il est conforme au droit naturel même de les observer. C'est pourquoi lors même qu'un

⁴²⁷ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectioniones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°2 : *De secundo videntur aliqui secus arbitrari, quando peregrinos legibus loci, in quibus agunt, teneri negant. Quod in quibusdam casibus esse verum fatemur et videbimus infra : sed hanc positionem, pro subjectis imperio habendos omnes, qui infra fines ejusdem agunt, certissimam esse, cum natura Reipublicae et mos subigendi imperio cunctos in civitate repositos, tum id, quod de arresto personali apud omnes fere gentes receptum est, arguit Grotius* 2. c 11. n. 5. *Qui in loco aliquo contrahit tanquam subditus temporarius legibus loci subicitur. Nec enim ulla ratione freti sunt, qui peregrinos, sine alia causa, quam quod ibi reperiuntur, Arresto medio, illic juri sistere se cogunt, quam quod imperium in omnes, qui intra fines suos reperiuntur, sibi competere intelligunt* (Traduction Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT précitée). Voir déjà ce que l'auteur en disant dans le « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°36.

⁴²⁸ L'arrêt personnel désigne un mode particulier de saisie-arrêt, que certaines villes, qualifiées de « villes d'arrêt », exercent par voie de privilèges. Ces privilèges sont reconnus à « un grand nombre de villes de Pays-Bas (notamment celles de Bruges) et même d'autres villes de France, dans lesquelles les bourgeois qui y sont domiciliés peuvent, sur leur parole et sans aucun titre, faire saisir les biens mobiliers et, même en quelques unes en Cambrésis, faire constituer prisonnières les personnes non demeurantes en la ville où se fait l'arrêt, dont ils se disent créanciers » (Jean-Baptiste DENISART, V° « Ville d'arrêt », *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1777, 9^{ème} édition, t. 4, p. 620). Qu'ils soient réels ou personnels, à fin d'exécution ou à toutes fins, ces « arrêts à la loi privilégiée » sont appelés *clains* dans les coutumes de Hainaut, Flandres et Cambrésis. Les définitions qu'en donnent les répertoires et dictionnaires de jurisprudence de la fin de l'Ancien Régime s'accordent toutes sur le fait que l'arrêt personnel concerne toute personne étrangère à la ville qui y est de passage, en particulier les forains, et qu'il donne un privilège de juridiction au créancier lui permettant de soumettre le débiteur ainsi arrêté au *forum arresti*. Sur l'arrêt personnel et sa mise en œuvre dans les villes de France et des Pays-Bas, voir Jean-Baptiste DENISART, V° « Arrêt à la loi privilégié », *op. cit.*, tome 1, p. 125, « Clain », *op. cit.*, tome 1, p. 373, et « Ville d'Arrêt », *loc. cit.*, et Joseph Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1775-1783, V° « Clain », tome 11, pp. 135-152 ; V° « Saisie-arrêt », tome 57, pp. 176-185 et V° « Ville d'arrêt », tome 63, pp. 332-366, spécialement les pages 350-352 où Philippe-Antoine MERLIN, l'auteur de l'article, semble incliner vers la souveraineté/territorialité de l'arrêt personnel en des termes que ne renierait pas Ulrich Huber lorsqu'il s'exprime sur le deuxième axiome.

étranger traite avec un citoyen, il sera tenu en vertu de ces lois ; parce que celui qui contracte dans un pays est soumis aux lois de ce pays comme sujet temporaire »⁴²⁹. Complétant sa démonstration à partir de l'exemple de l'arrêt personnel, Huber ancre la sujétion temporaire de Grotius dans la souveraineté/territorialité.

Sans doute faut-il voir plus loin et chercher, dans la pétition de principe du jurisconsulte frison, des raisons plus directement pratiques : à cet égard, il nous semble que sa motivation se trouve plus certainement dans le souci constant qu'il manifeste d'assurer l'efficacité des droits des particuliers en pays étrangers. En effet, ce deuxième axiome, tout comme le premier, trouve sa raison essentielle dans l'importance que revêtent la *potestas adjudicandi* et la *potestas cogendi* dans l'économie du système de Huber, et qu'il conviendrait de ne pas sous-estimer au profit de la trop évidente *potestas statuendi*. Dans la partie consacrée aux conflits de juridiction dans son *De jure civitatis*, l'auteur met en balance la force de la règle *actor sequitur forum rei* et, en matière criminelle, la compétence spéciale du *forum loci delicti* pour accorder, à titre exceptionnel, sa préférence à ce dernier :

40. Le lieu de commission du délit n'est pas réputé être un motif valable de demander et presser un renvoi de droit : mais parce que c'est l'intérêt du genre humain que les délits, autant que possible, soient punis au lieu de leur commission, où les châtiments seront rendus publics, et où les preuves sont les plus faciles, il n'est pas courant de refuser le renvoi à ceux qui le réclament. Du reste, en matière de délit, prévaut l'axiome *Ubi te invenio, ibi te judico* (« Où je te découvre, je te juge ») ; d'ailleurs, cette règle est générale, même en matière civile, en conséquence de la règle posée au chapitre précédent, que sont sujets du souverain tous ceux qui se trouvent sur son territoire, ne serait-ce que momentanément et de passage.

41. Donc, que les délits puissent être punis en n'importe quels lieux qu'ils aient été commis, où que les dommages aient été constatés, cela ne relève pas d'un droit exorbitant, mais découle immédiatement de la nature de la juridiction et de la souveraineté ; et la considération de la conservation de l'ensemble du genre humain recommande l'application de cette règle, même dans les affaires criminelles.⁴³⁰

En effet, l'avantage d'envisager la présence d'un étranger de passage sur le territoire comme une « sujétion temporaire » est de ramener tout litige éventuel à un cas de figure purement interne, de garantir la compétence du tribunal local, sans s'embarasser d'égards pour la loi étrangère, et d'assurer aux autorités chargées de l'exécution de la sentence leur pleine prérogative en la matière.

Cette sujétion temporaire qui s'impose à l'étranger, du seul fait de sa présence, transitoire ou permanente, sur le territoire, possède une telle force de séduction sur les auteurs de l'époque qu'elle constitue, sans nul doute, l'un des apports majeurs de l'École hollandaise à la construction de la théorie des lois de police. Cette sujétion représente un de ces points communs essentiels que

⁴²⁹ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre de la paix*, op. cit., livre II, chapitre XI, V (édition de Paris, 1999). Cette sujétion temporaire, telle que l'envisage Grotius, s'intéresse exclusivement aux effets que la loi civile entend produire à l'égard de ceux qui se trouvent sur son territoire, sur le fondement de la règle *locus regit actum*, mais elle laisse néanmoins sans réponse la question de savoir s'il revient à cette loi locale ou, au contraire, à la loi personnelle de déterminer le régime des conditions de fond du contrat.

⁴³⁰ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis*, op. cit., n°40 et 41 : 40. *Ne locus quidem delicti admitti pro causa valida habetur ad evocationem jure petendam et urgendam : sed quia generis humani interest, delicta puniri, maximeque in iis locis, ubi exempla sunt edita, in quibus & probationes sunt faciliores, non solet remissio petentibus negari. Alioqui in delictis maxime obtinet axioma, Ubi te invenio, ibi te judico ; quae tamen regula generalis est, etiam in causis civilibus, per regulam praecedenti capite positam ; quod subjecti Imperio sint, quicumque in eodem territorio reperiuntur, licet ad tempus et ὅς ἐδ παρόδω, in transitu.*

41. *Ergo, quod delicta ubivis terrarum admitta puniri possunt, ubicunque malefici reperiuntur, non est juris extraordinarii, sed e natura jurisdictionis summaeque potestatis immediate fluit ; et ratio salutis communis humani generis, exercitium illius regulae, in criminibus etiam, commendat.*

partagent Huber et Jean Voet en dépit des différences qui séparent leurs approches respectives. Or, quelques années après Huber, et très certainement sous l'influence de ce dernier, le *Commentariorum ad Pandectas* de Voet reprend à son compte le postulat d'une souveraineté législative qui soumet à ses statuts tout à la fois les biens et les personnes qui se trouvent sur son territoire :

5. Dès lors qu'en effet, les statuts ne peuvent avoir plus de force que celle qu'ils tiennent du législateur, leur auteur, et que le pouvoir de ce législateur se confine dans son territoire, il est clair que toute la force de ces mêmes statuts est aussi bornée et limitée au territoire de leur auteur : si l'on conserve ceci à l'esprit, on comprendra que l'individu est sujet du statut tantôt en raison de ses biens, pourvu que ceux-ci soient situés sur le territoire, encore qu'il établisse son domicile ailleurs, tantôt en raison de sa personne, pourvu qu'en ce lieu, il maintienne son domicile, encore que la plus grande part de son patrimoine soit située ailleurs. Et séjourne-t-il ici pour un temps ou bien, comme le voyageur, ne traverse-t-il qu'en passant, ce n'est pas se tromper que dire qu'il est sujet temporaire.⁴³¹

Cette définition statutiste de la *subditio* (ou *subjectio*) *temporaris* de l'étranger séjournant sur le territoire vient ainsi compléter et affiner celle que contenait le précepte de Huber. L'une des implications les plus essentielles des lois d'application territoriale est que leur impérativité ne s'adresse pas uniquement aux biens ; elle s'étend également aux personnes, quelle que soit par ailleurs leur qualité civile, pour autant qu'elles se trouvent à l'intérieur des bornes que se fixe leur *jurisdictio*. Il n'y a nul lieu, en la matière, de considérer la souveraineté personnelle que prétend exercer sur son ressortissant le pays dont il est originaire. Le critère de rattachement posé par la disposition locale en matière personnelle est donc la présence, temporaire ou définitive, de l'étranger sur le territoire, et c'est cette présence qui déclenche immédiatement et automatiquement, dès le franchissement de la frontière, l'assujettissement à l'ordre juridique local. De ce point de vue, la position des Hollandais contraste, par sa radicalité, avec l'héritage statutiste médiéval, qui acceptait, au moins, d'envisager l'ignorance excusable de l'étranger comme facteur d'exemption de la loi locale⁴³².

Remis dans une perspective commune aux deux règles huberiennes, le deuxième axiome réagit tout à la fois *a contrario* et de manière parfaitement complémentaire au premier : un Etat n'est pleinement souverain sur son territoire que si les *subjecti* sur lesquels il exerce sa police s'entendent, non pas des seuls domiciliés, mais également de toutes les personnes qui s'y trouvent, ne seraient-elles que de passage. C'est ainsi que Ulrich Huber, entraînant dans son sillage, sur ce point particulier, un Jean Voet, en vient à assimiler l'étranger à un « sujet temporaire de l'Etat » et à considérer que son extranéité est neutralisée, le temps de son séjour ou de son simple passage sur le territoire. La souveraineté territoriale s'enrichit d'une extension personnelle à l'égard des étrangers comme des nationaux et conduit, inévitablement, à sa soumission à la loi locale, à chaque fois que l'exigent les intérêts de l'Etat d'accueil.

L'absorption du champ d'application personnel par le champ d'application territorial de la loi, postulée par les axiomes de Huber, emporte plusieurs conséquences, ou corollaires, qui

⁴³¹ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, op. cit. n°5 : *Cum enim non plus virium habere statuta possint, quam a legislatore statuente acceperunt, et ipsius legislatoris potestas terminis sui territorii coarctata sit, ipsorum quoque statutorum vim omnem territorio statutis conclusam ac circumscriptam esse, sponte patescit : modo illud meminerimus, aliquem vel subjectum dici ratione bonorum, dum bona quaedam in illo habet territorio sita, licet alibi domicilium fixerit ; vel ratione personae, dum vel eo in loco domicilium fovet, licet alibi maxima patrimonii portio sita esse deprehendatur ; vel ad tempus tantum illic subsistere aut transire peregrinantis instar constituit, unde talem non male subditum temporarium quidam dixerunt* (traduction Bertrand ANCEL).

⁴³² Sur l'ignorance excusable de l'étranger vis-à-vis du statut local, énoncée en premier lieu par les canonistes médiévaux et Jacques de Révigny, voir, *supra*, pp. 36-49, 64-74 et 92-94.

contribuent à accentuer davantage la singularité et l'émergence, en doctrine, des lois d'application territoriale. Dans la perspective huberienne, qui, de ce point de vue, se développe dans la parfaite continuité des thèses territorialistes, l'Etat desserre son étreinte sur ses ressortissants, dès que ceux-ci viennent à quitter le champ naturel de son action ; ceux-là mêmes qui, en temps normal, lui sont soumis à raison de leur domicile⁴³³ échappent ainsi à sa *jurisdictio*. De fait, jusqu'à quel point peut-on qualifier de « ressortissant » un individu, qui, par le simple effet du franchissement de frontières, devient sujet exclusif d'un autre Etat ? Quel Etat, d'ailleurs, pourrait s'accommoder de voir sa puissance souveraine sur ses sujets s'évanouir purement et simplement, même temporairement, en raison de leur présence à l'extérieur de ses frontières⁴³⁴ ? A l'inverse, quel traitement doit-on réserver à celui qui se retrouve sujet de l'Etat qui l'accueille, alors même que son domicile, c'est-à-dire le centre supposé de ses intérêts et de ses affections, demeure encore dans l'Etat dont il est originaire ? Les principes souverainistes posés par Huber suscitent, au fond, autant de questions qu'ils n'en résolvent.

CONCLUSION DU CHAPITRE II.

Encouragée par un environnement politique, social et religieux qui n'avait plus rien en commun avec celui qu'avait connue, en son temps, la doctrine italienne, l'École hollandaise du XVII^e siècle tente alors de poser les fondements d'un statutisme ajusté au souffle nouveau de la souveraineté, né des Traités de Westphalie, en intégrant dans son approche un territorialisme et un esprit d'indépendance que Bertrand d'Argentré et Nicolas de Bourgogne avaient exaltés. La souveraineté/territorialité de la loi, qui constitue le principe ordonnateur de cette nouvelle école de pensée, se caractérise par le droit absolu et exclusif de chaque Etat de faire régner sa législation, à l'intérieur de l'espace politique sur lequel s'exerce son pouvoir et dont les frontières marquent la limite de ses prérogatives, d'où le recours à un substrat juridique qui, selon les auteurs, peut être le *strictum jus*, le *summum jus* ou les règles fondées de *jure gentium*. Cette conception rigide de la souveraineté territoriale emporte un prolongement personnel : tous les sujets qui se trouvent sur le territoire, que cela soit à titre permanent ou contingent, se trouvent automatiquement soumis aux lois du souverain, sans considération d'un quelconque statut personnel qui les soustrairait, par son extranéité, à la règle commune. Le refus d'accorder *a priori* à la loi étrangère le droit de déployer ses effets au sein du territoire du souverain est perçu ainsi comme la légitime protection érigée par l'ordre juridique du for de son intégrité et son indépendance. L'enveloppe publiciste du conflit de lois finit par contaminer la substance privatiste, bousculant, sans la périmér entièrement, la vénérable classification des statuts. La souveraineté/territorialité est donc la matrice des « lois de police » comme de l'exception d'ordre public, sans même que doive être questionnée, lors de cette phase d'élaboration de la théorie, leur éventuelle capacité particulière d'écarter les lois étrangères. Toutefois, si elle fournit la grille de lecture à la lumière de laquelle il est possible de saisir la méthode de résolution prônée par les Hollandais, elle demande à s'éprouver par une mise en

⁴³³ Sur la définition de l'étranger à l'époque des Provinces-Unies et l'importance respective que jouent le *jus soli* et le domicile dans cette délimitation, voir, *supra*, p. 220, note 425.

⁴³⁴ Le problème est, au fond, le même que celui qui se posait aux juristes romains face au *postliminium* et à la condition du citoyen qui, après avoir été fait prisonnier à la guerre, retrouvait, en regagnant sa patrie, la pleine jouissance des droits dont il était titulaire avant sa captivité à l'étranger, comme s'il ne les avait jamais perdus. La loi étrangère et ses effets sont, par conséquent, purement ignorés. Sur cette question, voir Paul-Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^{ème} édition, Paris, 1906, pp. 104-105, Jean IMBERT, *Postliminium, étude sur la condition juridique du prisonnier de guerre en droit romain*, Paris, 1944 et Jean GAUDEMET et Emmanuelle CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^{ème} édition, 2009, p. 176.

pratique et par une confrontation à des cas concrets, qu'ils soient d'école ou jurisprudentiels. Voulant ménager conjointement les susceptibilités souverainistes de chaque ordre juridique et l'extraterritorialité nécessaire au commerce et aux intérêts privés, les Hollandais vont s'interroger sur les conditions auxquelles un Etat se doit, au bénéfice des particuliers et, surtout, de ses propres sujets, de tolérer ou non l'extraterritorialité de la loi étrangère. Chez les Hollandais, l'exception n'entame jamais la vigueur du principe.

CHAPITRE III – L'ÉCOLE HOLLANDAISE : LA TOLÉRANCE ENVERS L'EXTRATERRITORIALITÉ DE LA LOI AU FILTRE DE L'ORDRE PUBLIC : *NECESSITAS, COMITAS ET COMITAS GENTIUM*.

En exaltant au plus haut point les vertus de la souveraineté/territorialité, les juristes de l'École hollandaise n'ignorent pas que la solidité et la cohérence de leurs constructions théoriques dépendent entièrement de la réponse qu'ils sauront donner à une interrogation périlleuse : quelle place accorder, dans un système de pensée si intransigeant, à la nécessaire extraterritorialité de la loi ? Sauf à aboutir à une négation complète du droit international privé et à condamner sans appel tous les échanges et toutes les circulations transfrontières, le principe de souveraineté/territorialité, même interprété de la manière la plus absolue, ne peut manquer de prendre en compte, pour les accepter ou pour les refuser, les effets d'une loi qui lui est étrangère. Soucieux de concilier au mieux les aspects privatistes et les aspects publicistes du conflit de lois, les juristes de l'École hollandaise vont, tour à tour, apporter des réponses différentes à cette question de l'accueil réservé aux effets de la loi étrangère en fonction des postulats et des options méthodologiques, tel l'ordonnement des statuts ou des lois *ab effectu*, qu'ils adoptent en guise de prémisses. L'examen de ces réponses révèle d'abord qu'il ne saurait jamais y avoir qu'une tolérance – de droit ou de fait – vis-à-vis du droit constitué à l'étranger et que l'ordre juridique du for n'abdique jamais son droit strict à imposer sa souveraineté/territorialité au détriment des intérêts privés en cause. Il révèle ensuite que l'histoire de la doctrine hollandaise est également, pour ne pas dire avant tout, celle de l'affermissement et de l'affinement de ces mécanismes de refus que l'ordre juridique local peut, en certaines circonstances, opposer aux statuts ou lois extraterritoriales et, ainsi, aux droits acquis à l'étranger : fraude à la loi, ordre public international, loi de police. Tributaires de leur classification bipartite ou tripartite des statuts, les Ultrajectins envisagent uniquement le mécanisme des lois de police à travers les avatars du statut réel, dont les exigences, en certains cas, conduisent au refoulement de la loi extraterritoriale. Ce statut réel « de police » révèle sa vraie nature à chaque fois qu'il est confronté à la *necessitas* de Christian Rodenburg (Section 1^{ère}) ou à la *comitas* chère aux deux Voet (Section 2^{ème}), qui sont autant de facteurs d'explication de la mise en œuvre de la loi extraterritoriale. Enfin, fraude à la loi, ordre public international et loi de police, à travers la *fraus legis*, s'expriment, sous leur forme définitive, par le biais du troisième axiome de Huber relatif à la *comitas gentium* et, dans l'esprit de l'École hollandaise, ne peut s'analyser autrement que comme un retour au principe de la souveraineté/territorialité, qui est, déjà, en soi une « loi de police » (Section 3^{ème}).

Section 1^{ère}. La *necessitas* de Christian Rodenburg face aux exigences du statut réel.

Le système de solution des conflits bâti par Christian Rodenburg repose tout entier sur la dichotomie entre les statuts réels, qui sont, par essence, strictement territoriaux, et les statuts personnels, qui, *a contrario*, sont appelés à porter leurs effets à l'extérieur des frontières du territoire du législateur. Une telle *summa divisio* suppose, dans l'esprit de l'auteur, que les différentes questions qui se posent à l'occasion d'un conflit soient réparties et résolues par leur rangement dans l'une ou l'autre des classes de statuts. L'essentiel de la méthode qu'il emploie dans son *De jure quod oritur ex*

statutorum vel consuetudinum, discrepantium conflictu de 1653⁴³⁵, consiste alors à traiter au cas par cas les différents conflits qui ont pu - et pourraient - surgir devant les juridictions ultrajectines ou étrangères pour leur donner une réponse qui soit conforme aux principes qu'il défend lui-même dans les chapitres II et III du titre premier de son opuscule⁴³⁶. La classification bipartite qu'adopte Rodenburg, par sa rigidité, mais aussi par son souci de cohérence, le conduit à jeter les fondements d'une théorie de la *necessitas*, qui justifierait l'application extraterritoriale des statuts personnels, dans le respect des souverainetés concernées par cette action transfrontière (§ 1). Mais la mise en œuvre concrète de cette classification bipartite, n'ayant pas manqué de soulever des difficultés que la pratique s'est chargée de trancher, montre que, même dans le système de Rodenburg, le statut réel peut, en certaines occasions, s'imposer comme une évidence née de la souveraineté/territorialité, au détriment de la *necessitas* du statut personnel (§ 2).

§ 1. Le vecteur de l'extraterritorialité des statuts personnels : la *necessitas*.

La démarche de Rodenburg s'inscrit indiscutablement dans la longue tradition statutiste, mais elle n'entend pas moins s'affranchir de l'autorité de ses prédécesseurs, d'Argenté et de Bourgogne. Malgré sa dette à leur égard, l'auteur n'hésite jamais, si le besoin s'en fait sentir, à remettre en cause aussi bien leur méthode que les solutions particulières qu'ils préconisent. De son propre aveu, la lecture de ces auteurs a convaincu le jurisconsulte ultrajectin que la mise en œuvre de la catégorie des statuts mixtes, que ses deux aînés interprètent d'ailleurs chacun de façon très différente, suscitait sans doute autant de difficultés qu'elle ne servait à en résoudre :

... Ce qui montre évidemment que les statuts ne peuvent bien se diviser qu'en deux sortes, savoir, en personnels et en réels, et qu'il n'y en a point de mixtes⁴³⁷.

De même, son expérience en tant que conseiller de la Cour Suprême d'Utrecht, dont il livre de nombreux exemples au cours de son traité préliminaire, lui a très certainement permis de constater que les juges ne faisaient jamais usage, en pratique, d'une troisième catégorie de statut et livraient leurs sentences selon qu'ils considéraient que la question faisant l'objet du litige devait rentrer dans la catégorie de statut réel ou de statut personnel. A cet égard, le système bipartite de Rodenburg apparaît comme une tentative de rationaliser et de théoriser les diverses solutions recueillies auprès des cours de la Province d'Utrecht.

⁴³⁵ Sur Christian Rodenburg, voir, *supra*, la note 335, p. 178. Sur son *Tractatus de jure conjugum* et sur le traité sur le « droit qui naît du conflit entre statuts ou coutumes discordants » qui en forme le préambule, ainsi que sur la traduction française de Louis Boullenois, voir, *supra*, notes 335 et 336, p. 178.

⁴³⁶ Dans le titre premier du *De jure quod oritur...*, le chapitre II traite « de la division des statuts, et quels sont les statuts personnels, quels sont les réels, et s'il y en a de mixtes » et le chapitre III « de l'effet du statut personnel et du statut réel, et de la raison de cet effet, comme aussi du droit qu'il faut observer par rapport aux Loix qui disposent de l'état et de la condition des personnes, non pas en faisant abstraction de toutes autres choses, mais par rapport à certains actes particuliers qui font néanmoins un changement dans l'état de la personne ».

⁴³⁷ Dès la fin du premier chapitre de son titre premier, alors qu'il vient de leur rendre hommage, Christian RODENBURG prend ses distances avec les deux auteurs au sujet du statut mixte et souligne combien leurs conceptions respectives de ce statut sont différentes l'une de l'autre (édition de 1766, pp. 13-14). Il motive ses critiques, plus loin, à la fin du chapitre deuxième, alors qu'il entreprend de justifier son rejet de la catégorie même de statut mixte (édition de 1766, pp. 27-28). Les classifications tripartites des statuts défendues par Bertrand d'ARGENTRE et par Nicolas de BOURGOGNE sont évoquées, *supra*, respectivement, dans le chapitre I^{er} du présent titre, pp. 150-152, et, *infra*, dans le chapitre I^{er} du titre II, pp. 458-466.

⁴³⁷ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, Titre premier, chapitre II *in fine*, édition de 1766, pp. 28 (traduction de Louis BOULLENOIS).

La ligne de conduite qui sert de méthode à Rodenburg repose, *a priori*, sur la double considération de l'objet des statuts et de leur effet – directive qui est, toute entière, concentrée dans les chapitres deuxième et troisième du titre premier de son œuvre. A chacun des deux champs d'application matériels⁴³⁸ – selon que le statut dispose des biens ou des personnes, d'actes réels ou d'actes personnels – répond un champ d'application territorial ou extraterritorial, qui s'imprime au premier de façon quasi indélébile. Or, si un statut peut avoir trois objets distincts, sa portée dans l'espace est contrainte par l'alternative de la territorialité et de l'extraterritorialité, de sorte qu'il ne produit jamais que l'un ou l'autre de ces deux effets. Aussi, après avoir d'abord, dans le deuxième chapitre, distribué les statuts en trois « classes » (*persona, res, actus*), Rodenburg s'emploie ensuite à effacer la dernière en la partageant entre les deux premières :

Ou le statut règle l'état universel de la personne et sa condition, sans faire aucune mention des choses, de manière que les personnes y sont considérées, abstraction faite, et sans aucun rapport aux biens.

Ou le statut règle seulement les choses de manière que le ministère et le concours de la personne n'y sont point nécessaires.

Ou, enfin, le statut permet, défend ou règle ce que la personne peut par rapport à ses biens, de manière qu'il ne saurait y avoir de contravention qu'autant qu'il y a du fait de la personne.

Si la loi dont il s'agit de porter un jugement est faite pour régler ce que l'homme peut, ou ne peut pas faire, il est important de remarquer si elle concerne l'état de la personne, ou même si elle le trouble, ou non.

Au premier cas, il faut ranger cette loi dans la classe des lois personnelles... Au second cas, la nature et la qualité de l'acte prohibé ou permis est seulement à considérer ; de sorte que, si l'acte est réel, telles que sont les aliénations de biens, le statut sera réel ; si l'acte est personnel, tel qu'est le pouvoir de contracter, le statut sera personnel⁴³⁹.

Vient ainsi s'adjoindre aux biens et aux personnes cette tierce classe de statuts, qui réunit ceux qui confèrent une capacité ou une incapacité spéciale à une personne à raison des actes qui concernent ses biens. La classification est alors, en pratique, bipartite, puisque lesdits statuts sont, au bout du compte, réputés réels ou personnels, selon que la permission ou la prohibition relative à l'acte affecte l'état de la personne en vue de la protéger ou si elle s'impose à cette dernière à raison du régime juridique du bien. Pour se déterminer, il semble donc qu'il faille s'en remettre à une analyse de fond des dispositions du statut permissif ou prohibitif et, quoi que s'en défende Rodenburg, que tout dépende de la lecture que l'on fait du « motif de la Loi » et de l'intention du législateur. Prenant l'exemple du statut qui défend au mineur d'aliéner ses biens, Rodenburg incline à les considérer comme réels, en tirant argument de ce que le statut vise principalement les biens,

⁴³⁸ Sans reprendre en détail les principes directeurs du système de Rodenburg, et en nous contentant des seuls éléments nécessaires à notre démonstration, il convient toutefois de préciser ce que l'auteur entend par l'objet du statut : « ... il faut passer à l'examen des principes qui servent à connaître ceux qui doivent être appelés personnels, et ceux qui doivent être appelés (*sic*) réels, et c'est de cet examen que dépend la décision de toutes les questions qui peuvent se présenter. Pour moi, si je ne me trompe, il me paraît qu'il faut se renfermer à considérer le matériel du Statut, la chose qui est dans le Statut (*materia Statuti subjecta*), sans faire attention, ni à la personne à qui la Loi permet ou défend, ni au motif de la Loi, ni même à la personne qu'elle peut avoir eu en vue lors de la défense ou de la permission ; mais qu'il faut considérer simplement la chose qui est comprise dans la prohibition, la permission, ou la disposition de la Loi, et la nature de cette chose », *eod. loc.*, p. 26. Sur la division des statuts de Rodenburg, voir, outre les ouvrages en langue néerlandaise cités *supra* à la note 307, Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, pp. 140-150 et A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet, op. cit.*, pp. 317-322.

⁴³⁹ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, Titre premier, chapitre II, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), pp. 25-26.

mobiliers et immobiliers, du mineur, et non la personne de celui-ci⁴⁴⁰. Tout l'enjeu de l'étude auquel l'auteur procède réside donc en une alternative : les différents statuts qu'il passe en revue appartiennent-ils à la classe des statuts réels ou à la classe des statuts personnels ? Dans la perspective qui est la nôtre, la question est : dans quels cas, lors de ce travail de qualification opéré par l'auteur, le choix du statut réel territorial finit par s'imposer à lui, au détriment du statut personnel extraterritorial, en vertu de considérations liées à l'objectif assumé par le législateur ?⁴⁴¹

Par conséquent, l'économie générale du système rodenburgien réside autant dans le travail de qualification statutiste qu'opère Rodenburg au fur et à mesure qu'il évoque les statuts qui ont pu faire l'objet de conflits que dans les suites qu'il entend tirer de cette qualification. En réduisant son spectre aux seuls statuts réels et personnels, l'auteur s'oblige *a priori* à respecter la liaison objet/effet sur laquelle repose toute sa théorie et, partant, à respecter le déclenchement automatique de l'effet – territorial ou extraterritorial – dès que la qualification – réel ou personnel – a été arrêtée. Ce mécanisme connaît, néanmoins, des exceptions que commande la souveraineté/territorialité, qui vient, en certaines occasions, neutraliser l'extraterritorialité de principe.

Chez Rodenburg, l'extraterritorialité n'a, en théorie, pas moins de force que la territorialité et, sauf les quelques exceptions qu'impose la sauvegarde des intérêts de l'ordre juridique local, il ne semble pas qu'elle soit, d'un strict point de vue juridique, considérée avec défaveur par l'auteur. Sa conception du statut personnel extraterritorial se construit, formellement, en parfait miroir de celle du statut réel territorial. Pour autant, cette équivalence, parfaite en apparence, et renforcée par la présentation très neutre que l'auteur fait des deux types de statuts, ne doit pas faire oublier que les fondements qui leur permettent d'agir sont fort différents et, en vérité, fort inégaux. Rodenburg ne perd pas de vue ses propres principes et rappelle que la souveraineté, seule, commande l'application exclusive d'un statut – qu'il concerne la personne, la chose ou l'acte – à toute situation inscrite dans le territoire. Le rapport d'égalité que le juriconsulte ultrajectin tente d'établir, de prime abord, entre les deux statuts finit par s'estomper dès lors que le statut réel va se charger d'incarner la territorialité de principe et que le statut personnel va endosser le rôle de l'extraterritorialité d'exception⁴⁴².

En effet, comment justifier que les statuts personnels puissent s'étendre sur le territoire étranger, qui relève d'un souverain réputé seul maître chez lui, à l'intérieur de ses frontières ? Si la force du statut réel n'est pas discutée, il n'en va pas de même pour celle du statut personnel. Là où les considérations tenant à la souveraineté/territorialité soutiennent la vigueur et les prétentions du statut réel, le fondement sur lequel s'appuie le statut personnel procède, chez Rodenburg, d'un

⁴⁴⁰ Cette solution ainsi que la méthode qui la sous-tend n'ont pas manqué de soulever les objections passionnées de Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, pp. 140-150, qui s'indigne que les auteurs de l'époque aient pu sciemment tenir pour réel un statut si manifestement personnel et qui y voit l'empreinte d'un réalisme territorial d'inspiration argentréenne sensible à l'intérêt des familles fortunées. Nous persistons, pour notre part, à penser que Rodenburg a eu essentiellement recours à cette classe de statuts pour pouvoir se mettre en conformité vis-à-vis de la jurisprudence de son époque et, ainsi, justifier les sentences qui prenaient parti pour la qualification de statut réel.

⁴⁴¹ Dans certains cas de figure équivoques, c'est-à-dire lorsque la situation implique, en même temps, une chose et une personne, la seule classification par l'objet (classification conceptuelle) ne suffit plus à trancher la question : elle doit être complétée par un recours à la classification *ab effectu* (classification fonctionnelle), qui, en prenant, pour critère le champ d'application territorial, conduit nécessairement à s'interroger sur les conséquences que tel ou tel choix peut produire sur les différents ordres juridiques en cause. Certaines des réponses qu'apporte Rodenburg démontrent, précisément, que la considération de l'effet peut l'emporter sur la considération de l'objet. Or, la loi de police manifeste, par excellence, la primauté de la classification fonctionnelle sur la classification conceptuelle. Ulrich Huber en tirera, quelques décennies après, les conclusions qui s'imposent en abandonnant la seconde au profit exclusif de la première : voir, *infra*, pp. 293-296.

⁴⁴² Sur le territorialisme absolu qui caractérise la doctrine de Rodenburg, voir, *supra*, pp. 178-183.

motif qui, sans répudier complètement la souveraineté, donne sa part à l'*utilitas privatorum*. Il s'en explique dans son chapitre troisième, alors qu'il vient d'exposer le principe de la territorialité absolue du statut réel :

Quelle est donc la raison pour laquelle les statuts personnels s'étendent au-delà de leur territoire ? L'on sent que c'est la nature même de la chose et la nécessité (*ipsa rei natura ac necessitas*) qui exigent que, lorsqu'il s'agit de déterminer l'état et la condition des personnes, il n'y ait qu'un juge qui doit être celui du domicile, à qui ce droit puisse appartenir : car, étant nécessaire que l'état de l'homme soit réglé et déterminé par les lois d'un seul lieu, et que ce lieu soit certain et fixe, c'est avec beaucoup de sagesse qu'il a été résolu que ce lieu serait celui de son domicile, parce qu'il serait absurde, et qu'il y aurait une vraie contradiction, que l'homme changeât d'état et de condition chaque fois qu'il arriverait dans un pays, soit par mer, soit par terre, de manière que, presque en même temps, il serait majeur et maître de ses droits dans un lieu, et sous la puissance d'autrui dans un autre. La femme en même temps serait et ne serait pas sous la puissance de son mari. Un homme serait regardé comme un prodigue dans un lieu, et comme bon ménager dans un autre : d'ailleurs, il résulterait de là que la personne ne serait attachée à aucun lieu certain, tandis que les biens fonds ont une assiette fixe, sans qu'il puisse en résulter aucun inconvénient. C'est donc avec beaucoup de sagesse que l'on a réglé que la personne recevrait son état et sa condition du lieu de son domicile. Les anciens Législateurs ont parfaitement connu le génie des hommes à qui ils commandaient, et la portée de leur esprit, et ils ont été en état de déterminer qui étaient ceux d'entre eux qui avaient besoin de l'autorité d'autrui pour gérer leurs affaires, et les occasions où ils en avaient besoin : lors, donc, que, par rapport à des biens situés dans un autre lieu que son domicile, ou par rapport à des actes passés ailleurs, il sera question de faire valoir la qualité et la condition de la personne, pour lors, l'autorité de la loi du domicile qui fixe cet état, s'étendra indirectement, et par conséquence, au-delà du territoire du statut, n'étant pas extraordinaire que ce qui ne serait pas permis directement et expressément le devienne indirectement, et par conséquence...⁴⁴³

En suggérant que l'extraterritorialité du statut personnel ressortit à la « nature même de la chose » et qu'elle est le fruit d'un long usage qui l'a consacrée comme une règle à part entière, Rodenburg tente de mettre un nom – *necessitas* – sur une pratique qui tend à voir dans le juge et dans la loi du domicile d'origine les seuls compétents à connaître de l'état et de la condition d'une personne :

1^o S'en remettre à la *necessitas*, c'est admettre, tout d'abord, qu'il n'y a, *a priori*, aucune obligation juridique qui fonde l'extraterritorialité d'un statut. En effet, l'auteur part du constat que le caractère ambulatorio d'une personne amène souvent celle-ci à changer de lieu selon les besoins de ses affaires et, par conséquent, à passer d'une souveraineté à une autre par le simple franchissement des frontières. Or, le cloisonnement strict des ordres juridiques repose sur l'idée que ceux-ci, *de jure*, exercent leur *jurisdictio* sur chaque personne qui traverse son territoire, y compris en ce qui regarde son état et sa capacité. La mobilité présente donc ce grave inconvénient – cette « absurdité » – de faire varier le statut d'une personne au gré et au hasard de ces déplacements, créant ainsi des situations boiteuses qui causeraient grand tort aux affaires des particuliers et à leur commerce. Ne pouvant attendre des Etats qu'ils baissent pavillon devant une loi étrangère, Rodenburg s'appuie dès lors sur la *necessitas* et, donc, sur la grande commodité que trouveraient non seulement les sujets de droit, mais également les juges à pouvoir se référer à une loi fixe et immuable, et non perpétuellement changeante. La mise en œuvre de cette *necessitas facti* est donc fonction du degré de sévérité ou de tolérance dont chaque Etat entend faire preuve par considération envers les intérêts

⁴⁴³ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre premier, chapitre III, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), pp. 147-148.

privés⁴⁴⁴. Tentant de trouver un juste équilibre entre la dimension publiciste et la dimension privatiste du conflit de statuts, qui apparaissent ici en contradiction l'une vis-à-vis de l'autre, Rodenburg prend ainsi nettement position en faveur de la seconde.

2° S'en remettre à la *necessitas*, c'est également reconnaître la souveraineté que garde, en toutes circonstances, le *judex* du domicile d'origine vis-à-vis de son sujet. La première explication avancée pour justifier cette *necessitas* tient à ce pouvoir de *jurisdictio* qu'exerce ce juge, en qualité de juge naturel⁴⁴⁵ : « lorsqu'il s'agit de déterminer l'état et la condition des personnes, il n'y ait qu'un Juge qui doit être celui du domicile, à qui ce droit puisse appartenir ». En effet, à la différence des biens assis en un lieu à perpétuelle demeure, le critère de localisation objective de la personne ne se dévoile pas avec la même évidence, en raison, précisément, du caractère ambulatoire de celle-ci. Or, la démarche statutiste impose de fixer le *locus* de la personne, dans la mesure où cela conditionne le déclenchement du statut, ainsi que les effets qui y sont attachés⁴⁴⁶. De l'aveu même de l'auteur, pour pallier les incertitudes que causerait une personne qui passerait d'un pays à un autre, il doit lui être assigné, par la seule force de l'usage, une « assiette fixe », « un lieu certain » qui constituerait le siège de son statut personnel et permettrait ainsi de faciliter le travail des juges dans leur recherche de la loi applicable. Ainsi que le conclut le premier paragraphe, « c'est donc avec beaucoup de sagesse que l'on a réglé que la personne recevrait son état et sa condition du lieu de son domicile. »

Le deuxième temps de la démonstration, pour sa part, s'attache à définir l'étendue extraterritoriale du statut personnel que véhicule cette *necessitas*. Par un raisonnement symétriquement inverse de celui qui caractérise le statut réel, le statut personnel ne se contente pas de se renfermer dans les limites du territoire. Il est admis à porter ses effets au-delà desdites limites, par déférence pour la compétence du juge et de la loi du domicile. Pour autant, dans un système d'esprit territorialiste, le statut personnel se heurte aux contraintes qu'impose le fonctionnement en vase clos des ordres juridiques. De manière significative, Rodenburg part du principe que ce cloisonnement est suffisamment fort pour interdire à la loi du domicile de venir disputer à la *jurisdictio* locale sa compétence exclusive à l'intérieur du périmètre de sa domination. C'est en ce sens qu'il considère qu'il ne peut être donné effet *directe et expressim* (« directement et expressément ») à la loi du domicile par la seule vertu de ses dispositions. Si cette loi doit être

⁴⁴⁴ Eduard-Maurits MEIJERS, dans son « Histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 665-666, est certainement l'un des premiers à avoir perçu la distinction qu'il fallait opérer entre la *necessitas facti* avancée par Rodenburg et la *necessitas juris*, qui est celle-là même que les Voet combattent en lui opposant la *comitas*. Sur cette *comitas*, voir, *infra*, pp. 184-205.

⁴⁴⁵ Sur la notion de juge naturel, essentiellement étudiée en droit français, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil : contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1964, et Marjorie DUPUIS-BERRUUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, 2012.

⁴⁴⁶ Cette démarche statutiste se vérifie en matière mobilière et se rapproche de celle qui prévaut en matière d'état et de condition des personnes. Répondant à de Bourgogne qui voyait dans le statut interdisant au mineur d'aliéner ses biens un statut « mixte », mélangé à la fois de personnel, en ce qu'il regardait les meubles, soumis à la loi du domicile et donc de portée extraterritoriale, et de réel, en ce qu'il comprenait les immeubles, régis par la territorialité de la *lex rei sitae*, Rodenburg n'y voit rien d'autre que des biens indistinctement fixés au lieu du domicile et tous gouvernés par le statut réel de leur lieu de situation. Dans le *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre premier, chapitre II, p. 28, il s'en explique en ces termes : « Ce n'est pas parce que le Statut est personnel que les meubles de ce mineur y sont soumis, mais parce que, les meubles n'ayant point de situation fixe, nous leur en présupposons dans le lieu du domicile de la personne à qui elles appartiennent. C'est pourquoi, quelque chose que le Juge du domicile entreprenne d'ordonner touchant les meubles, il ne faut pas dire que le Statut du domicile s'étend hors de son territoire, en ce que le Statut aura lieu sur les meubles qui sont ailleurs, ni même que ce Statut soit personnel ; mais il en faut plutôt conclure que ce Juge a droit d'en ordonner, parce que les meubles sont présumés avoir leur situation dans le lieu du domicile » (traduction de L. BOULLENOIS). Par cette présomption, qui est directement liée à la compétence du *judex domicilii*, Rodenburg prend fait et cause pour la localisation fictive des meubles au lieu du domicile.

accueillie par l'ordre juridique du for, c'est parce que ses effets sont destinés à se produire *indirecte et per consequentiam* (« indirectement et par conséquence »). Ce laissez-passer ne doit rien à la force positive de la loi étrangère en tant que règle de droit, mais doit tout à la *necessitas* et se conçoit dans deux cas de figure : soit parce que la partie ou les parties étrangères au contrat se prévalent de leur état et de leur qualité à raison des actes qu'elles passent⁴⁴⁷, soit parce qu'en phase contentieuse, les effets du statut personnel sont dûment reçus, appréciés et approuvés par le juge du for. Dans la majeure partie des cas où un statut est tenu pour personnel, la force de la *necessitas* s'impose aux parties ou au juge en raison de l'*utilitas privatorum*. Mais le juge du for ne se départit jamais de sa faculté d'appréciation sur la teneur de la loi étrangère : le statut qui fixe l'état et la condition d'une personne à raison d'un acte relatif à ses biens doit-il être qualifié de personnel ou de réel ? Ainsi, la mise en œuvre du statut extraterritorial étranger repose donc sur la sensibilité de chaque ordre juridique, appelé à juger si l'état et la condition reconnue à un ressortissant étranger est acceptable au regard des exigences qu'il impose à ses nationaux. Dans un système bipartite comme celui de Rodenburg, le juge n'a, s'il estime le statut personnel étranger trop exorbitant, d'autre solution que faire prévaloir le statut réel.

Afin de concilier la force du principe territorial et l'extraterritorialité du statut personnel que réclame l'égard dû à celui-ci, Rodenburg fait ainsi appel aux vertus de la *necessitas facti*, qui, sans contrevenir à l'absence d'obligation juridique imposée aux Etats de plier devant des souverainetés étrangères, les invite à reconnaître la double compétence du juge et de la loi du domicile⁴⁴⁸. L'état et la condition d'une personne sont ainsi « localisés » au lieu de son domicile d'origine⁴⁴⁹. Le travail de

⁴⁴⁷ La même faveur pour l'extraterritorialité de la loi personnelle se reflète dans l'opinion défendue par Rodenburg en matière contractuelle : selon lui, il est de l'obligation de chacune des parties de s'informer de la condition de celle avec laquelle il contracte. Ainsi, dans le *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre premier relatif aux statuts personnels, édition de 1766, p. 200 : « ... de quelque manière que vous posiez l'espèce, c'est aux contractants de prendre garde quelle est la disposition de la Loi du domicile de chacun d'eux, et quelle est la qualité et la condition que cette Loi leur donne et leur imprime : car ce sont de ces choses que tout homme qui contracte avec un autre doit être pleinement instruit. C'est pourquoi un Habitant de Hollande, mineur dans le lieu de son domicile, mais majeur à Utrecht, ne contracte pas valablement à Utrecht » et, titre second, chapitre V sur les statuts réels qui règlent la substance de l'acte, ou de la disposition, paragraphe XVI, édition de 1766, p. 688 : « Tout le monde sait que celui qui contracte avec un autre n'est pas présumé ignorer, et même doit savoir la condition de celui avec qui il contracte » (traduction de L. BOULLENOIS).

⁴⁴⁸ A cet égard, nous ne rejoignons pas les auteurs qui déduisent de la *necessitas* une obligation juridique pour le juge du for d'appliquer la loi du domicile en qualité de statut personnel et qui y voient, par conséquent, une *necessitas juris*. Pour cela, il faudrait absolument que cette loi s'impose au juge du for *directe et expressim*. Or, pour Rodenburg, la *necessitas* est d'abord le facteur d'explication qui permet de comprendre pourquoi une loi peut, en certains cas, par dérogation, porter ses dispositions au-delà de son périmètre habituel d'application ; en aucun cas, elle n'entend signifier que la loi du domicile s'impose *de jure* au juge du pays où elle est destinée à produire ces effets. L'auteur lui-même, par ses formulations, montre bien qu'il ne s'agit, au fond, que d'une question de souverainetés, la souveraineté du juge (et de la loi) du domicile en matière personnelle se confrontant à la souveraineté de l'ordre juridique du for.

L'argumentation de ceux qui voient dans la *necessitas* une *necessitas juris* repose, pour l'essentiel, sur un passage de la controverse qu'a engagée Abraham VAN WESEL (1635-1680), dans son *Commentarius ad Novellas Constitutiones Ultrajectinas*, paru à Utrecht en 1666, à l'encontre de la *comitas* de Paul Voet. A l'occasion du commentaire qu'il donne de l'article 13 des *Constitutiones Ultrajectinae*, et, plus particulièrement, de la question de l'interdiction du prodigue, il considère, à l'inverse de Voet, que l'extraterritorialité de la règle *Locus regit actum* est *certissimi juris*, sans qu'il soit fait mention, dans ce passage, de Christian Rodenburg, dont il est par ailleurs un admirateur (*op. cit.* édition d'Amsterdam, 1701, paragraphe 28, p. 174). Contrairement à l'*opinio communis*, nous dirons qu'il s'agit là davantage de l'opinion personnelle de van Wesel que celle de Rodenburg, qui livre, à ce sujet, une opinion nettement plus mesurée.

Sur van Wesel et la controverse qui l'oppose à Voet, voir, *supra*, p. 186, note 352. Sur la *necessitas juris*, voir R. D. KOLLEWIJN, *Geschiedenis*, *op. cit.*, pp. 64-65, et A. B. EDWARDS, *The Selective Voet*, *op. cit.*, pp. 333, note 114 (et références), 347 et 382, note 349 (et références).

⁴⁴⁹ Sous la plume de Rodenburg, la *necessitas facti* ne se cantonne pas au seul statut personnel : c'est également sur son autorité que se fonde l'argumentation en faveur de l'extraterritorialité inhérente à la règle *Locus regit actum*. Voir *infra*, pp. 234-243.

qualification bipartite auquel procède Rodenburg est conditionné par cette légitimité que confère la *necessitas* à l'extraterritorialité des statuts personnels. Au premier abord, tout statut semble être destiné à intégrer soit la classe des statuts personnels, soit la classe des statuts réels, sans qu'il y ait de catégorie intermédiaire. De ce point de vue, l'auteur tente de trouver le point d'équilibre entre les deux types de statuts, sans paraître favoriser l'un plus que l'autre. Mais cette légitimité du statut personnel n'est pas sans failles et présente une certaine fragilité face aux exigences du statut réel, l'obligeant à s'incliner devant celui-ci. Derrière ces exigences, ne se fait pas sentir uniquement la pression exercée par l'intérêt des familles et leur attachement pour leur fortune immobilière : c'est aussi, en certains cas, toute une organisation sociale et économique qui prétend, en toute indépendance, contrôler, seule, les situations particulières qui sont marquées de l'empreinte d'une loi étrangère.

§ 2. La restriction du champ d'application de la *necessitas* : l'impérativité du statut réel.

La démarche de Rodenburg repose sur une répartition stricte des statuts, selon leur « matériel » et leur effet dans l'espace, qui le conduit à distinguer et à traiter séparément statuts personnels et statuts réels. Les hypothèses dans lesquelles la *necessitas* est conviée à s'incliner devant les exigences de la réalité devraient alors s'avérer plutôt rares. Néanmoins, il arrive que la capacité d'accueil de la souveraineté locale rencontre ses limites et qu'un statut ne puisse pénétrer sur le territoire, alors même que tout semble indiquer, si l'on suit les directives de qualification de Rodenburg, qu'il s'agisse bien d'un statut personnel. Par définition, de telles figures complexes mettent à mal la cohérence de sa méthode et, partant, l'équilibre des intérêts privés et publics qu'il cherche à respecter dans sa dichotomie des statuts. Par conséquent, seule l'étude casuistique des justifications avancées par le juriconsulte ultrajectin pour soutenir la cause du statut réel peut nous mettre en mesure de déterminer dans quel cas les motifs de protection de l'ordre juridique – en un mot, d'ordre public – ont pu influencer en faveur de la territorialité. En effet, l'utilité du statut réel ne réside pas uniquement dans le régime des biens, mais se dévoile également à chaque fois que l'extraterritorialité d'un statut, personnel ou non, menace de mettre en péril un ordre public, le plus souvent de nature immobilière. C'est ce que révèle la pratique des tribunaux, qui fournit, presque entièrement, le matériau nécessaire aux réflexions de Rodenburg. Ce dépôt laissé par la jurisprudence montre assez combien les juridictions d'Utrecht sont attachées à la protection que confère le droit de la ville ou de la province aux biens situés sur leur territoire. Il n'est donc guère étonnant de trouver, parmi les statuts concernés, des statuts prohibitifs – de l'aveu même de l'auteur – qui, s'enfermant dans les limites du territoire municipal ou provincial, s'appliquent aux étrangers qui y possèderaient des biens⁴⁵⁰. A l'inverse, les statuts étrangers qui souffriraient d'être

⁴⁵⁰ En ce qui concerne la province d'Utrecht, la force que peut prendre cet empiètement du statut réel sur le statut personnel va jusqu'à, dans certains cas, s'appliquer aux seuls habitants de la province, en épargnant les ressortissants étrangers. Tel est le cas de la capacité testamentaire du mineur d'Utrecht, qui, à l'époque où écrit Rodenburg, en 1653, est réglée, faute de disposition spéciale, sur les règles du droit romain, soit quatorze ans pour les garçons et douze ans pour les filles. Cette solution suscite de vives critiques de la part des juristes, qui estiment, comme l'auteur, que des mineurs aussi jeunes n'ont pas le discernement nécessaire pour des actes aussi graves. Ainsi, dans le long développement qu'il consacre à la question dans son *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre , paragraphe VII, Rodenburg lui-même procède sciemment à un véritable changement de qualification : «... Cette Loi fixant l'âge et la capacité de la personne paraît être faite pour affecter la personne et diriger son état, et, par conséquent, (...) cette capacité de la nature dont elle paraît s'étendre partout ; mais, au contraire, il faut dire que cette Loi est pure réelle, en ce qu'elle n'est pas faite pour régler l'état et la condition de la personne, mais bien pour régler les dispositions et aliénations que l'on peut faire des choses, et cela pour le cas seulement du testament ; et, par conséquent, cette Loi est

trop permissifs au regard des valeurs défendues par l'ordre juridique du for s'exposent à se voir ainsi sanctionnés, en ce qu'ils soulèvent par ailleurs le risque d'une fraude à la loi. Les questions de droit qui agitent cette dialectique entre l'extraterritorialité du statut, personnel ou non, et l'impérativité du statut réel touchent ainsi à des domaines divers, au nombre desquels figurent les solennités testamentaires, qui prennent, à Utrecht, les atours d'un particularisme local sous la forme des lettres d'octroi (A.) et les rapports patrimoniaux entre époux, quand ils prennent la forme d'une libéralité testamentaire (B.).

A. Les solennités testamentaires et les lettres d'octroi.

Les solennités testamentaires appartiennent à cette troisième classe de statuts qui prend place à côté de ceux qui sont directement personnels et réels par leur objet, à savoir :

... ceux qui règlent les Actes où le ministère de l'homme est nécessaire, soit en défendant ces Actes, soit les assujettissant à certaines règles particulières, de manière à ce que l'homme ne peut contrevenir à ces Statuts qu'autant que, de sa part, il se passe quelque acte... On peut l'examiner sous deux branches différentes : ou il s'agit de la forme et solennité d'un acte, ou de la matière et de la substance même de la chose dont on dispose (j'entends parler des dispositions testamentaires, et non pas des actes entre vifs)...⁴⁵¹

A cette classe de statuts qui regardent la « forme et solennité d'un acte » de dernière volonté, Christian Rodenburg consacre le chapitre III du titre second de son ouvrage, afin de déterminer le statut appelé à régir les formalités inhérentes à un tel acte. Parce qu'elle touche à la succession testamentaire et parce qu'elle met aux prises la volonté du testateur avec l'ordre familial et social dans lequel son patrimoine s'insère, la question est sans doute l'une de celles qui ont le plus mobilisé les efforts de la doctrine et qui ont, *in fine*, amené la jurisprudence à se prononcer entre les deux partis qui s'affrontaient à ce sujet. A l'époque où écrit Rodenburg, la règle en la matière est désormais bien installée tant en doctrine qu'en jurisprudence, qui donne ainsi compétence au lieu de confection du testament, sur le fondement de la maxime *Locus regit actum*⁴⁵².

limitée et toute renfermée à cette manière unique d'aliéner, et nous avons dit plusieurs fois que de pareils Statuts étaient des Statuts réels » (édition de 1766, p. 668-670, traduction L. BOULLENOIS). Désireux de remédier aux inconvénients d'un statut si manifestement personnel, l'auteur préfère encore le réputer réel et n'en tolérer les effets que sur les seuls biens situés sur le territoire d'Utrecht. D'après Rodenburg, l'une des conséquences en est que les clauses du testament qui disposeraient des biens situés dans un pays étranger, là où la majorité testamentaire serait fixée à un âge plus avancé, seraient invalidées. Ainsi, le caractère jugé trop permissif par les Ultrajectins eux-mêmes de cette minorité de droit romain entraîne en réaction sa qualification de statut prohibitif et, pourrions-nous dire, de statut prohibitif « odieux », non au regard du droit romain, mais par comparaison avec le reste de la communauté juridique internationale (comme les coutumes de Paris, de Malines ou du Poitou, citées par Rodenburg). Ce régime fut définitivement aboli et remplacé par une loi de 1659, « l'Ordonnance Decisoir », qui fixe l'âge testamentaire à dix-huit ans pour les garçons et seize ans pour les filles : sur cette question, voir Hans ANKUM, « Etudes sur le statut juridique des enfants mineurs dans l'histoire du droit privé néerlandais à partir du treizième siècle : testaments et procédures civiles des mineurs », IV A, 2 et 3, *TVR*, 1979, vol. 47, § 2, n°62, pp. 295-298.

Si, en l'occurrence, le cas n'implique pas des ressortissants étrangers assujettis au statut réel, le raisonnement qui est tenu en l'espèce est le même que celui qui est mis à l'œuvre dans les exemples que nous allons étudier.

⁴⁵¹ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre III, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), pp. 414-415. Sa réflexion, commencée dans ce chapitre III relatif aux solennités, se prolonge dans un chapitre IV entièrement consacré à « la permission requise pour tester dans la province d'Utrecht » et, partant, aux lettres d'octroi, sous la forme d'un aparté que Rodenburg juge nécessaire de traiter à part. Enfin, « la matière et la substance même de la chose dont on dispose » qu'évoque l'auteur dans l'extrait ici rapporté font l'objet du chapitre V de ce même titre, chapitre dédié aux « Statuts réels qui règlent la substance de l'acte, ou de la disposition ».

⁴⁵² Au soutien de la règle *Locus regit actum*, Rodenburg cite un certain nombre d'auteurs français, néerlandais et

La justification traditionnelle invoquée au soutien de cette règle est qu'elle assure une meilleure sécurité juridique au testateur et à ses héritiers institués : la validité du testament s'étend ainsi en tous lieux, sans assujettir le testateur à l'obligation de faire autant de testaments qu'il n'y a de lieux de situation de ses biens, comme l'y contraindrait la règle de la *lex rei sitae*. Considérer que « le lieu gouverne l'acte », c'est manifester une faveur à la liberté testamentaire, un respect marqué de la volonté du testateur, préservée dans son unité, un égard certain pour les héritiers institués qui ne seront soumis qu'aux termes d'un seul acte⁴⁵³. Cette prise en compte des intérêts privés, au détriment des intérêts des choses du sol, détermine l'extraterritorialité reconnue au testament, qui, valable selon les formalités du lieu où il a été dressé, l'est dès lors partout.

Un tel argument, tiré de *l'utilitas privatorum* et, de surcroît, adoubi et conforté par tant d'autorités doctrinales et jurisprudentielles, est suffisamment fort pour emporter l'adhésion de Rodenburg⁴⁵⁴. Mais ce ralliement ne s'effectue pas sans réserve, ni concessions. La raison s'en comprend fort aisément, car l'extraterritorialité induite par la mise en œuvre de *Locus regit actum* s'ajuste bien mal aux canons de la théorie statutiste du jurisconsulte ultrajectin. Son inclination pour la territorialité s'accommode malaisément de devoir admettre qu'un acte de disposition, relatif aux biens et porteur de droits réels, puisse bénéficier de la sorte de l'extraterritorialité, alors même que lui-même avait posé en principe qu'un tel acte ne pouvait jamais qu'être assujéti à un statut réel. La difficulté met aux prises, d'une part, l'extraterritorialité de la règle *Locus regit actum*, et de l'autre, la qualification de statut réel qu'il appose sur le statut réglant les formalités du testament. L'économie de son système peut-elle ainsi souffrir, sans dommages, de ce qu'un statut considéré comme réel puisse ainsi porter ses effets hors de son territoire ?

Pour tenter de conserver ses appuis malgré une position aussi malaisée, Rodenburg va tenter de trouver un juste équilibre. Sans remettre en cause son parti pris en faveur de *Locus regit actum*, il prend le lecteur à témoin de son embarras face à la force des « thèses réalistes » en ces termes :

Cependant, pour parler vrai, personne n'a droit de donner, ni de rien statuer pour des biens qui sont sujets à des lois contraires, et aucun Législateur ne peut entreprendre d'assujéti l'aliénation de ces biens à la forme particulière qu'il a prescrite ; et, si cela arrivait, qui pourrait nier que, dans ces cas, ce serait étendre son autorité et commander hors de son territoire ?⁴⁵⁵

allemands (*eod. loc.*, pp. 415-417). Parmi les Français, la plupart sont des arrêtistes, comme Claude d'Expilly, Guy Pape, Gérard de Maynard... Plus remarquable encore est la référence qu'il fait à un arrêt du Parlement de Paris du 31 mai 1566, rapporté par René CHOPPIN, dans le livre II, titre IV, n°2 de ses *Commentaires sur les coutumes de la prévosté et vicomté de Paris*, en ces termes : « Aussi le Parlement de Paris, par Arrest prononcé le dernier jour de mai 1566, peu devant la Pentecoste, a jugé, conformément au testament d'un homme passant pays, qu'il avait fait en un village où il tomba malade, selon la Coustume du pays dans lequel est ledit village, encore que par la Coustume de son domicile et de l'assiette de ses biens il fût requis d'y observer d'autres solennités » (voir, à son propos, Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, p. 353).

⁴⁵³ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre III, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), p. 416.

⁴⁵⁴ Celui-ci donne tort aux auteurs qui ont pris le parti « d'embrasser un parti contraire » à la règle *Locus regit actum*, au nombre desquels il place Cujas et, surtout, de Bourgogne : « Celui-ci, plus jaloux encore de son avis que tous les autres, a assujéti le Testateur à observer les formalités de chacun des Lieux où les biens sont situés ; mais les raisons que les uns et les autres allèguent ne sont pas assez puissantes pour abandonner un parti que tout le monde a suivi jusqu'à présent, et qui est appuyé de l'autorité des choses jugées » (*eod. loc.*, p. 415). Cependant, cette critique ne signifie pas que, aux yeux mêmes de Rodenburg, la *lex rei sitae* ait perdu tout titre à s'appliquer, ainsi que nous allons le voir ci-après.

⁴⁵⁵ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre III, paragraphe I, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), pp. 415-416.

Pour garder la balance entre extraterritorialité et territorialité, entre intérêts du testateur et intérêts tenant à l'organisation foncière de chaque Etat, Rodenburg s'explique alors sur la raison qui l'a conduit à préconiser l'application de la règle *Locus regit actum* au détriment de la *lex rei sitae*. Cette raison se tire de la *necessitas facti*, qu'il invoquait déjà au soutien de l'extraterritorialité des statuts personnels, et qui présente l'avantage de justifier la localisation objective du testament pris dans sa dimension formelle. Cette *necessitas*, qui constitue en quelque sorte une dérogation à la souveraineté/territorialité des statuts, suffit à tenir en échec l'exclusivité que chaque législateur prétend exercer en ce qui concerne le sort des biens qui sont situés sur son territoire :

C'est pourquoi on a trouvé qu'il était de l'intérêt de tous les hommes qui ont des biens dans différents endroits que le testament fait suivant les formalités du lieu où l'on teste eût une pleine exécution. Il faut donc se ranger du parti de ceux qui, déterminés par une sorte de nécessité et un motif de bien général, ont embrassé ce dernier sentiment... Quant à ceux qui croient que cette décision peut être soutenue comme un droit ordinaire, c'est à eux à voir s'ils pourraient défendre ce parti.⁴⁵⁶

C'est pourquoi il faut dire que la décision de la question se prend des raisons que nous venons de proposer, et que le motif de la nécessité, d'une part, et de la grande faveur des testaments, d'autre, a voulu qu'encore que par la voie des testaments, on aliène, ainsi que par les actes entre vifs, et que, par cette raison, il faille ramener les testaments aux lois du lieu où les biens sont situés, il suffit néanmoins de les avoir faits selon les loix du lieu où ils se passent.⁴⁵⁷

En retenant comme fondement de l'extraterritorialité de la règle une simple *necessitas facti*, et non une *necessitas* basée sur le *jus ordinarium*, Rodenburg cherche ainsi à réconcilier les intérêts divergents, publics et privés, qui s'affrontent⁴⁵⁸. La solution qu'il défend, pour embarrassée qu'elle soit, a au moins le mérite, par rapport aux principes qui guident son système, de ménager la susceptibilité des Etats destinés à accueillir les effets d'un acte né ou créé en souveraineté étrangère, et ce afin d'éviter qu'une réaction trop rigoureuse de leur part ne nuise à l'*utilitas privatorum*. Mais elle témoigne tout autant de la forte impression qu'a exercée sur lui les arguments avancés par d'autres auteurs comme Nicolas de Bourgogne qui, malgré l'opinion majoritaire, tiennent pour l'application, au fond comme à la forme du testament, de la *lex rei sitae*. S'il accepte de se rallier à *Locus regit actum*, c'est davantage par égard à une tradition bien installée, qu'il n'entend pas remettre en cause, que par volonté de porter atteinte à l'empire de la *lex rei sitae*. En effet, Christian Rodenburg n'en demeure pas moins convaincu que le statut relatif aux solennités du testament est bel et bien un statut réel, malgré l'exception d'extraterritorialité que porte en elle la règle de conflit communément admise :

... La qualité de la personne ne fait rien à la chose : elle y ferait si ces statuts qui concernent les solennités étaient personnels, afin qu'il n'y eût que le sujet qui en jouit, et non l'étranger ; mais, au contraire, il est certain que ces statuts sont purs réels : car quiconque veut aliéner une chose, soit qu'il soit citoyen ou étranger, il est nécessaire qu'il se conforme à la formalité du lieu où les biens sont situés.⁴⁵⁹

C'est donc tout naturellement qu'il se range ainsi parmi ceux qui considèrent que la règle

⁴⁵⁶ *Ibidem*, pp. 416-417.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, paragraphe II, p. 417.

⁴⁵⁸ Sur la distinction *necessitas juris/necessitas facti*, voir, *infra*, pp. 249-250.

⁴⁵⁹ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre III, paragraphe II, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), p. 417.

Locus regit actum n'a jamais qu'un caractère facultatif, qui autorise le testateur à user des formalités, soit du lieu où l'acte est passé, soit du lieu où ses biens sont situés, conformément à l'*utilitas* qu'il peut en retirer⁴⁶⁰.

Parce que le poids des autorités doctrinales et jurisprudentielles qui soutiennent *Locus regit actum* ne suffit pas à lui conférer un caractère impératif et parce que cette règle n'est, en somme, qu'une dérogation au statut réel censé régir les solennités de l'acte, il peut arriver qu'un conflit s'élève en raison de dispositions particulières à l'ordre juridique du for en matière de testament qui font obstacle à la *necessitas*. C'est en cela que les lettres d'octroi, qui constituent, précisément, une formalité testamentaire propre à la province d'Utrecht, soulèvent un certain nombre de doutes que Rodenburg doit s'employer à lever dans les chapitres III et IV de son titre deuxième. La nature et le régime de ces *litterae licentiae* permettent de voir dans ses solennités les contours d'un statut permissif relatif à la solennité :

Mais il s'est élevé un doute chez nous sur ce [qu'il n'est] pas permis de tester sans avoir obtenu pour cela des Lettres d'octroi, par lesquelles on accorde la permission de tester de tous biens situés dans la Seigneurie d'Utrecht..., et cela en présence d'un notaire et de deux témoins, ou par-devant le juge du lieu de la situation des biens..., lesquelles Lettres d'octroi doivent contenir la clause précise que les testaments vaudront devant un notaire et les témoins de la même manière que s'ils avaient été faits... devant le juge de la situation.

Le point de la difficulté consiste à savoir si l'impétration de ces lettres, à l'effet d'obtenir une permission de disposer de la manière comprise dans les lettres, qui est beaucoup plus facile que l'ancienne dont ces lettres dispensent [comprendre : obligeant le disposant à tester uniquement devant le juge de la situation], appartient à la solennité de la disposition ; ou si ces lettres sont nécessaires pour habiliter la personne, comme si personne n'avait la capacité de tester qu'en obtenant ces sortes de lettres ; et voici ce qui peut prouver qu'elles appartiennent à la solennité seulement, qui est qu'aujourd'hui, parmi nous, il est loisible de tester sans ces lettres, par-devant le juge de la situation ; et nous avons plusieurs exemples de ces testaments dans le greffe de la ville, d'où il semble nécessaire de dire que ces lettres nous dispensent, soit des solennités du Droit romain, soit de celles de la ville municipale ; en sorte qu'on n'est point obligé de tester, ni par-devant le juge de la situation, qui est une solennité de nos mœurs, ni en présence de sept témoins, qui est la solennité du Droit romain.⁴⁶¹

Malgré les tournures parfois sibyllines de l'auteur qui n'aident pas toujours à une claire intelligence de ce particularisme local, les lettres d'octroi se comprennent comme une formalité

⁴⁶⁰ *Ibidem*, pp. 417-418. L'auteur accorde, en la matière, une très grande importance à cette *utilitas privatorum*, qui est de nature à favoriser la pratique testamentaire. C'est elle également qui légitime le choix qui s'offre au testateur entre l'application de la règle *Locus regit actum* et les formes prévues par la *lex rei sitae* : « c'est pourquoi, si quelqu'un ne veut pas se servir de ce qui a été admis pour lui faciliter le moyen de tester, parce qu'il lui est plus aisé encore de tester suivant les Lois de la situation des biens, je ne vois pas ce qui pourrait empêcher la validité de ce testament : car, ni aucune raison de droit, ni même l'équité ne permettent pas que ce qui a été admis sagement pour l'utilité des hommes (*pro utilitate hominum*) fût interprété durement, et sévèrement employé contre leurs propres intérêts, comme le dit la loi *Nulla juris* du Digeste (D., 1.3.25) » (*eod. loc.*, p. 418). De surcroît, non content de proposer, en guise d'alternative, les formes testamentaires de la loi du lieu de situation, Rodenburg estime qu'il est également possible de se soumettre aux formes prévues par le droit romain, à savoir devant sept témoins, de préférence aux formes imposées par la *lex loci actus*, comme en Hollande où les formalités requièrent de tester devant un notaire et deux témoins. Preuve, si besoin était, que la règle *Locus regit actum* ne présente pas, aux yeux de l'auteur, un caractère impératif et que le choix des formalités testamentaires est laissé à la convenance du testateur, parmi les différentes règles reconnues comme valables (*eod. loc.*, paragraphe III, pp. 418-419).

⁴⁶¹ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre III, paragraphe IV, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), pp. 419-420. Le premier passage cité fait également référence aux biens féodaux sis dans la Province d'Utrecht et à la formalité de principe qui veut qu'un testament portant sur de tels biens soit passé devant les pairs de la cour féodale.

destinée à dispenser le testateur de s'astreindre à la formalité du lieu – qui consiste, à Utrecht, en un testament judiciaire passé devant le juge du lieu de situation – et à lui permettre de choisir de tester soit devant ce même juge, soit devant un notaire et deux témoins. Cette solennité, qui n'est pas une formalité habilitante et qui ne modifie donc en rien la capacité testamentaire active, offre donc la possibilité, pour chaque disposant, de recourir à une forme moins lourde et moins contraignante de testament. De fait, un testament à passer devant un notaire et deux témoins est une solennité bien plus aisée à respecter qu'un testament à passer devant sept témoins (exigence posée par le droit romain) ou devant le juge de chaque lieu de situation des biens en cas de biens dispersés dans toute l'étendue de la Province d'Utrecht et se trouvant, par conséquent, dans le ressort de plusieurs juridictions. En effet, la Province se caractérise par une pluralité de statuts (municipaux, coutumiers, etc.) et de juges différents les uns des autres qui coexistent à côté de la ville principale et il est fréquent qu'un habitant de la Province possède des biens dans les divers ressorts qui en composent le territoire⁴⁶².

En donnant à chacun la faculté de recourir aussi bien au testament authentique qu'au testament judiciaire, les lettres d'octroi présentent donc cette utilité d'obvier à ce qui constitue, aux yeux de Rodenburg, la difficulté majeure de la *lex rei sitae* lorsque celle-ci est appelée à s'appliquer aux formes du testament :

Il faut être ici averti que, parmi nous, les Jugements sont tellement renfermés dans l'étendue de la Jurisdiction du Juge que les testaments qui sont faits en Jugement ne s'étendent pas aux biens qui ne sont pas dépendants de la Jurisdiction, et cela est clair par les Lettres mêmes qui ne permettent de tester par-devant le Juge que des biens qui sont dans l'étendue de son territoire...⁴⁶³

Une conception aussi intransigeante de « l'étendue » des juridictions qui composent la Province d'Utrecht – qui n'est pas sans rappeler la lettre de la fameuse maxime romaine *Extra territorium jus dicenti impune non paretur*⁴⁶⁴ – renforce inévitablement le morcellement de la succession, puisque la *lex rei sitae* s'avère dès lors applicable au fond et à la forme de l'acte. Par la force des choses, un tel territorialisme oblige chaque disposant à s'adresser au juge de chacun des lieux de situation de ses biens pour y faire dresser son testament en la forme judiciaire et, donc, à multiplier les testaments. Pour parer à l'incommodité d'une règle si manifestement contraire à la pratique testamentaire et de nature à décourager celle-ci, il faut donc avoir recours aux lettres d'octroi pour choisir la forme notariée et profiter du rayonnement territorial des notaires installés par la Province⁴⁶⁵.

⁴⁶² Rodenburg n'hésite jamais, tout au long de sa dissertation, à rappeler ce pluralisme juridique qui définit sa Province et fait régulièrement allusion, à côté de la loi particulière de la ville d'Utrecht, aux statuts propres aux villes ou villages de la province (Amersfoort, Montfoort, Hagestein, etc.). Parmi les coutumes rédigées et, parfois, homologuées de la Province d'Utrecht, il faut relever : la coutume de la ville d'Utrecht (rédigée aux alentours de 1546 et homologuée le 5 juillet 1550, puis réformée le 3 février 1570), puis celles de Montfoort (rédigée le 22 janvier 1570), Eemland, Amersfoort, Soest et Bunschoten (rédigées entre 1569 et 1570). La souveraineté acquise *de facto* par la Province en 1579 l'a conduite à délaissier la procédure de l'homologation pour lui préférer l'unification par voie législative. Sur cette question, voir John GILISSEN, « Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII^e Provinces des Pays-Bas », *TVR*, volume 18, n°1, 1950, pp. 36-67 et n°2, pp. 239-290.

⁴⁶³ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre IV, paragraphe I, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), p. 589.

⁴⁶⁴ Sur la loi *Extra territorium* (D. 2, 1, 20), voir, *supra*, p. 190 et note 362. La maxime peut se traduire ainsi : « à qui dit le droit hors de son ressort, on désobéit sans encourir de peine ».

⁴⁶⁵ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre IV, paragraphe I, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), pp. 589-590 : « ... Ce que nous venons de dire nous apprend que les Notaires qui sont créés par les Etats de la Province, sans assignation particulière pour un territoire, le sont pour toute la Province et

Par conséquent, les lettres d'octroi se définissent essentiellement comme une permission de tester propre à la Province d'Utrecht, qui est envisagée, en priorité, pour le confort des habitants de la province, et qui ne concerne que les biens situés sur le sol de cette dernière. Parce qu'elles confèrent à la personne une faculté spéciale, exorbitante du droit commun de la Province, à raison d'un acte déterminé, ces lettres rentrent *a priori* dans cette catégorie de prescriptions que Bartole avait, en son temps, qualifiée de *statutum prohibitivum ratione solemnitatis* et qui correspondait, dans son esprit, à la règle *Locus regit actum*. Mais, parce qu'elles ne s'imposent pas *ad validitatem*⁴⁶⁶ et qu'elles ne modifient en rien l'état et la condition de la personne, elles ne constituent en rien un élément du statut personnel et ne sont en rien destinées à bénéficier d'une quelconque extraterritorialité. Un habitant de la Province ou un étranger présent dans la Province qui désire tester au sujet des biens qu'il possède dans une autre province ou dans un pays étranger n'a donc nul besoin de ces lettres⁴⁶⁷. Dans la mesure où leur champ d'application territorial est strictement restreint aux biens situés dans la province, leur nature ne peut être que celle que l'on reconnaît aux statuts réels, qui s'assujettissent aussi bien les habitants que les étrangers qui feraient leur testament dans la Province.

Le principe même des lettres d'octroi ne suscite guère de difficultés tant que le testament, dressé à l'intérieur de la Province d'Utrecht, ne s'applique qu'aux biens situés sur le sol même de la province. En revanche, le particularisme que représentent les lettres d'octroi s'accuse singulièrement dès lors qu'un des éléments de la situation est marqué d'extranéité. Etant admise la difficulté qu'il peut y avoir, dans ces cas-là, à se soumettre aux formalités imposées par le testament judiciaire, qu'advient-il donc de ces lettres dans l'hypothèse où un homme d'Utrecht se trouvant à l'étranger, ou un étranger à la Province, désire faire un testament pour les biens qu'il possède en la Province ?

De ces lettres, il a déjà été dit qu'elles résultent, aux yeux de Rodenburg, d'un statut réel relatif aux solennités testamentaires. Quoiqu'il soit conscient de la difficulté pratique que cela suscite pour celui qui, établi ou séjournant à l'étranger, voudrait tester sans recourir à l'institution judiciaire, il tire la conclusion qui s'impose de leur caractère réel :

VIII. Nous serons peut-être un peu plus embarrassé à décider si le testament d'un homme d'Utrecht, fait, ailleurs, sans Lettres, subsistera, par rapport aux biens qui sont situés dans l'étendue de notre Province. Vous soutiendrez qu'il doit subsister en ce que ces Lettres appartiennent à la solennité et que, par conséquent, elles ne sont pas nécessaires lorsqu'on teste ailleurs ; mais peut-être faut-il dire autrement et que la nécessité d'obtenir ces Lettres ne regarde point en général l'action de tester et

qu'ils ont plus de pouvoir en cette partie que les Juridictions qui ont chacune leur étendue bornée et limitée, sans permettre que les biens d'un lieu fussent aliénés, et les domaines transférés, par-devant tout autre Juge ».

⁴⁶⁶ A cette réserve près que le testament en la forme authentique, s'il est passé sur le territoire de la Province, ne tiendrait pas s'il n'était pas expressément autorisé par l'obtention des lettres d'octroi. La valeur supplétoire de ces Lettres ne dispense pas d'observer les conditions qu'elles imposent. Comme nous allons le voir, toute la difficulté tient à la question de déterminer si un testament en la forme authentique, dressé, cette fois, à l'étranger sans lettres d'octroi, se verrait, ou non, frappé de la même nullité.

⁴⁶⁷ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre IV, paragraphe IV, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), p. 593 : « Tout ce que nous venons de dire est parfaitement bon pour les biens situés dans notre Province. Faut-il dire la même chose dans le cas où un homme de notre Pays, ou même un étranger, fera son testament chez nous de biens situés ailleurs ? Et, sur cette question, il n'y a aucune différence à faire quant aux biens : car, quelque personne que ce soit qui teste parmi nous de biens situés dans une autre Province, elle n'a pas besoin d'obtenir de permission, puisque les Lettres qui sont accordées parmi nous ne sont expressément que pour les biens situés dans la Province ; c'est pourquoi, comme ces Lettres ne donnent aucun droit de tester de biens situés ailleurs, et que, peut-être, elles ne le pourraient pas, il est clair que, par rapport à ces biens, ces Lettres ne peuvent être d'aucune utilité et qu'il serait inutile d'en obtenir ».

n'assujettit point indistinctement tous ceux qui testent à Utrecht, ce qui est néanmoins le propre des solemnités requises pour la validité d'un acte ; mais qu'elles sont nécessaires en particulier pour les testaments où l'on dispose des biens situés dans notre Province ; en sorte que la nécessité des Lettres affecte certains biens, comme pourrait faire un Statut réel. C'est pourquoi Paul van Christynen, dans ses *Commentaria ad leges municipales Mechlinienses*, titre 17, article 3, *additiones in principio*, dit que la forme prescrite à Malines, pour disposer des biens qui y sont situés, est nécessaire à ceux mêmes qui testent ailleurs, et il assure que cela a été jugé ainsi plusieurs fois, et Jean Wamèse, dans la sixième centurie de ses *Responsa*, au *consilium* 7, numéro 2 et suivants, est de cet avis : d'où l'on voit qu'un Hollandais qui dispose en Hollande par testament, suivant la forme qui y est observée, des biens qu'il a situés à Utrecht, sans obtenir de Lettres, ne dispose pas valablement, parce que la nécessité des Lettres étant expressément restreinte (sic) pour les biens situés dans la Province d'Utrecht, il est sensible que la permission portée par ces Lettres ne concerne pas seulement les domiciliés ou les natifs de la Province ; mais que cette permission est réelle, et concerne la chose en elle-même, et que, par conséquent, les étrangers comme les domiciliés y sont également assujettis, quant aux biens qui y sont situés, comme l'explique assez au long Wamèse, à l'endroit précité, au numéro 4.⁴⁶⁸

Par leur nature et leur fonction mêmes, ces lettres s'appliquent impérativement à tous ceux, Ultrajectins et étrangers, qui veulent disposer des biens qu'ils possèdent à l'intérieur de la Province. C'est sans doute ce cas de figure qui illustre le mieux le caractère de « loi de police » qui marque le statut d'Utrecht relatif aux solemnités testamentaires : la particulière gravité de l'acte de disposition qui touche les biens situés sur le sol de la Province exige que soient respectées les formalités spéciales imposées par la loi locale. Entendue de la sorte, cette formalité semble bien faire obstacle au jeu de la règle *Locus regit actum*, privant ainsi tous ceux qui se trouvent à l'étranger de la commodité qu'elle leur offre. En d'autres termes, le statut réel refuse, en ces circonstances, de s'effacer devant la loi du lieu de passation de l'acte. La *necessitas* n'est pas suffisamment forte pour s'affranchir de l'impérativité du statut réel. Pour qui se trouve à l'étranger et n'est pas nécessairement en mesure de faire un testament devant le juge du lieu de situation, la validité de son acte de disposition implique de s'astreindre, de façon absolue, à requérir des lettres d'octroi.

La raison de cette force particulièrement impérieuse qui s'attache à ces lettres n'est, semble-t-il, pas vraiment évidente de prime abord et Rodenburg lui-même reconnaît que la question est de nature à susciter l'hésitation sur le parti à suivre. La décision de la question repose sur la qualification statutaire que l'on accorde à ces lettres d'octroi et sur les effets que l'on attache à cette qualification. Pour reprendre les termes du débat au sujet de la nature même de ces lettres, s'agit-il d'une solemnité régie par la maxime *Locus regit actum* ou d'une solemnité soumise à la *lex rei sitae* ? Si l'on adopte le premier point de vue, seule la loi du lieu où l'on passe l'acte, à savoir la loi étrangère, devrait être prise en considération et le respect de ses formalités devrait permettre à l'acte de valoir partout : comme le remarque l'auteur lui-même, les lettres d'octroi n'auraient alors aucune utilité. En revanche, si l'on se rallie, comme le fait Rodenburg, au second point de vue, seule la loi du lieu

⁴⁶⁸ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre IV, paragraphe VIII, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), pp. 595-596. Les juriconsultes dont il est question dans cet extrait (et dont les références ont été, à dessein, modernisées) sont Paul VAN CHRISTYNE (1543-1631) et Jean WAMESE (1524-1590). La figure de Paul van Christynen a déjà été évoquée *supra* à la note 316. Jean Wamèse est un juriconsulte liégeois qui fit ses études, en même temps que Pierre Peck, à l'Université de Louvain où il accéda, en 1554, à la chaire de droit civil et, en 1570, à celle de droit canonique. Il enseigna dans cette université trente-quatre années durant. Admiré, entre autres, du président Favre et de Stockmans, il a laissé derrière lui des *Responsorum, sive Consiliorum, ad jus forum civile pertinentium centuriae VI*, qui parurent après sa mort et qui semblent avoir eu une grande autorité à l'époque. Le passage de ses *Responsa* auquel Rodenburg fait référence est le *consilium VII* qui se trouve dans la sixième centurie et qui porte sur la *forme testandi a statuto prescripta* en la ville de Malines (sixième centurie, édition d'Anvers, 1645, pp. 17-18).

Sur WAMESE, voir la notice que lui consacre Jacques BRITZ dans son *Histoire de la législation et de la jurisprudence des provinces belgiques depuis le V^e siècle jusqu'à ce jour*, première partie, Bruxelles, 1847, aux pages 93-95.

où sont situés les biens, qui sont visés par l'acte, est admise à s'appliquer et l'obtention des lettres d'octroi devient dès lors indispensable. Cela tient à la nature même de ces lettres. En effet, elles ne sont pas des formalités habilitantes exigées *ad validitatem* par la loi locale de tous ceux qui testent dans le ressort de la Province, mais elles n'ont d'autre but que d'autoriser les actes de dispositions sur les biens qui sont situés sur le territoire de celle-ci. Ainsi que Rodenburg le dit lui-même, « la nécessité d'obtenir ces Lettres ne regarde point *en général* l'action de tester », mais « elles sont nécessaires *en particulier* pour les testaments où l'on dispose des biens situés dans notre Province ». Se refusant toute extraterritorialité, l'exigence d'établir ces *litterae licentiae* au territoire provincial, comme le ferait toute mesure de protection immobilière, de police des sols⁴⁶⁹.

Cette dimension de « loi de police » s'accuse de façon encore plus aiguë si l'on porte son attention sur le champ d'application personnel que définit Rodenburg pour ces lettres, et qui coïncide avec le territoire, à raison de la situation des biens : « cette permission est réelle, et concerne la chose en elle-même, et (...), par conséquent, les étrangers comme les domiciliés y sont également assujettis, quant aux biens qui y sont situés ». Ainsi, l'obligation de requérir des lettres d'octroi s'applique indistinctement aux ressortissants de la Province d'Utrecht et aux étrangers à la Province, relativement aux biens qu'ils y possèdent et dont ils entendent disposer à cause de mort. Si la condition de la présence effective de ces personnes sur le territoire ne peut être, en l'occurrence, satisfaite, il n'en demeure pas moins que leur rattachement à la Province peut s'effectuer par l'intermédiaire de leur patrimoine foncier, voire mobilier pour ceux qui y sont domiciliés. De la sorte, en dépit de la faculté qui lui est reconnue dans sa province de tester, au choix, en la forme authentique ou judiciaire⁴⁷⁰, « un Hollandais qui dispose en Hollande par testament, suivant la forme qui y est observée, des biens qu'il a situés à Utrecht, sans obtenir de Lettres, ne dispose pas valablement ». En somme, le statut réel, en contaminant la solennité testamentaire, l'imprègne de son essence territorialiste et exclusiviste.

Il n'est toutefois pas sûr que le parti de Rodenburg ait emporté la conviction de tous et les titres à préférer, aux rigueurs d'une interprétation aussi territorialiste des lettres d'octroi, l'application de la règle *Locus regit actum* aux solennités testamentaires, surtout quand cette règle concourt à la validité des actes, demeurent puissants en doctrine et en pratique. Le jurisconsulte ultrajectin confesse que l'assentiment de la doctrine ne correspond pas à ce que la jurisprudence provinciale a pu décider à ce sujet. Lui-même nous rapporte une sentence du Conseil Provincial d'Utrecht qui semble contredire, de manière manifeste, la lecture qu'il a pu donner du régime applicable à ces lettres :

« Cependant, si vous examinez [mon] sentiment de bien près, vous trouverez qu'il a encore ses difficultés. Nous avons fait voir ci-devant que l'effet de ces lettres consiste en ce que nous sommes déchargés de la nécessité de faire notre testament par-devant chaque juge de la situation des biens dont nous voulons disposer et, d'ailleurs, nous avons établi, par l'avis de tous nos Docteurs, que la

⁴⁶⁹ Il faut y ajouter une considération fiscale, qui touche directement à l'intérêt que la Province peut y trouver : l'octroi de ces Lettres, de l'aveu même de l'auteur, peut s'interpréter comme « une espèce d'impôt qui se lève sur les testaments » (Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre III, paragraphe IV, édition de 1766, traduction de Louis BOULLENOIS, p. 420) et, ainsi, s'assimiler à un droit de mutation que l'État lèverait sur ses ressortissants comme sur les étrangers, préalablement à l'établissement, judiciaire ou notarié, de l'acte lui-même.

⁴⁷⁰ Sur les solennités testamentaires d'usage en Hollande, Christian RODENBURG les évoque dans son *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, au titre second, chapitre III, paragraphe III, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), p. 418 : « Mais que dirons-nous si quelqu'un a testé selon les formalités du Droit Romain en présence de sept témoins, dans un lieu où les formalités sont de tester par-devant un Notaire et deux témoins, comme il se pratique chez les Hollandais et chez plusieurs autres ? » et chapitre IV, paragraphe V, p. 594 : « l'usage autorise en Hollande les testaments faits en jugement ».

faveur des dernières dispositions a déterminé à dispenser les testateurs de la nécessité d'observer toutes les formalités de la situation ; en sorte qu'il suffisait de tester suivant celles du lieu où se fait le testament. C'est pourquoi le Conseil provincial a jugé que le testament d'un habitant d'Utrecht, qui avait été fait en Hollande, sans Lettres d'octroi, de biens situés sous notre gouvernement, était bon »⁴⁷¹.

Dans le présent cas d'espèce, le Conseil Provincial, saisi du cas d'un Ultrajectin qui avait testé en Hollande sans lettres d'octroi, considère que le testament était valable en sa forme, par application de la règle *Locus regit actum*. A l'inverse, dans le cas précédemment évoqué, le caractère de « lois de police » de ces lettres trouvait à s'appliquer aussi au bien à l'hypothèse d'un Hollandais testant hors d'Utrecht qu'à celle d'un Ultrajectin testant en Hollande. Comme expliquer, dès lors, que ce qui est refusé par la doctrine est admis par la pratique du Conseil Provincial ? La contradiction semble avérée et les positions paraissent inconciliables. Toutefois, la divergence d'opinions peut sans doute trouver son explication dans le commentaire que donne, de cette décision, Rodenburg. Afin de trouver la juste mesure entre deux réponses aussi différentes, le juriste ultrajectin estime, immédiatement après, que l'application de la règle *Locus regit actum* ne vaut que dans les cas où il n'y aurait pas de fraude à la loi avérée de la part du testateur ultrajectin. Une telle fraude serait le fait du ressortissant qui se serait sciemment rendu à l'étranger pour y profiter des conditions plus clémentes que lui offrait la loi étrangère du lieu de formation de l'acte et échapper aux contraintes attachées aux lettres d'octroi :

Que, si quelqu'un aime mieux prendre ce parti, il le peut pour les cas néanmoins où il n'y aura pas une évidente présomption que le testateur s'est transporté ailleurs pour faire son testament, dans l'intention de se soustraire aux formalités du domicile, et éviter de payer le droit qui se paie pour l'obtention des Lettres d'octroi, auquel cas, selon l'expression de nos Docteurs, il y a fraude d'un lieu à un lieu : sur quoi l'on peut consulter Pierre Peck, *De testamentis conjugum*, dans son livre quatrième, au chapitre 29, numéro 3, et Alderano Mascardi, *De Statutis*, dans sa sixième conclusion, aux numéros 134 et suivants ; mais, s'il n'y a pas de fraude, on peut soutenir qu'un pareil testament ne sera pas infirmé, encore que le testateur qui n'a point obtenu de Lettres meure ensuite en son domicile...⁴⁷²

En vertu de cette restriction fondée sur la fraude à la loi, le testament qu'un Ultrajectin a passé à l'étranger sans le bénéfice des lettres d'octroi peut se prévaloir d'avoir respecté les seules formes du lieu de passation, à la condition qu'il n'y ait pas eu une volonté délibérée de contourner l'impérativité qui s'attache à cette formalité locale. En revanche, s'il y a cette fraude « d'un lieu à un lieu » qu'évoque Rodenburg, ce même testament, quand bien même il serait tenu pour parfaitement valable au lieu où il a été formé, se heurterait à un refus de la part de l'ordre juridique de sa province d'origine, dans la mesure où son seul but était d'échapper à une formalité obligatoire. La

⁴⁷¹ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, op. cit., titre second, chapitre IV, paragraphe VIII, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), p. 596

⁴⁷² *Eod. loc.* Rodenburg s'appuie, en l'espèce, sur l'autorité de deux juristes : l'Anversois Pierre PECK et le Ligurien Alderano MASCARDI (1557-1608). Sur Pierre Peck, voir *supra* à la note 343. Alderano Mascardi, originaire de Sarzana, est devenu docteur en droit de l'Université de Pavie en 1580 et est surtout connu pour sa carrière de magistrat, qui culmine avec sa nomination d'auditeur de la Rote de Lucques en 1602 et de Bologne en 1604, et de réformateur de statuts, comme l'atteste sa participation à la révision des statuts de la République de Gênes en 1599). L'œuvre dont il est question en l'espèce, et abrégée par l'auteur sous la forme *De statutis*, est ses *Communes I. U. conclusiones ad generalem quorumcumque statutorum interpretationem accomodatae, dont l'editio princeps est celle parue à Ferrare en 1608*. Sur Mascardi, voir sa notice dans le *Dizionario Biografico degli Italiani*, volume 71, 2008 : http://www.treccani.it/enciclopedia/alderano-mascardi_%28Dizionario-Biografico%29/.

sanction de la fraude à la loi implique donc un retour au principe et, ainsi, l'obligation de respecter le formalisme des lettres d'octroi.

Si ce raisonnement se comprend pour le ressortissant originaire de la Province d'Utrecht, il est regrettable que Rodenburg ne nous ait pas donné d'élément de réflexion pour le cas, déjà évoqué plus haut, où il s'agirait d'un Hollandais qui testerait chez lui sur les biens qu'il possède à Utrecht sans lettres d'octroi. En toute hypothèse, l'égard dû à *Locus regit actum* lui épargnerait d'être soumis à ce formalisme ultrajectin. Sans doute faut-il, en pareil cas, considérer que la sensibilité de l'ordre juridique du for s'en trouverait moins navrée si l'exemption des lettres d'octroi, en dépit du caractère fiscal qui s'attache à celles-ci, devait bénéficier à un étranger plutôt qu'à un habitant de la province, qui y est, par définition, toujours soumis. Quoi qu'il en soit, chez Rodenburg, pareil raisonnement revient à concilier la tolérance invoquée par la *necessitas* et par la faveur due au testament passé valablement à l'étranger, d'une part, et, d'autre part, le rappel de la force irrémissible des lettres d'octroi, qui sont une mesure de police du territoire que nul, sauf exception, ne doit méconnaître.

Que la règle *Locus regit actum* puisse, en dépit de la *necessitas* qui la porte, être, en certaines occasions, tenue en échec par la *lex rei sitae* ne surprendra pas qui garde à l'esprit le caractère facultatif qu'elle revêt aux yeux de Rodenburg. Lui eût-il conféré une force obligatoire, elle n'aurait certainement pas à souffrir des atteintes qu'un ordre juridique trop territorialiste était en mesure de lui porter, mais elle aurait enfermé le testateur dans la rigidité de ses prescriptions, alors même que le jurisconsulte ultrajectin plaide dans le sens de la plus grande faveur pour les testaments. Or, le libre choix offert au disposant de préférer l'une ou l'autre des formes testamentaires est parfaitement conforme au sens de l'*utilitas* qui doit le guider au moment d'exprimer ses dernières volontés. De ce point de vue, la règle de conflit est alternative et repose ainsi sur un principe d'égalité entre les deux branches proposées à l'auteur de l'acte. Mais l'exemple des *litterae licentiae* révèle également que la volonté du disposant doit, quand l'intérêt supérieur d'un ordre juridique le réclame, savoir s'incliner devant l'impérativité de la loi du lieu de situation. La complexité des raisonnements qui s'affrontent à propos des lettres d'octroi illustre à merveille la grande tension qui traverse les rapports entre *Locus regit actum* et *lex rei sitae* dans un univers marqué par un territorialisme souvent des plus intransigeants.

B. Les libéralités entre époux et le testament d'Antonio van Diemen.

La singulière fortune de la réalité des statuts tient, en grande partie, au caractère prohibitif que l'ordre juridique n'hésite pas à lui faire revêtir afin qu'elle se pose en garante de la stabilité de l'édifice social tout entier et de la paix des familles. Est ainsi naturellement qualifié de réel, par la doctrine et la jurisprudence, le statut qui saura battre en brèche les facteurs de perturbation qu'une loi extraterritoriale introduirait par l'effet d'un acte privé ou d'une décision étrangère. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le démontrer, cet exercice de qualification dépend essentiellement du jugement qui est porté sur la teneur du statut et sur l'utilité qu'on entend lui faire produire. Selon que les effets produits par tel acte ou telle situation seront, ou non, considérés comme attentatoires à l'ordre public, l'application extraterritoriale lui sera refusée ou accordée sur le fondement d'un statut réel prohibitif.

Dans la mesure où les rapports patrimoniaux entre époux constituent le terrain privilégié où se rencontrent et s'entremêlent les intérêts des époux, de leurs familles, et, par extension, du corps politique dans son ensemble, il n'est guère surprenant qu'ils puissent prendre, à l'occasion,

une importance qui justifie une réaction de préservation de l'ordre social. Ainsi, quand l'*affectio maritalis* menace de préjudicier trop gravement à la fortune qui revient à la lignée dont on est issu et que l'on se doit de perpétuer, les libéralités entre époux peuvent se voir ainsi restreintes ou prohibées par un législateur qui serait enclin à sauvegarder l'un des fondements de l'ordre social : la conservation des biens dans les familles.

L'inclination en question se vérifie sans doute encore mieux quand la libéralité qu'un époux entend faire à son conjoint passe par la voie testamentaire, s'agissant d'accorder au survivant les moyens de subvenir à ses besoins après le décès du disposant. Chaque Etat a fixé, selon les modalités qui lui sont propres, les règles qui encadrent et limitent l'exercice de cette libéralité successorale, afin qu'elle ne porte pas préjudice aux héritiers ab intestat, dont le patrimoine pourrait s'en trouver considérablement réduit. En tant qu'élément à part entière d'une succession internationale, il est logique, en vertu des règles de conflit admises par la pratique, que cette libéralité soit soumise à la loi du lieu où le bien, mobilier ou immobilier est situé ou réputé situé. Ainsi que le veut la logique statutiste, les dispositions du testament devront donc se conformer aux prescriptions posées par le statut réel du lieu de situation : énoncée ainsi, la solution est parfaitement classique et ne fait, *a priori*, aucunement appel au mécanisme des lois de police, puisqu'il semble qu'il n'y ait là qu'un cas de figure somme toute assez classique d'application du statut réel.

Abordant dans le chapitre V de son titre deuxième, à la suite de ses développements nourris sur la forme des actes, la question « des statuts réels qui règlent la substance de l'acte, ou de la disposition », Christian Rodenburg se propose alors de discuter de la nature, réelle ou personnelle, du statut d'Utrecht qu'il résume de la sorte : « Le conjoint ne peut rien donner en propriété à son conjoint, soit par disposition entre vifs, soit par testament, et c'est ce qui s'observe à Utrecht ». C'est précisément en raison de ce statut, et des débats que son interprétation a suscitée, que l'auteur rapporte, à propos de ces libéralités testamentaires au profit du dernier survivant, une affaire célèbre, contemporaine de l'époque de la rédaction de son ouvrage, sur laquelle il a eu à livrer une consultation et sur laquelle les juges ultrajectins eurent à se prononcer. L'affaire du testament d'Antonio van Diemen a fait, à l'époque, suffisamment vive impression à Utrecht, par la renommée de l'illustre testateur et par la gravité des enjeux que cet acte soulevait, pour que la cause en soit ici rapportée⁴⁷³ :

[Quant à ce statut], des Auteurs en grand nombre en ont traité ; mais ils ont pensé tous différemment : les uns ont soutenu que la prohibition de s'avantager entre conjoints était pure réelle et ne s'étendait pas au-delà du lieu où le statut est en vigueur ; et les autres, au contraire, qu'elle était

⁴⁷³ Antonio VAN DIEMEN (1593-1645) fut gouverneur général des Indes néerlandaises de 1636 à 1645. Il est né à Culemborg, en Gueldre, à la frontière de la province d'Utrecht, mais s'est établi de longue date en Hollande, où il s'est marié avec Maria van Aelst. Lors de son mandat, il fut un administrateur énergique et fit beaucoup pour développer le rayonnement de la Compagnie néerlandaise des Indes Orientales (VOC), notamment grâce aux nombreuses explorations maritimes qu'il fit mener en direction des terres australes. C'est donc à l'un de ses émissaires, Abel Janszoon Tasman, que l'on doit la découverte de l'actuelle Tasmanie, que l'explorateur avait d'abord appelée « Terre de van Diemen » et célèbre pour les bagnes qui y furent implantés par la Couronne anglaise. Sa mémoire et celle de sa femme sont encore perpétuées par de nombreux repères géographiques situés en Australie et en Nouvelle-Zélande, dont le fameux cap Maria van Diemen, pointe la plus septentrionale de la Nouvelle-Zélande. Son décès, survenu à Batavia le 19 avril 1645, permet de situer le procès tenu à Utrecht au sujet de sa succession entre 1645 et 1653, date de la parution de l'ouvrage de Rodenburg. Sur Antonio van Diemen, voir Alfons VAN DER KRAAN, « Anthony van Diemen : From Bankrupt to Governor-General, 1593-1636 », *The Great Circle, Journal of the Australian Association of Maritime History*, n°26, 2, 2004, pp. 3-23 et *id.*, "Anthony van Diemen : Patron of Discovery and Exploration, 1636-45", *The Great Circle, Journal of the Australian Association of Maritime History*, n°27, 1, 2005, pp. 3-33.

personnelle ; le procès célèbre qui a été, dernièrement, décidé chez nous en première instance m'a donné occasion d'approfondir cette question. Diéménus [Antonio van Diemen], Gouverneur de l'Inde Orientale, qui est sous la domination des Provinces-Unies, étant mort dans la citadelle de Batavia, après avoir institué sa femme héritière de tous ses biens, disposition qui renfermait conséquemment les biens mêmes qu'il avait dans la Province d'Utrecht, il s'élève la question de savoir si, nos Loix ne permettant pas aux conjoints de s'avantager autrement que par don mutuel, et en usufruit, les biens situés dans notre Province appartiendraient *ab intestat* aux plus proches parents du testateur ou à la veuve héritière instituée.⁴⁷⁴

La question qui fut portée devant le tribunal d'Utrecht chargé de trancher le litige en dernier ressort – Tribunal dit « de révision » – consistait à déterminer si le statut prohibitif édicté par le droit provincial devait être qualifié de personnel ou de réel. Selon que l'on adoptait l'une ou l'autre de ces qualifications, les portées territoriales et personnelles de ce statut s'en trouveraient radicalement différenciées. Si le statut prohibitif est perçu comme étant personnel, alors, cela signifie qu'il ne s'attache qu'aux seuls habitants de la province d'Utrecht et qu'il n'a pas lieu de s'appliquer à la *testamenti factio* d'un disposant hollandais : il convient, dès lors, de donner exécution à la disposition testamentaire en cause sur les biens situés à Utrecht. Si le statut prohibitif est perçu comme étant réel, alors, cela suppose qu'il intègre le régime juridique des biens situés en la province et qu'il s'impose à tous, habitants comme étrangers, quelle que soit la teneur d'un acte de dernière volonté qui en disposerait autrement. Cette seule conséquence ne suffisant pas, à elle seule, à caractériser le statut réel comme étant une « loi de police », il revient donc aux juges ultrajectins de décider si l'exécution de cette clause testamentaire porte préjudice, ou non, à l'intégrité de l'ordre juridique dont ils sont les garants.

La doctrine, sur cette question, est controversée. En faveur de la personnalité de la prohibition et, partant, de la tolérance envers une disposition étrangère qui lui serait contraire, Rodenburg cite un certain nombre de jurisconsultes⁴⁷⁵ qui soutiennent que la faculté de se donner ou de se léguer entre époux repose essentiellement sur la conception que l'on se fait de l'union conjugale. Aussi incombe-t-il à la loi qui régit cette union de statuer sur cette faculté, que ce soit positivement ou négativement, et non à la loi qui régit la succession du conjoint prédécédé. Parmi les arguments avancés par ces auteurs et rapportés par Rodenburg, les plus explicites sont certainement ceux-ci :

[2°] Qu'une loi faite pour un certain genre de personnes, et fondée sur l'état conjugal qui est une qualité toute personnelle, est imposée aux personnes, et non aux choses ;

[3°] Que la raison de la Loi qui défendait, chez les Romains, aux conjoints les donations entre vifs est la même parmi nous ; c'est à savoir d'empêcher que l'amour conjugal ne devînt vénal entre eux, en sorte que cette Loi n'a eu pour objet que l'utilité et la tranquillité des familles. Mais en quoi ceux d'Utrecht sont-ils intéressés dans les désordres qui peuvent survenir dans les familles Hollandaises ?⁴⁷⁶

La lecture qui nous est donnée des motifs qui ont justifié l'édition du statut prohibitif tend ainsi à y voir un des éléments définissant le régime matrimonial entre deux époux ultrajectins et

⁴⁷⁴ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre V, § 1, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), p. 662.

⁴⁷⁵ Parmi lesquels les Italiens Orazio Carpani († 1595) et Gaspare Antonio Tesauro (1563-1628), le Français Jean de Coras (1512-1572), dans son *De juris arte libellus* paru à Lyon en 1560, et Willem van Radelant (1538-1612), qui fut président la Cour provinciale d'Utrecht et un juriste fort admiré par Rodenburg.

⁴⁷⁶ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre V, paragraphe Ier, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), p. 663.

soumis, en tant que tel, à la « loi du mariage » en vigueur dans la Province. Le législateur n'a pu raisonnablement avoir eu d'autre intention que de s'adresser, concernant leurs rapports personnels et patrimoniaux, qu'aux seuls époux se soumettant à l'empire de la loi matrimoniale qu'il a édictée. En ce sens, la prohibition ou la permission est nécessairement personnelle, car elle ne concerne que le mari ou la femme *ès qualité*. Selon cette manière de voir, les Ultrajectins ne sont en rien concernés par l'organisation patrimoniale présidant aux unions contractées sous l'empire des lois de Hollande, de même que les Hollandais n'ont pas à observer les règles qui gouvernent les mariages contractés à Utrecht. En clair, pour reprendre les termes que l'auteur emploie pour présenter cette thèse, « le Statut est personnel et, par conséquent, ne concerne pas les Etrangers ».

Ce sentiment n'a pas emporté la conviction de la majeure partie de la doctrine et certaines autorités, et non des moindres, au premier rang desquelles l'on compte Dumoulin, d'Argentré ou encore Bourgogne⁴⁷⁷, ont pesé de tout leurs poids pour défendre la thèse concurrente. Ces jurisconsultes sont tous d'avis qu'un tel statut fait partie intégrante de la succession testamentaire et qu'il prend place au nombre des statuts réels, en ce qu'il concerne avant tout les immeubles, sans que cela n'affecte la condition des époux. Cette position découle directement de l'examen du statut prohibitif ou permissif et du motif qui a conduit à son édicition : à cet titre, d'Argentré est fondé à voir, dans l'article 223 de la Coutume de Bretagne, qui emporte la même prohibition que celle contenue dans la loi d'Utrecht, un statut prohibitif relatif à la succession immobilière, protecteur de l'intérêt des familles, pour lequel la qualité d'époux n'est qu'accessoire⁴⁷⁸. Il ne fait guère de doute qu'une telle argumentation ait produit forte impression sur Rodenburg, lorsqu'il eut à se prononcer sur une disposition équivalente. S'appuyant sur la méthode qu'il a mise en place afin de discriminer entre eux les différents types de statuts et sur la définition qu'il en a tirée du statut réel, le jurisconsulte approuve cette doctrine dominante, en considérant qu'il y a bien là tout lieu de voir dans ce statut prohibitif un statut pur réel.

Quoi qu'il s'en défende énergiquement, en ce qu'une telle attitude ferait perdre toute sa rigueur à sa propre méthode, Rodenburg étaye son argumentation par une analyse des motifs de la prohibition ultrajectine. Parce qu'elles révèlent l'intérêt qu'il convenait de protéger, ces raisons expliquent tout à la fois la fermeté de la prohibition de s'avantager entre époux et le parti-pris en faveur de la réalité du statut :

... L'objection qui consiste à dire que la prohibition faite aux conjoints de s'avantager n'avait été introduite que dans la crainte de troubler la tranquillité des mariages ne doit embarrasser personne. Accordons, en effet, que ce soit la qualité de conjoint qui ait donné lieu à la loi. N'allez pas en conclure que la loi est personnelle... La loi ne cesse pas d'être réelle, encore qu'elle ait eu la personne mariée pour objet ; mais ce n'est pas tant la qualité de conjoint que le statut a eu en vue, que l'avantage des héritiers légitimes, dans la crainte que les conjoints, par des libéralités immenses qu'ils se feraient, ne dérangent l'ordre ordinaire de leurs successions... et, si vous y faites bien réflexion, vous verrez que telle est, sans difficulté, l'objet de la défense qui a lieu parmi nous.⁴⁷⁹

Par conséquent, la finalité de ce statut prohibitif vise essentiellement à garantir les héritiers légitimes contre toute manœuvre menée, au cours du mariage, par l'un des époux envers son conjoint, et ce afin que la libéralité testamentaire ne devienne un moyen de faire sortir les biens

⁴⁷⁷ A ces illustres auteurs, Rodenburg adjoint des jurisconsultes comme Pierre Peck, Job Bouvot et Paul van Christynen.

⁴⁷⁸ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 218, glose VI, n°29.

⁴⁷⁹ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre V, paragraphe Ier, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), p. 664.

immobiliers de la famille. Au fond, la solution ne saurait surprendre, dans la mesure où cela touche même à l'une des raisons d'être du statut réel, dont l'utilité pour l'ordre juridique du lieu de situation de la chose se manifeste avec une vigueur particulière en matière de succession.

Plus intéressant encore est de savoir quel accueil il a été fait, par la juridiction ultrajectine chargée de statuer à ce sujet, de ce débat doctrinal qu'agitait la question du sort à réserver au testament d'Antonio van Diemen et quel argument a été en mesure de faire basculer sa décision d'un côté ou de l'autre. Au terme de son long exposé, Rodenburg nous livre le fin mot de l'histoire et avance, à cette occasion, l'argument qui semble avoir emporté la conviction des magistrats :

... D'ailleurs, il y a une raison décisive pour dire que le statut qui défend, entre conjoints, les donations, est réel. Quoi ! Le citoyen d'Utrecht marié ne pourra pas disposer, en faveur de son conjoint, des biens qu'il aura à Utrecht, et un étranger le pourra ? Ce dernier se trouvera, par rapport aux biens d'Utrecht, de meilleure condition que le naturel du pays ? Ce dernier avis emporta tous les suffrages dans la cause de Diéménus [Antonio van Diemen], dont nous avons parlé ci-devant.⁴⁸⁰

Parce qu'il a enfreint l'interdiction posée par la loi du lieu de situation, le testament d'Antonio van Diemen ne peut donc avoir exécution sur les biens situés dans la province d'Utrecht et sa veuve ne peut se prévaloir de sa qualité d'héritière instituée à l'encontre des héritiers *ab intestat*. La *necessitas* qui aurait pu porter la clause du testament « indirectement et par conséquence »⁴⁸¹ qui statuait sur le sort de ces biens se voit, en l'espèce, refoulée aux frontières pour avoir porté atteinte aux exigences du statut réel local. *A contrario*, ce statut prohibitif étant étroitement renfermé dans les limites du territoire d'Utrecht, rien ne s'oppose à ce qu'un Ultrajectin puisse léguer à sa femme les biens qu'il possède en Hollande s'il n'existe pas, dans cette province, de prohibition de même nature et de même nature. Ainsi, l'interdiction n'étant jamais que territoriale et non personnelle⁴⁸², ce qui lui serait interdit chez lui pourrait être autorisé ailleurs, dans la mesure où l'ordre juridique étranger ne serait pas blessé de voir un étranger disposer de ses biens de la même manière qu'un habitant.

En définitive, la décision ultrajectine ne peut s'analyser seulement comme une simple application du statut réel, ce qu'elle est pourtant en premier titre, mais elle se comprend surtout par l'interprétation qu'elle donne de la prohibition de s'avantager entre époux contenue dans la loi d'Utrecht. Cette disposition porte en elle un caractère impératif qui exige que son emprise soit étendue aux étrangers qui possèderaient - ou prétendraient à - des biens sur le territoire de la province, et ce en dépit d'une décision ou d'un acte contraire. En effet, s'il fallait tolérer, sans mesure aucune, la constitution, à l'intérieur des limites fixées à son *imperium*, de droits auxquels les ressortissants nationaux ne pourraient aspirer par la seule force des lois locales, le législateur devrait alors affronter des situations boiteuses et intenables, qui risqueraient, de surcroît, d'encourager ses sujets à chercher à l'étranger le bénéfice qui leur est refusé chez eux. Que l'on se place du point de vue ultrajectin (prohibitif) ou hollandais (permissif), l'équité des situations est respectée, conformément à l'idée que chaque législateur provincial fixe, par ses prescriptions, les limites à ne pas enfreindre.

⁴⁸⁰ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre V, paragraphe Ier, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), p. 665.

⁴⁸¹ Voir, *supra*, pp. 231-232.

⁴⁸² Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre V, paragraphe II, édition de 1766 (traduction de Louis BOULLENOIS), pp. 665-666.

Le cas illustre, semble-t-il, à merveille les ambiguïtés que porte en lui le statut réel. La préservation des biens de famille a été, de longue date, un souci constant de la part du législateur ou de la coutume, mais le conflit de statuts révèle, sans doute de manière plus flagrante, le caractère d'ordre public que les règles qui y sont relatives peuvent revêtir : il y a bien, là, un objectif à satisfaire que le statut réel, faute de mieux, doit prendre à sa charge. Parce que la réalité dont il est question n'est plus consubstantielle au régime des biens, mobiliers ou immobiliers, mais qu'elle consonne désormais, dans la pensée de la doctrine, avec la territorialité, elle tend à absorber des considérations qui dépassent le simple cadre du droit privé. De plus en plus, le statut réel tend à se confondre avec la « loi territoriale », au point de devenir, en certains cas, parfaitement synonymes.

Dans l'œuvre de Christian Rodenburg, le statut impératif prend essentiellement les contours d'un statut réel qui vient, en certaines occasions, battre en brèche la *necessitas* qui autorise l'extraterritorialité du statut personnel. Toutefois, sa dissertation ne se borne pas à ces seuls cas de figure. Il s'y rencontre également, notamment dans la seconde partie du titre second⁴⁸³, des situations où le changement de législation qui s'induit du changement de domicile suscite un conflit, dans le temps et dans l'espace, entre la loi du lieu de l'ancienne situation et la loi du lieu de la situation nouvelle. Dans ces situations que l'on qualifierait aisément aujourd'hui de « conflit mobile », Rodenburg se prononce, la plupart du temps, pour une application immédiate et impérative de la loi nouvelle, ce qui a de profondes incidences en matière de statut personnel, tout particulièrement⁴⁸⁴. En effet, la *necessitas facti* ne peut à elle seule, soutenir la vocation de la loi d'origine à s'appliquer⁴⁸⁵. Force est de constater que l'argumentaire émis au soutien de cette position ne diffère pas toujours sensiblement de celui que nous avons rencontré au sujet des statuts réels « de police » et les considérations tenant à la souveraineté législative n'y sont pas toujours absentes⁴⁸⁶.

S'il cherche à défendre des solutions satisfaisantes et claires aux conflits de statuts, qui correspondent à sa classification des statuts, Rodenburg ne peut néanmoins méconnaître l'incidence particulière du statut réel territorial, à chaque fois que celui-ci, se faisant le relais de

⁴⁸³ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, seconde partie du titre second, chapitres I à IV, dans le tome II du *Traité de la Personnalité et de la Réalité des Loix* de Louis Boullenois, Paris, 1766 (traduction de l'auteur).

⁴⁸⁴ Le conflit mobile entretient un véritable rapport de connexité avec notre sujet, ne serait-ce que par les questions de droits acquis et de fraude à la loi qu'il ne manque pas de soulever. Toutefois, il ne semble pas que ce soit ici le lieu d'en traiter, puisqu'il n'apparaît pas avec certitude que l'application immédiate de la loi nouvelle soit essentiellement motivée par des considérations de police, même dans l'esprit d'un auteur du XVII^e siècle aussi attaché à la territorialité de la loi. Remarquons également que le conflit mobile rejette en arrière-plan la classification des statuts, qui n'a que peu de part à sa résolution.

⁴⁸⁵ En l'occurrence, des deux exemples principaux du chapitre I (*eod. loc.*, tome II, pp. 1-6 du *Traité* de Boullenois), il faut opérer une distinction : en matière de mariage, la condition d'époux acquise sous l'empire de la première loi demeure intangible et les conjoints ne sont pas, du seul fait de leur installation en pays étranger, « démariés » sous le simple effet d'une nouvelle loi. La *necessitas facti* impose de reconnaître la validité du lien matrimonial et les droits ainsi acquis ne se perdent pas. Toutefois, au niveau des effets, leurs rapports personnels comme patrimoniaux peuvent sensiblement différer d'un domicile à un autre. En matière de capacité, en revanche, rien n'interdit de considérer qu'un majeur devient mineur, ou inversement, du seul effet de son changement de domicile.

⁴⁸⁶ Un seul exemple suffira à le démontrer. Au sujet du ressortissant ultrajectin, qui, à vingt ans, est tenu pour majeur à Utrecht, et qui va s'établir en Hollande, où la majorité est fixée à vingt-cinq ans, Rodenburg écrit que, quelque absurde que cela puisse sembler, il doit nécessairement retomber en état de minorité et donc en tutelle, par le simple fait de ce changement de domicile : « ... puisque la condition de la personne dépend entièrement de la Loi du domicile, c'est à lui de s'imputer d'aller demeurer dans un lieu où il perd son état de majeur ; car il ne paraît pas moins absurde qu'entre tous les habitants d'un lieu qui sont en tutelle (sic) jusqu'à un certain âge, il se trouve un homme néanmoins entre tous, qui se prétende maître de sa personne, et en droit de vivre sans être soumis à la Loi » (Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, seconde partie du titre second, chapitre I, paragraphe IV, p. 5 du tome II du *Traité de la Personnalité et de la Réalité des Loix* de Louis BOULLENOIS, Paris, 1766, traduction de l'auteur).

considérations de police, empiète sur les statuts extraterritoriaux, que ceux-ci soient personnels ou portés par la règle *Locus regit actum*. La *necessitas facti*, qui autorise les droits acquis en un lieu à circuler partout où leurs effets seront admis à s'appliquer, est, à cet égard, tout à la fois un vecteur d'extraterritorialité et de garantie de ces droits acquis et un motif, pour l'ordre juridique de réception, de faire prévaloir ses vues. Pour reprendre une rhétorique bien connue, celle de la souveraineté/territorialité, ce qui ne saurait valoir qu'à titre de *factum* ne peut aller à l'encontre du *jus*. Dans un travail de répartition des compétences entre réalité et personnalité comme celui que constitue l'œuvre de Rodenburg, cela conduit irrémissiblement l'auteur à justifier les solutions de la pratique par le choix de la réalité et de la loi territoriale, au détriment de la personnalité. Si chère que soit, aux yeux du jurisconsulte ultrajectin, l'*utilitas privatorum*, elle ne saurait jamais porter préjudice aux exigences les plus fondamentales de l'Etat et de l'ordre social qu'il prend à sa charge au travers de ses prescriptions. Le statut réel « de police » de Rodenburg, avec cette particularité qu'il agit directement plutôt qu'il ne réagit, offre, au fond, un solide rempart à l'ordre juridique du for et son intervention rappelle les exigences que ledit ordre juridique entend voir respectées de tous. Le maintien de l'ordre public dans les relations privées internationales s'infuse ainsi à travers la réalité des statuts. Le sentiment est fort chez l'auteur qu'il y aurait quelque chose d'inique et d'insupportable à accepter qu'un étranger bénéficie de droits acquis à l'étranger qui seraient refusés à des nationaux qui seraient dans la même situation. Cela signifierait tout autant une atteinte à la souveraineté législative des autorités locales qu'un encouragement, pour les nationaux, à chercher sous des cieux plus complaisants ce que leurs lois leur refusent. Quand l'heure sera venue, pour lui, de s'exprimer sur les conflits de lois, Ulrich Huber saura se souvenir de tout ce qu'il doit à son aîné en matière de droits acquis, de prise en charge par les Etats de l'*utilitas privatorum* et de fraude à la loi.

Par sa réflexion d'ensemble sur les mécanismes qui régissent territorialité et extraterritorialité de la loi et sur les singularités que peut accuser le statut réel quand il se confronte à un statut étranger trop entreprenant, Christian Rodenburg a pavé la voie à ses contemporains et successeurs, en les forçant à se déterminer par rapport à ce qui est, avec la souveraineté/territorialité, le vrai point de départ de la doctrine hollandaise : la *necessitas facti*.

Section 2^{ème}. La *comitas* de Paul et Jean Voet.

La doctrine de Rodenburg en matière de territorialité et d'extraterritorialité des statuts ne pouvait manquer de susciter un vif débat, parmi ses contemporains, sur la valeur et sur la portée qu'il convenait d'accorder à cette *necessitas* que l'auteur avait avancée, sans la définir explicitement, pour justifier l'opération transfrontière d'une règle de droit dans un univers imprégné à la fois de réalité et de territorialité. La controverse s'est alors cimentée autour de la question de savoir s'il fallait, ou non, y voir une obligation juridique mise à la charge d'un Etat souverain - et de ses agents - d'appliquer le statut extraterritorial étranger chaque fois que le jeu des qualifications l'imposerait. Si, comme l'a suggéré une analyse attentive des thèses de Rodenburg, l'économie générale de son système nous incline à y voir une *necessitas facti*, il semble que l'ambiguïté que porte en elle cette notion même ait conduit ses contemporains et ses successeurs à y déceler une *necessitas juris*. Dès lors, cette réinterprétation de la *necessitas* explique que nombre de juristes éminents, au premier rang desquels Paul et Jean Voet ou encore Ulrich Huber, se soient engagés sur le terrain des conflits de lois en partant de ce même point pour emprunter des chemins parfois fort divergents. Au-delà du débat sémantique, les enjeux tenant à la souveraineté/territorialité s'en

trouvent grandement réévalués, selon que l'on tienne pour l'une ou l'autre de ces positions.

Parce qu'ils entendaient réfuter cette *necessitas juris*, coupable, à leurs yeux, de faire violence à l'exclusivisme de la souveraineté/territorialité, et parce qu'il leur fallait, pour cela, se démarquer de la lecture qu'ils se faisaient de Rodenburg⁴⁸⁷, les Voet, père et fils, ont cherché à mettre en avant le substitut qui leur semblait le plus à même de satisfaire les différents intérêts – publics et privés – qui leur paraissent en cause dans le conflit de statuts. Pour dissiper les dangers potentiels que porte en elle la *necessitas juris*, ils font appel à la notion de *comitas*. Cette « courtoisie » du législateur constituée, dans la logique qui est la leur, l'indispensable tempérament qu'il convient d'apporter, dans des cas bien circonscrits, à l'application *de stricto jure*, *de rigore juris* ou *de summo jure* des lois locales que requiert leur principe cardinal. Mais elle en est également l'indispensable complément, par le rôle de filtre qu'elle est appelée à jouer dans toutes les matières où la pénétration des lois étrangères sur le territoire de l'Etat du for est tolérée. La « courtoisie » du législateur ne signifie pas que celui-ci entend baisser pavillon devant la loi étrangère et le juge du for a précisément pour mission de préserver les intérêts de l'Etat et de ses ressortissants, dût-il, pour cela, repousser toute loi dont les conséquences seraient jugées indésirables. L'équilibre général du système voetien repose sur cette articulation entre le principe et le tempérament : le *strictum* (ou *summum*) *jus*, par la force dont il est investi, tend à conférer à l'ensemble des lois que le législateur a édictées à l'intérieur du territoire soumis à son pouvoir une fonction de police pour y maintenir paix et justice ; la *comitas*, pour sa part, légitime l'appel à la loi étrangère, mais à condition que l'*utilitas privatorum* n'entre pas en contradiction avec l'intérêt du souverain. Si la pondération opérée par le biais du juge du for s'avère défavorable à la loi étrangère, alors, la *comitas* investit le juge d'une mission de garantie de l'ordre public et l'autorise à priver ladite loi de ses effets sur le territoire.

En invoquant ainsi la *comitas* comme tempérament à la rigueur de l'application exclusive de la loi territoriale, les deux Voet font œuvre créatrice et font ainsi entrer dans le monde du droit une notion nouvelle, qu'ils n'ont paradoxalement guère cherché à définir, et dont le contenu et les contours, par leur plasticité, ont suscité maintes discussions, à l'instar de la *necessitas* de Rodenburg. La définition de la *comitas* renvoie directement à la théorie statutiste des Voet, qui se démarque nettement de la tradition communément reçue en la matière (§ 1). Tout comme la *necessitas*, sa véritable fonction ne se révèle qu'à travers sa mise en œuvre : seule l'étude des cas concrets auxquels les deux auteurs, se conformant certainement à la jurisprudence reçue en leur temps auprès des cours des Provinces-Unies, cherchent à la confronter permet d'en apprécier la dimension d'ordre public (§ 2). En effet, cette dernière ne se révèle pleinement qu'à travers le refus de la *comitas* qu'un Etat, par l'intermédiaire de ses agents, peut discrétionnairement opposer à la loi étrangère (§ 3).

§ 1. La définition de la *comitas* : la courtoisie entre les nations.

L'avènement de la *comitas* au rang de mécanisme régulateur des conflits de lois, à l'instar de

⁴⁸⁷ Comme nous l'avons avancé en hypothèse *supra* à la note 448, p. 232, Abraham VAN WESEL a cru se faire le fidèle interprète de la pensée de Rodenburg en affirmant, le premier, dans son *Commentarius ad Novellas Constitutiones Ultrajectinas* de 1666, que la *necessitas* qui sert de fondement à l'extraterritorialité d'un statut *certissimi juris est*. Mais cette affirmation est tout autant une contradiction adressée à la théorie de la *comitas* que Paul Voet exposait, dès 1661, dans son *De statutis*, en réponse à celle de la *necessitas* de Rodenburg, perçue, sans doute à tort, comme une *necessitas juris*. Sur la polémique entre van Wesel et Voet, qui se prolonge jusque dans le *De mobilium et immobilium natura* de ce dernier, paru en 1666, voir, *supra*, la note 448, p. 222, ainsi que Ellison KAHN, « The « Territorial and Comity School » », *op. cit.*, p. 223 et A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet*, *op. cit.*, pp. 370-373 et 380-382.

la *necessitas* de Rodenburg, est le fruit de la réflexion statutiste que Paul et Jean Voet mènent dans un contexte intellectuel tout entier marqué par la supériorité des thèses réalistes et souverainistes. Par conséquent, le fonctionnement et l'utilité de la notion ne se comprennent qu'à l'aune de la classification des statuts *ab effectu* propre à ces deux auteurs, dans laquelle ces derniers lui font jouer ce même rôle de vecteur d'extraterritorialité qui incombait, chez leur compatriote, à la *necessitas facti*. Sans doute autant par formation romaniste que par commodité d'usage, les deux Voet ont procédé conformément à une longue lignée de précédents en manifestant, tour à tour, leur adhésion – toute formelle – à la distinction des statuts. Mais leur particularité et leur originalité consistent à avoir sciemment détourné le sens et la portée qui sont traditionnellement assignés à cette *summa divisio*. D'une manière plus franche et plus assumée que ne l'avait fait Rodenburg, ils ont relégué au second plan la considération portée à l'objet du statut afin de mettre en avant une distinction désormais fondée *ab effectu*, sur l'effet du statut. Si l'on se contente de se placer du point de vue de la classification matérielle, en fonction de l'objet principal, biens ou personne, du statut, alors, les définitions qu'en donnent Paul⁴⁸⁸ et Jean Voet⁴⁸⁹ demeurent parfaitement orthodoxes. Mais la division bipartite traditionnelle est appelée à laisser sa place à un nouveau critère opératoire, qui, se superposant⁴⁹⁰ puis se substituant au premier, reflète davantage les préoccupations territorialistes de l'École Hollandaise. Les Voet, à la suite de d'Argentré et de Rodenburg, amorcent, par là même, une rupture méthodologique qui consiste à entendre, en plus de leur acception traditionnelle, sous le vocable de « statut réel », le statut d'extension territoriale et, sous le vocable de « statut personnel », le statut de portée extraterritoriale. A cela, ils ajoutent une troisième classe de statuts, qu'ils qualifient de « mixtes », mais qui diffèrent en bien des points de ces statuts mixtes qu'envisageait, un siècle auparavant, Bertrand d'Argentré :

Mais, si l'on considère les statuts en raison de certains de leurs effets, alors, à mon sens, certains seront réels, d'autres personnels, et d'autres, enfin, mixtes.

Les réels sont ceux qui n'étendent pas leurs forces au-delà du territoire soumis au législateur. Mais, cependant, ils s'imposent même à ceux qui ne sont pas sujets, en raison des biens immeubles, qui y sont situés, en vertu de la loi *An in totum* du titre *De aedificiis privatis* du Code (C. 8, 10, 3), de la loi *Pupillo* du titre *De tutoribus vel curatoribus datis* du Digeste (D. 26, 5, 27), de la loi *Certa forma* du titre *De jure fisci* du Code (C. 10, 1, 4) et de la loi *Rescripto, in fine*, du titre *De muneribus et honoribus* du Digeste (D. 50, 4, 6). Voir, à ce propos, Alderano Mascardi, dans ses *Conclusiones*, VI, numéros 101 et 102.

Les personnels sont ceux qui s'étendent au-delà du territoire, et, d'ailleurs, selon les Docteurs, ils sont réputés accompagner la personne, en quelque lieu que ce soit, mais de sorte à ce qu'ils pourvoient aux sujets, et non aux étrangers ou pérégrins, qui ne reçoivent aucune qualité d'un territoire qui n'est pas le leur.

Et, donc, je qualifie de « mixtes » ceux qui, en considération d'un certain effet, étendent leurs forces en partie à l'intérieur et en partie à l'extérieur du territoire. A l'intérieur, dans la mesure où ils s'imposent à tous ceux, qu'ils soient ressortissants ou étrangers, qui y intentent une instance ou qui y agissent d'une manière ou d'une autre ; à l'extérieur, dans la mesure où ils s'étendent à tous les biens, en n'importe lequel des lieux où ils se trouvent. A l'intérieur, en participant des statuts réels, à

⁴⁸⁸ Paul VOET, *De Statutis*, op. cit., section IV, chapitre II, n°3 (classification matérielle) et 4 (classification *ab effectu*). Voir aussi, au même endroit, le paragraphe n°5 (sur le statut personnel).

⁴⁸⁹ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, op. cit., livre 1, titre IV, 2, n°2, 3 et 4.

⁴⁹⁰ Dès le paragraphe n°3, précité à la note 488, Paul Voet expose ainsi la double classification à laquelle il entend procéder et à laquelle il entend se tenir tout au long de sa dissertation : « Afin d'exprimer mon propre sentiment, je vais examiner les statuts selon une double perspective : ou bien en fonction de l'objet sur lequel ils portent, ou bien en fonction de certains de leurs effets » (*Ut meum promam sensum, duplici respectu statuta considerabo, vel ratione objecti, quod afficiunt, vel ratione quorundam effectorum*).

l'extérieur, en participant des statuts personnels.⁴⁹¹

Dans ces statuts mixtes, Paul Voet, suivi en cela par son fils, voit une tierce catégorie, irréductible aux deux autres, qui s'émancipe de toute classification des statuts en fonction des biens ou des personnes, en y assignant tous les statuts relatifs à la forme des actes. De la sorte, il prétend ainsi résoudre la difficulté à laquelle se heurtait la classification bipartite de Rodenburg :

A moins qu'on ne veuille, de quelque manière, classer dans cette catégorie des statuts mixtes tous ceux-là qui disposent de solennités prescrites pour tel ou tel acte, en tant que, d'un côté, ils s'adressent à toute personne agissant sur le territoire du législateur et que, d'un autre côté, ils visent les biens où qu'ils soient situés ; même si, à proprement parler, les solennités prescrites pour partie en considération d'un bien, pour partie en considération d'une personne sont un élément qui s'ajoute à la personne et au bien, plutôt qu'il ne les affecte.⁴⁹²

4. Ensuite, tu diras sans sottise que sont mixtes ceux qui disposent, non pas des personnes, ni principalement des choses, mais des actes à accomplir par les personnes à propos des choses et qui en définissent la forme, le cérémonial, les solennités et le mode judiciaire ou extra judiciaire. C'est bien en ce sens que Paul Voet, mon illustre père prenait les statuts mixtes dans son *De statutis*, en sa section. 4, chapitre 2, au n°3 *in fine*.⁴⁹³

Parce qu'il répond aux exigences postulées par la souveraineté/territorialité, ce travail de classification *ab effectu* prend dès lors une importance primordiale dans la réflexion statutiste des deux Voet et celle-ci se concentre dorénavant, exclusivement, sur cette distinction statut territorial/statut extraterritorial, aux dépens de toute autre partition. Dans un premier temps, les deux auteurs rappellent ce principe fondamental selon lequel tout statut est intrinsèquement territorial, comme l'illustre, entre autres exemples, cette affirmation de Jean Voet dans le paragraphe onzième de sa dissertation *De statutis* :

11. Dès lors, je pense qu'il est maintenant acquis que la règle très exacte est que, réels, personnels, mixtes ou de quelque autre façon qu'on les présente, par la dénomination ou par la classification, les statuts perdent leur force obligatoire hors le territoire de leur auteur. Et que le juge d'un autre pays,

⁴⁹¹ Paul VOET, *De Statutis*, op. cit., eod. loc., n°4 : *Quod si statuta ratione quorundam effectorum considerentur, sic meo sensu, alia erunt realia, alia personalia, alia mixta.*

Realia, quae non extraterritorium statuentium vires suas exerunt. Sed tamen non subditos ligant, ratione bonorum immobilium, ibi sitorum. l. an in totum. D. (sic) Aedij. Privat. l. Pupillo. D. tutor & Curat. dat. l. certa summa (sic) Cod. jure fisci. l. rescripto in fine. D. Muner. Honor. Mascard. conclus. 6. de interpret. stat. n. 101.102.

Personalia, quae etiam sese extendunt extra territorium, adeoque secundum DD. comitari dicuntur personam, ubique locorum, ut tamen respiciant subditos, non exteros, aut peregrinos, qui ab alieno territorio nullam qualitatem accipiunt ;

Sicque mihi mixta dicuntur, quae effectu aliquo inspecto, partim intra, partim extra territorium, vires exerunt. Intra, in quantum obstringunt omnes, sive incolas, sive forenses, ibi contententes vel aliquid agentes ; extra, in quantum sese extendunt ad omnia bona, ubicunque locorum jacentia. Illud participando, de statutis realibus, hoc de personalibus.

Unde mixta dicuntur meo sensu, quae licet forte vel in rem vel in personam loquerentur, non tamen principaliter vel de re vel de persona disponante, verum de modo vel solemnitate, in omnibus negotiis & causis sive judicialibus sive extrajudicialibus, adhibenda.

Voet cite ensuite tous les auteurs qui ont pris un parti différent du sien sur la question du statut mixte, au nombre desquels l'on compte d'Argentré, van Christynen, David Mevius, Anton Matthaeus et Christian Rodenburg.

⁴⁹² *Eod. loc. in fine : Nisi quis eo aliquo modo referre voluerit, omni alia statuta, quae de solemnibus his aut illis adhibendis disponunt ; in quantum suo modo afficiunt omnes personas, in loco statuentis, aliquid agentes ; & suo modo res, ubicunque locorum sitas. Licet, proprie loquendo, solemnitas adhibenda vel ex parte rei, vel personae, potius fit aliquod adjunctum, quam ut afficiat vel rem, vel personam.*

⁴⁹³ Jean VOET, *Commentarium ad Pandectas*, op. cit., n°4 (traduction Bertrand ANCEL) : *Mixta denique non absurde dixeris ea, quae neque de personis, neque de rebus principaliter disponunt, sed actum a personis circa res gerendorum, sive judicialium sive extrajudicialium formam, modum, ordinem, solemnia definiunt. Quo sensu statut mixta accepit p. mem. Parens Paulus Voet de statutis d. sect. 4. Cap. 2. Num. 4. In med. (sic).* En réalité, le passage de Paul Voet auquel Jean renvoie correspond à la fin du paragraphe 3 et non au milieu du paragraphe 4, évoqué à la note 491.

quant aux biens sis en son ressort, n'est, par aucune nécessité de droit (*ex necessitate quadam juris*), tenu d'obéir ni de se rallier à d'autres lois que les siennes.⁴⁹⁴

Dans un second temps, les deux Voet s'efforcent de fournir les principes de solution qui permettront, sans déroger à un principe qu'ils estiment avoir posé sur les fondements les plus solides et sans attenter aux souverainetés de chaque Etat, de conférer l'extraterritorialité nécessaire à tel ou tel statut, personnel ou mixte. En effet, y compris chez les Voet, si tout statut a vocation à s'appliquer principalement – et, parfois même, exclusivement – dans le territoire de celui qui l'a édicté, cela ne signifie pas que tous les statuts sont voués à être qualifiés de « réels ». La définition *de stricto jure* ou *de summo jure* du *statutum* emporte certes cette dimension invinciblement territoriale, mais, ainsi qu'il nous a déjà été donné de le voir, la « rigueur du droit » peut, par le jeu de la qualification, se relâcher, s'assouplir, se détendre pour permettre à un statut personnel ou mixte de connaître une extraterritorialité d'exception. C'est donc par réfléchissement au *rigor juris* qu'est invitée à intervenir la *comitas*, l'*aequitas* ou l'*humanitas*.

La *comitas* est une notion contingente et, pour ainsi dire, purement fonctionnelle, née sous la plume de Paul Voet, afin de donner une explication rationnelle au franchissement des frontières par un statut personnel ou mixte. Le concept se dévoile pour la première fois dans le *De Statutis* de Paul Voet, au sein du chapitre II de la section IV qui contient l'exposé général de sa théorie des statuts, dans un ultime paragraphe, annoncé dans le *summarium* de la manière suivante : « le statut local est souvent observé en dehors du territoire sur le fondement de la courtoisie et de l'équité », et qui développe l'idée en ces termes :

17. Enfin, quelquefois, quand un peuple veut respecter, par courtoisie (*comiter*), les usages d'un peuple voisin, et de sorte à ne pas troubler les nombreuses affaires normalement valables suivant les usages, il est de coutume que les statuts, quant à leur effet, sortent du territoire de celui qui les édicte. Voyez, sur cette question, le paragraphe *Liber autem* de la loi *Non dubito* (D. 49, 15, 7, 1).⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ Jean VOET, *Commentarium ad Pandectas*, *op. cit.*, n°11 (traduction Bertrand ANCEL) : 11. *Atque ita evictum hactenus existimo in omnibus statutis, realibus, personalibus, mixtis, aut quacunq[ue] alia, sive denominatione, sive divisione, concipiendis, verissimam esse regulam, perdere omnino officium suum statuta extra territorium statuentis ; neque judicem alterius regionis, quantum ad res in suo territorio sitas, ex necessitate quadam juris obstrictum esse, ut sequatur probetve leges non suas.*

Ce texte fait écho aux célèbres professions de foi souverainistes/territorialistes que l'un et l'autre Voet ont érigées en emblème de leur doctrine.

D'une part, la célèbre affirmation de Paul VOET, *De Statutis*, *op. cit.*, IV, II, 7 : « Aucun statut, qu'il soit réel ou personnel, et si la discussion ne se base que sur les raisonnements du droit civil, ne s'étend de lui-même au-delà du territoire de celui qui édicte le statut » (*Nullum statutum, sive in rem, sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituitur, sese extendit ultra statuentis territorium*)

De l'autre, sa reprise par Jean, dans son *Commentarium ad Pandectas*, *op. cit.*, n°5 : « En ce qui concerne la force et l'efficace des statuts, il faut que nous admettions, suivant les principes supérieurs du Droit et la raison naturelle, la règle que le jurisconsulte Paul rapporte dans la loi *Extra territorium* (D. 2, 1, 20), par exemple : *extra territorium jus dicendi impune non pareri et pari in parem nullum competere imperium, seu cogendi potestatem*, dans la loi *Nam magistratus* (D. 4, 8, 4) et la loi *Ille a quo* (D. 36, 1, 13, 4). D'où il suit que, tant réels que personnels ou mixtes, les statuts ne peuvent d'eux mêmes n'agir en rien hors le territoire de leur auteur et ne produire aucun effet ailleurs à l'encontre des législateurs locaux » (*Vim et efficaciam statutorum quod attinet summo jure et ratione naturali, regulam admittamus necesse est, quam Paulus Jctus tradit in l. ult ff. de jurisd., puta extra territorium jus dicendi impune non pareri, ac pari in parem nullum competere imperium, seu cogendi potestatem, l. nam magistratus 4, ff. de recept. qui arbitr. receper., l. ille a quo 13 § tempestivum 4 ff. ad SConsult. Trebell., cum consequens est, neque realia, neque personalia, neque mixta, operari per se quicquam posse ultra statuentis territorium, aut ullos effectos alibi, invitis locorum illorum legislatoribus, fortiri*).

Sur ces deux textes, voir les analyses que nous en avons données *supra*, respectivement aux pages 189-190 et p. 204 et les notes.

⁴⁹⁵ Paul VOET, *De Statutis*, *op. cit.*, IV, II, 17 : 17. *Statutum loci extra tertitorium (sic), ex comitate & aequitate saepe servatur. 17. Denique nonnunquam, dum populus vicinus vicini mores comiter vult observare, et ne multa bene gesta turbarentur, de moribus, statuta territorium statuentis, inspecto effectu, solent egredi. l. 7. § fin. D. capt. & postlim.* Contrairement à ce que laisse entendre la

Ce paragraphe, par sa place même, se présente comme une règle de formulation et de portée très générales, destinée à tempérer, chaque fois qu'il y a lieu (*denique nonnunquam*), l'application systématique de la loi locale, postulée quelques paragraphes plus haut dans le même chapitre⁴⁹⁶. Tout comme la territorialité est intrinsèquement liée à la souveraineté, l'action d'une loi étrangère à l'intérieur de ce qui doit constituer, pour le législateur local, un domaine exclusif, un « pré carré »⁴⁹⁷, porte fatalement atteinte au pouvoir suprême que ce législateur a charge de faire respecter. Par conséquent, l'on dira qu'un Etat souverain agit *comiter* quand il ouvre ses frontières aux effets d'une loi étrangère et quand il admet, par là, que les actes et jugements qui sont nés sous l'empire de cette dernière trouvent exécution au sein même de son territoire, par le recours qui est fait à ses propres juges. La *comitas* traduit, au niveau du conflit de lois, ses « rapports de bon voisinage » que les Etats acceptent d'entretenir entre eux.

Dum populus vicinus vicini mores comiter vult observare : pour se convaincre de sa dimension internationale, il convient de remonter à la racine même de cette « courtoisie » entre *gentes* que le droit public romain pratiquait déjà à l'époque classique. En effet, les termes employés par Paul Voet renvoient précisément à la lettre même du paragraphe *Liber autem* de la loi *Non dubito* du Digeste (D. 49, 15, 7, 1), que nous devons à Proculus dans le huitième livre de ses *Epistulae* :

1. Or, est libre le peuple qui n'est sujet de la puissance d'aucun autre peuple ou celui qui est lié par traité : en ce cas, soit celui-ci, par un traité d'égal à égal, entre en amitié, soit il est entendu par traité que ce peuple respectera la majesté de l'autre peuple de bon gré (*comiter*) ; en effet, on ajoute cela pour qu'il soit clair que l'autre peuple est supérieur au premier, ce qui ne signifie pas que le premier n'est pas libre. De même que nous considérons que sont libres nos clients, bien qu'ils nous le cèdent en autorité et en dignité (d'homme de bien ?), de même, nous devons comprendre que sont libres les peuples qui doivent respecter de bon gré (*comiter conservare*) notre majesté.⁴⁹⁸

Cette clause est alors insérée dans les traités que le peuple romain passe avec un peuple libre et, en théorie, souverain, mais destiné néanmoins à devenir un de ses clients, avec les obligations qu'une telle condition impose vis-à-vis de la puissance dominante. Lesdites obligations, qui traduisent précisément ce rapport inégal qui s'instaure entre les deux, supposent que le peuple

référence au Digeste, il s'agit sans aucun doute du premier (et avant-dernier) paragraphe de la loi *Non dubito* et non du second et dernier.

⁴⁹⁶ Paul VOET, *De Statutis, op. cit.*, IV, II, 7. La lettre – et la traduction – de cette profession de foi souverainiste figurent, *supra*, pp. 189-190.

⁴⁹⁷ La célèbre expression s'impose d'autant plus à l'esprit qu'à peu près à la même époque, elle apparaît sous la plume de Vauban, dans une lettre adressée à Louvois en date du 20 janvier 1673, où les considérations de souveraineté et de vicinité ne sont certainement pas absentes : « Sérieusement, Monseigneur, le Roi devrait un peu songer à faire son pré carré. Cette confusion de places amies et ennemies pêle-mêlées ne me plaît point. Vous êtes obligés d'en entretenir trois pour une ; vos peuples en sont tourmentés, vos dépenses de beaucoup augmentées et vos forces de beaucoup diminuées ; et j'ajoute qu'il est presque impossible que vous les puissiez toutes mettre en état et les munir. Je dis de plus que si, dans les démêlés que nous avons si souvent avec nos voisins, nous venions à jouer un peu de malheur ou (ce que Dieu ne veuille) à tomber sur une minorité, la plupart s'en iraient comme elles sont venues. C'est pourquoi, soit par traité ou par une bonne guerre, si vous m'en croyez, Monseigneur, prêchez toujours la quadrature, non pas du cercle, mais du pré ; c'est une belle et bonne chose que de pouvoir tenir son fait des deux mains » (Sébastien LE PRESTRE DE VAUBAN, *Vauban : sa famille et ses écrits, ses « Oisivetés » et sa correspondance*, tome II : Correspondance, analyse et extrait par le lieutenant-colonel Eugène-Auguste-Albert de Rochas d'Aiglun, Paris, 1910, p. 89).

⁴⁹⁸ DIGESTE, livre 49, titre 15, fragment 7, paragraphe premier : *1. Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subjectus, sive is foederatus est : item sive aequo foedere in amicitiam venit, sive foedere comprehensum est, ut is populus alterius populi majestatem comiter conservaret : hoc enim adjicitur, ut intelligatur alterum populum superiorem esse : non ut intelligatur alterum non esse liberum : quemadmodum clientes nostros intelligimus liberos esse, etiam si neque auctoritate, neque dignitate, neque (viri boni ?) nobis praesunt : sic eos, qui majestatem nostras comiter conservare debent, liberos esse intelligendum est.*

client doit dorénavant se comporter *comiter* vis-à-vis du peuple qui affirme sa supériorité. Cette attitude est déjà celle que rapporte Cicéron dans son *Pro L. Cornelio Balbo*, lorsqu'il évoque explicitement la disposition qui figure dans un traité entre Rome et Gadès (Cadix). A cette occasion, il discute de l'étymologie de l'adverbe *comiter* :

Comes se dit des hommes qui sont bienveillants, agréables, affectueux ; « qui, avec bonté, indique son chemin au voyageur égaré » le fait par bienveillance, non avec réticence.⁴⁹⁹

La *comitas* désigne donc cette vertu de courtoisie, de bienveillance, de libéralité, de bonne intelligence qui doit présider aux rapports entre des Etats qui sont désormais pleinement souverains et égaux entre eux : de là, un respect mutuel entre souverains qui conduit chacun d'entre eux à escompter des autres la réciprocité de cet esprit de bienveillance. C'est sans doute à Jean Voet que l'on doit d'en avoir le mieux décrit les implications et d'avoir développé, sur ce point, ce qui était en germe chez son père :

1. ... Ensuite, [il sera professé] que, par courtoisie de peuple à peuple, [chaque peuple] admet, permet et concède par obligeance et libéralité (*liberaliter* & *officose*) que les statuts et décrets reçoivent application hors du territoire de leur auteur ; au demeurant, sans être en rien juridiquement tenu à cela, et, pourtant, dès lors que les limites de la courtoisie sont également observées de part et d'autre, de la même manière que si cela était établi et défini entre nations voisines et parentes par quelques traités et conventions.⁵⁰⁰

12. D'ailleurs, de même qu'un particulier qui dédaignerait de rendre aux autres et de recevoir des autres pour son propre avantage des services réciproques développerait moins heureusement son existence dans la société civile – même s'il est vrai que ne lèse personne celui qui, se plaisant à une vie austère et méprisant les plaisirs des autres, leur laisse ce qui leur appartient pour ne conserver que ce qui est sien, se déroband à tout commerce et service désintéressé –, de même, entre pays non sujets les uns des autres, ni d'un tiers souverain, les autorités qui ne cèderaient rien de la rigueur de leur souveraineté (*rigore juris superius*) et, manquant à la mutuelle courtoisie (*mutua comitate*), n'accueilleraient point de bon gré les commandements des autres, ne les reconnaîtraient ni ne les soutiendraient, détérioreraient la condition de leurs sujets par de multiples désagréments et l'aggraverait de mille difficultés et, autant qu'il dérangera et ruinera les décisions et sanctions des autres si bien fondées qu'elles soient, chacun souffrira qu'à leur tour les siennes soient dérangées, cassées et neutralisées par l'effet du talion et du droit souverain (*summi juris ratione*).⁵⁰¹

Malgré l'ambiguïté sémantique qu'un tel terme peut revêtir, la *comitas* dont il est question chez les Voet ne s'envisage jamais comme un droit purement arbitraire du Souverain de consentir ou de refuser l'accès à la loi étrangère au gré de ses intérêts, voire de ses caprices. Une telle

⁴⁹⁹ CICÉRON, *Pro L. Cornelio Balbo*, XVI : *Comes benigni, faciles, suaves homines esse dicuntur ; « qui errati comiter monstrat via », benigne, non gravate* (*Discours*, t. XV, Les Belles Lettres, 1997).

⁵⁰⁰ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, op. cit., n°1 (traduction Bertrand ANCEL) : *Dein quid ex comitate gens genti circa statutorum decretorumque extensionem ultra territorium statuentis liberaliter & officose indulgeat, permittat, patiat, ultro citroque ; nullo alioquin a did jure obstructa, & quomodo, ut pares utrimque servarentur comitatis fines, variis id inter cognatas ac confines gentes pactionibus publicis fuerint in nonnullis definitum stabilitumque.*

⁵⁰¹ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, op. cit., n°12 (traduction Bertrand ANCEL) : *Ceterum ut minus feliciter privatus quisque in societate civili vitam transacturus est, si mutua officia dare aliis, ac vicissim in suum commodum ab aliis recipere respiciat ; licet nulli injuriam inferre dici possit, si duro vivendi genere sibi placens, & aliorum spernens delicias, relinquat aliis, quae ipsorum sunt, sibi que sua servet, omni repudiato commercii officiique liberalis usu : ita quoque nisi magistratus diversarum regionum, nec sibi mutuo nec tertio superiori simul parentes, subinde nonnihil de suo remittant rigore juris superius exposito, & mutua comitate alter alterius jussa begigne probet, rata habeat, promoveatque, duriores reddet plurimisque molestius & difficultatibus implicitam subjectorum suorum conditionem, & ut bene gesta, decreta, sancita aliorum quisque conturbabit, subvertet, infirmabit ; ita sua vicissim ab aliis turbari, infringi, rescindi patietur, talionis, & summi juris ratione.*

décision, parce qu'elle ne ressortit qu'à la discrétion de l'Etat souverain, ne peut jamais trouver sa source que dans le *rigor juris superius* ou dans le *summum jus*. S'il n'y avait la *comitas*, le risque serait trop grand qu'un territorialisme sourcilieux ne vienne « troubler les nombreuses affaires normalement valables suivant les usages » et porter préjudice aux attentes légitimes des parties. En effet, la mise en œuvre d'une telle « courtoisie » ne constitue pas, comme d'aucuns l'ont cru, un encouragement à l'arbitraire des juges, qui, se conformant aux vues changeantes et contingentes d'un Etat dont ils sont les agents, rendraient des décisions de pure opportunité et mettraient en péril la sécurité nécessaire aux relations juridiques internationales⁵⁰².

Les deux Voet gardent à l'esprit qu'ils doivent concilier les impératifs publicistes et privatistes du conflit de lois. Que la *comitas* se construise autour des idées de concession réciproque et de souveraineté ne fait aucun doute, mais ne signifie pas pour autant que les règles qui en sont issues sont purement facultatives et laissées à la libre interprétation des juges du for. Elles ont, *a priori*, un statut équivalent aux règles issues du droit strict, à défaut de puiser à la même source⁵⁰³. L'application extraterritoriale d'une loi, pour être fondée *ex comitate* et non *ex summo jure*, ne s'impose pas moins au juge appelé à en connaître, dès lors que l'Etat du for en a *souverainement* décidé ainsi, ou est présumé en avoir décidé ainsi par la seule force d'une pratique constante : *statuta territorium statuentis, inspecto effectu, solent egressi*⁵⁰⁴.

Par conséquent, la *comitas* trouve son utilité et sa raison d'être dans la fonction essentielle que les Voet lui assignent : celle de donner un fondement à l'extraterritorialité des actes et décisions à l'intérieur d'un système bâti autour de la souveraineté/territorialité. Dès lors, si tous les Etats partagent un sens aigu de leur souveraineté, tous sont, pareillement, en droit de réclamer de leurs pairs la réciprocité de cette « courtoisie » dont ils font preuve à l'égard de tel statut extraterritorial, qu'il soit personnel ou mixte⁵⁰⁵. A cette fin, Jean Voet tente de définir une voie médiane entre les exigences de la territorialité et les intérêts privés :

17. D'ailleurs, afin que ne restent pas vagues et incertains, et souvent non réciproques, les devoirs de courtoisie ou de bons offices entre nations voisines, et que l'une ne refuse à l'autre ce qu'elle-même en avait obtenu *ex comitate*, ce qui doit être fourni de part et d'autre a été fréquemment défini par des conventions spéciales ou des usages invétérés valant convention ; ainsi, il est admis par beaucoup, et acquis par l'usage en de nombreuses contrées, que les décisions rendues ailleurs reçoivent du juge

⁵⁰² L'ambiguïté est si persistante qu'elle a pu nourrir la confusion, y compris chez ceux des auteurs postérieurs qui ont pris la peine de lire les Voet. Ainsi, pour mesurer l'ampleur de celle-ci, il n'est que de lire les commentaires indignés et désapprouvateurs de Armand LAINE sur la conception de la *comitas* qu'il prête à l'Ecole Hollandaise : « Il est pour une théorie un défaut pire que celui d'offenser la logique, c'est celui d'aboutir au néant (...) L'absence de l'idée de justice devait fatalement frapper de stérilité la doctrine de Jean Voet. Dire que l'on appliquera les lois étrangères quand on le jugera convenable, si l'on est disposé à la bienveillance ou si l'on y trouve soi-même son intérêt, mais sans y être obligé par le droit, c'est proclamer pour la solution du conflit des lois le régime du bon plaisir. Eh bien, que peut-on raisonnablement en attendre ? Aujourd'hui, tel juge estimera sur tel point que la *comitas* conseille de suivre une loi étrangère ; demain, sur le même point, tel autre sera d'avis contraire. Et la diversité des jugements ne tiendra pas seulement à la diversité chez les juges des vues individuelles : la bienveillance est en soi chose inconstante, l'intelligence des vrais intérêts, chose inégale. Et quoi de plus variable que les intérêts eux-mêmes ? Dans le conflit des lois, par conséquent, au régime du bon plaisir institué pour les juges correspondra pour les particuliers le régime de l'incertitude. Fonder le règlement de difficultés aussi graves sur la négation du droit, c'est se condamner à la stérilité pour garder la plénitude de son indépendance » (*Introduction, op. cit.* tome 2nd, pp. 111-112. Voir aussi pp. 191-192).

⁵⁰³ Dans le même sens, voir Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, p. 666 et Ellison KAHN, « The « Territorial and Comity School » », *op. cit.*, pp. 224-225.

⁵⁰⁴ Au soutien de cette interprétation de la *comitas*, voir Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, *Traité de Droit international privé*, tome 1^{er}, 8^{ème} édition, 1993, aux pages 383-385, qui, d'ailleurs, préfèrent rendre l'expression *ex comitate* de la manière suivante : « par une sorte de convenance réciproque entre Etats », plutôt que « par courtoisie ».

⁵⁰⁵ Dans le même sens, voir Paul LAGARDE, « La réciprocité en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977, volume 154, pp. 103-214, spéc. les pp. 114-117.

d'un autre territoire qui en est requis exécution sur les biens situés sous sa juridiction.⁵⁰⁶

Conscient de la dérive unilatéraliste et souverainiste qu'une pratique trop libre de la *comitas* encouragerait au détriment de la justice que réclament les intérêts privés, Jean Voet estime qu'il est nécessaire d'amener les Etats à s'engager volontairement sur la voie de la réciprocité. Le recours aux « conventions spéciales » et aux « usages invétérés valant convention » souligne à l'envi tout le caractère volontaire que cette démarche doit revêtir dans le chef des Nations, étant entendu par ailleurs qu'aucune autorité supérieure n'est en droit de leur imposer une quelconque contrainte à cet égard. Ces conventions et usages sont un moyen de garantir le respect par chaque Etat de la souveraineté d'autrui, en permettant que, sur son territoire, il soit fait application de la loi étrangère : en somme, les règles *ex comitate* ont vocation à être adoptées et pratiquées *inter gentes vicinas*⁵⁰⁷.

La bonne intelligence, voire l'esprit de coopération, qui doit présider entre les Etats se manifeste particulièrement par l'emploi, concomitamment à celui de *comitas*, des termes *aequitas* et *humanitas*, que Paul et Jean Voet utilisent indifféremment pour désigner une même réalité⁵⁰⁸. Ces termes s'inscrivent en opposition avec les expressions *de jure*, *de stricto jure* ou *de summo jure*, conformément à une vieille tradition qui remonte aux Glossateurs, qui avaient déjà pris le parti, en leur temps, d'opposer l'*urbanitas* et la *necessitas juris*. Le défaut de contrainte juridique n'empêche pas qu'un acte ou une décision soit accueillie par un Etat de plein gré et par libéralité : un des exemples les plus couramment allégués à l'époque est celui de la remise de l'accusé (*remissio*), où l'Etat requis peut décider d'accepter la demande par l'Etat requérant *per comitatem*⁵⁰⁹. Les Voet partent du principe que ce qui ne peut plus être soutenu par le *jus* est du ressort de l'*aequitas* ou de l'*humanitas* et, partant, de l'esprit de justice et de raison naturelle qui doit soutenir le champ de l'activité humaine – les rapports entre Etats – où la règle de droit fait le plus défaut. Dans le chapitre qu'il consacre à l'*aequitas* dans son *De Statutis*, Paul Voet revient sur le rôle qu'il lui assigne par contraste avec le droit écrit et avec le droit strict. Partant du principe que les lois ne peuvent, à l'avance, toujours tout régler et tout prévoir, ni répondre à toutes les éventualités qui se présentent chaque jour, il considère que le devoir d'un juge, en vertu de son pouvoir prétorien, est de rendre une

⁵⁰⁶ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, *op. cit.*, n°17 (traduction Bertrand ANCEL) : *Ceterum ne vagae essent & incertae, ac saepe non mutuae officiorum ac comitatis praestationes inter gentes vicinas, ac alius denegaret alteri ea, quae prius ipse obtinuerat ex comitate; conventionibus specialibus, aut inveteratis consuetudinibus, pro conventionem servandis, non raro definitum, quid utrimque praestandum sit; ita mutis placuit, usque obtentum multis in locis, sententias alibi latas, ab alterius territorii iudice rogato in bonis, sub sua jurisdictione sitis, executioni dari.* La suite du paragraphe comporte quelques exemples d'accords conclus entre Etats pour résoudre ces éventuels conflits de juridictions, comme en matière de bannissement, de procédure, de curatelle ou encore de concours des créanciers.

⁵⁰⁷ La nature même de cette *vicinitas*, qui est évoquée aussi bien par Paul que par Jean, mériterait sans nul doute un commentaire. Ni l'un, ni l'autre ne se donne la peine de préciser le spectre géographique couvert par cette *vicinitas*, au-delà des Provinces Unies qui semblent naturellement inclus dans ce périmètre, au regard des exemples les plus couramment allégués par les auteurs. Il semble qu'il faille y compter celles des Nations qui ont une communauté de civilisation suffisamment forte et des rapports internationaux suffisamment affermis pour que leurs systèmes juridiques, si divers soient-ils, ne présentent pas de disparités fondamentales entre eux. Voir, dans le même sens, Roeland D. KOLLEWIJN, *Geschiedenis*, *op. cit.*, p. 88, qui prête la même idée à Ulrich Huber. *A contrario*, des peuples trop éloignés, tant dans les mœurs que dans les traditions juridiques, pourraient se voir refuser, de manière unilatérale, le bénéfice de la *comitas*, agissant comme une exception à l'ordre public international.

⁵⁰⁸ Voir la longue liste des expressions que Eduard-Maurits MEIJERS a recensées aussi bien chez Paul que chez Jean Voet dans son « Histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 664-665 à la note 1 de la page 664.

⁵⁰⁹ Sur cette question, voir les réflexions de Eduard-Maurits MEIJERS, *ead. loc.*, p. 665, note 1, qui appelle en renfort, pour illustrer la distinction entre *urbanitas* et *necessitas juris*, l'autorité de Pileus, de Azon et de la Grande Glose. Sur cette remise de l'accusé au juge requérant, qui correspondrait à notre moderne extradition, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, *op. cit.*, pp. 302-303, et *infra*, pp. 289-290, note 577.

décision qui s'appuie sur l'équité, à chaque fois que les circonstances le commandent, en particulier quand le *jus scriptum* ou le *jus strictum* vient à manquer⁵¹⁰ :

Ce qui a été dit sur le fait de prendre en compte l'*aequitas* quand la loi n'est d'aucun secours ou qu'elle s'égaré, ne doit cependant s'admettre indistinctement, de peur qu'autrement, les lois ne se perdent dans un labyrinthe inextricable.

Donc, ou la loi n'est d'aucun secours, parce qu'elle a été promulguée d'une manière très générale, et de manière contradictoire selon les Docteurs, quand, par exemple, non seulement la *ratio legis* vient à cesser, mais aussi lorsque l'observation de la loi conduit à des actes iniques. Ou la loi n'est d'aucun secours, parce qu'elle a été promulguée d'une manière universelle et négative, alors que se présente un cas où cesse la *ratio legis*. Ou, enfin, la loi n'est d'aucun secours, en raison de son ambiguïté ou de son obscurité.⁵¹¹

De ce texte, il faut surtout retenir que l'équité, par son rôle subsidiaire, est vouée à se substituer au droit (civil) dans toutes les circonstances où le cadre étroit dans lequel s'enferme ce dernier l'empêche de s'appliquer, comme le fait peut se produire quand la puissance du législateur ne suffit plus à soutenir les règles qu'il a lui-même édictées. Or, ce que le droit civil ou les traités bilatéraux ne parviennent pas à assurer, l'équité, sous la pression des faits et des nécessités du commerce international, semble pouvoir l'obtenir.

En tant que vecteur d'extraterritorialité des lois, la *comitas* n'est, au fond, qu'un facteur d'explication rationnel pour tenter de justifier ce qui défiait la logique propre à un système souverainiste et pour pallier les défauts qui étaient reprochés à la *necessitas juris*. Elle est un expédient au défaut de droit international et, en cela, elle est issue d'une longue pratique entre les Nations, pour ne pas parler de coutume internationale, comme pourraient le laisser envisager certains termes choisis par l'un et l'autre Voet⁵¹². Dans un long paragraphe de sa dissertation, Jean Voet s'inscrit en faux contre l'opinion, qu'il qualifie d'absurde, selon laquelle il y aurait une obligation juridique à appliquer un statut, quel qu'il soit, en dehors du territoire de son auteur. Il reprend, pour mieux les réfuter, des arguments qu'il prête à d'Argentré⁵¹³, mais surtout à Rodenburg, dont la réflexion sur l'extraterritorialité de la loi fondée sur les *ipsa rei natura ac necessitas* est citée *in extenso* avant d'être critiquée par Voet⁵¹⁴. Or, à cette *necessitas* qu'il interprète comme une

⁵¹⁰ Les passages les plus importants de ce chapitre IV de la section III du *De Statutis* sont reproduits et traduits en anglais par A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet, op. cit.*, pp. 343-347. Relevons, au passage, cette affirmation du juriconsulte ultrajectin : « Le droit est qualifié d'équitable en ce qu'il se distingue, par contraste, du droit civil écrit et, qui plus est, du droit strict » (*jus aequum dicitur, quod juri civili scripto, & quidem stricto, contradistinguitur*). Paul Voet prend donc bien soin de mettre en opposition, d'une part, le domaine dévolu à l'*aequitas* et, de l'autre, celui qui est reconnu au droit civil écrit.

⁵¹¹ Paul VOET, *De Statutis, op. cit.*, section III, chapitre IV, n°9 *in medio*, pp. 121-122 : *Quod dictum, si lex deficiat, aut declinet, aequitatis haberi rationem, id indistincte tamen admittendum non est, ne aliter leges inextricabili labyrintho implicentur. Aut igitur lex deficit, quia generaliter lata, secundum DD. contrarie. Quando scil. non tantum cessat ipsas legis ratio, sed & inique ageretur, si lex servaretur. Aut deficit lex, quia, universaliter lata est negative, in quantum incidit casus, in quo cessat legis ratio. Aut denique lex deficit, propter ambiguitatem, vel obscuritatem. Duobus prioribus casibus, aequitatis ratio juri stricto praeferenda, atque a iudice adhibenda.*

⁵¹² Sur ce rôle que les *mores* ou que l'*usus* peuvent jouer dans la formation et le développement de la *comitas inter gentes vicinas*, voir les références explicites qu'y font Paul VOET dans son *De Statutis, op. cit.*, IV, II, 17 (*supra*, p. 194 et 253 et les notes 370 et 495), et Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, n°17 (*supra*, p. 202 et note 381). Il n'est pas rare que, dans la réflexion de Paul Voet, le *jus consuetudinarium* et l'*aequitas* soient mis en opposition avec le *jus civile* et les *statuta* comme autant de marques d'un droit non écrit : aussi les deux font-ils respectivement l'objet, dans la section III du *De Statutis*, des chapitres III et IV. Sur cette question, voir A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet, op. cit.*, pp. 342-347.

⁵¹³ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, titre XII, article 218, glose VI, n°12.

⁵¹⁴ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, n°8 (traduction Bertrand ANCEL) : « Une fois l'autorité [des] lois [romaines] écartée, l'opinion favorable à l'extension des statuts personnels et réels hors du territoire de leur auteur n'est plus soutenue par de justes raisonnements : assurément, j'entends qu'on me dit que « la nature même de la cause et la nécessité conduisent à ce que, s'il s'agit du statut et de la condition des personnes, le droit soit là-dessus du ressort

necessitas juris, il oppose la *comitas*, dont les traits caractéristiques renvoient irrésistiblement à la *necessitas facti*. La vertu qu'il lui prête, et qui la distingue de la *necessitas juris*, est précisément de faire le départ entre les lois territoriales, qui seules ressortissent au *jus*, et les lois extraterritoriales, qui ne peuvent s'appliquer qu'en vertu de la « mutuelle courtoisie » dont doivent faire librement preuve entre elles les Nations civilisées. La conséquence en est, dès lors, que le juge du for n'est soumis qu'à l'empire de sa propre loi et qu'il peut donc œuvrer sans que ne pèse sur lui la force d'une sentence ou d'une loi étrangère. Dans cette perspective, il conserve toute latitude pour apprécier souverainement la teneur de la loi étrangère *ab effectu* et décider, le cas échéant, s'il convient de l'écarter ou d'en ordonner l'application.

La définition de la *comitas* à elle seule ne suffit pas. L'intention des Voet n'a jamais été de se cantonner à un niveau de réflexion purement théorique, mais de confronter la pertinence de leur système à des exemples concrets. Ainsi, fidèles à une démarche qui se veut, sur le papier, casuistique, les deux auteurs offrent, à l'occasion de leurs travaux, un exposé non exhaustif des questions de droit qui, parce qu'elles soulèvent l'enjeu délicat de l'application des règles *ex comitate*, peuvent susciter l'intervention, *a priori* ou *a posteriori*, d'un mécanisme correctif à l'encontre d'une loi étrangère.

§ 2. Le champ d'application restreint de la *comitas*.

La répartition des statuts entre statuts territoriaux et statuts extraterritoriaux qui est à la base du système voetien conduit, en pratique, à donner un rôle prépondérant au juge du for, à qui il

exclusif du juge du domicile » ; mais quelle est cette nature de la cause, quelle est cette nécessité si pressante, il ne m'a pas encore été permis de l'apercevoir » (*nec remota legum auctoritate, ratiociniis justis sussulta est de statutorum personalium extra territorium statuentis extensione opinio : audio quidem, ipsam rei naturam, ac necessitatem invexisse, ut, cum de statu ac conditione hominum quaeritur, uni solummodo judici, & quidem domicili, universum in illa jus fit attributum ; sed quae illa fuerit rei natura, quae necessitas satis urgens, necdum licuit animadvertere*). Plus loin, il ajoute à propos de la *necessitas* de Rodenburg : « Cependant, malheureusement, tout ceci n'est qu'affirmation gratuite et aucune raison solide ne vient établir qu'il soit nécessaire de relier l'état de la personne à un lieu unique et déterminé » (*Sed minus feliciter, cum gratis assumatur, nunquam ratione facta firma probandum, necesse est, ut ab uno certoque loco status hominis legem accipiat*). Enfin, parce qu'il est conscient des situations boiteuses que son refus de la *necessitas juris* peut faire naître, il constate l'impossibilité en droit de s'affranchir des limites reconnues à chaque souveraineté et soutient que, de deux maux, il préfère le moindre : « ... céderions-nous pour l'essentiel aux thèses rappelées plus haut, celles-ci ne sont pas si avantageuses, ni les difficultés et embarras qu'elles relèvent si graves que la nécessité s'impose au juge étranger d'approuver et louer la décision que le juge du domicile a prise sur la capacité de son propre résident, et cela même s'agissant de la disposition des biens se trouvant hors le pays du domicile ; et ainsi, aussi longtemps que persistera l'absence de moyens qui permettraient aux autorités du domicile d'obliger par nécessité les juges du lieu de situation, leurs égaux en puissance et commandement, et de les contraindre à valider ou annuler les actes de disposition effectués selon la loi du domicile et non selon la loi en vigueur au lieu de situation des biens. Etendant la puissance de leur lois jusqu'où elles le peuvent, elles ne peuvent au-delà faire défense à quiconque, ni le détourner du vice : quant aux biens qui s'y trouvent, le juge du lieu de la situation a cette puissance s'il s'agit d'empêcher l'exécution sur ceux-ci d'actes passés au mépris de la loi qui y a cours. Par conséquent, que celui à qui cela paraîtrait trop rude fasse réflexion qu'il serait beaucoup plus rude et plus absurde que le pair subisse la loi de son pair et que, dans son territoire, le législateur soit tenu par les lois étrangères d'un autre pouvoir et d'un autre pays » (... *si largiamur maxime superius memorata, tamen neque commoda haec tanta sunt, neque oppositae his difficultates ac molestiae tam graves ; ut inde videri posset invito judici alterius territorii imponenda necessitas approbandi ac collaudandi iudicium iudicis domicili, de incolae sui habilitate interpositum, idque ratione dispositionis de bonis extra locum domicili constitutis ; dum perpetuo manet defectus remediorum, quibus magistratus domicili iudices locorum, in quibus res sitae, pari Imperio ac potestate praeditos, obligarent ex necessitate ac constingerent ratas habere aut infirmare dispositiones de rebus secundum legem domicili, sed non iuxta legem vigentem in loco rei sitae, factas. Neque cuiquam invidendum, aut vitio vertendum, quod legum suarum potestatem extendat quo usque potest : potest vero iudex loci rei sitae, quantum ad bona in suo sita territorio, dum omnem impedit in talibus rebus executionem actum non ex lege illic vigente gestorum. Ut proinde, si cui hoc perquam durum videatur, cogitet, longe durius & absurdius esse, par per parem leges figi, ac legislatorem in suo territorio alienius alterius magistratus locique legibus adstringi ; cogitet, jus saepe durum quidem, sed tamen ido non protinus iniquum esse*).

incombe, en chaque cause, de procéder à ce travail de qualification des statuts, et cela en vertu du système de règlement des conflits qui a cours dans sa juridiction. En effet, si, de la diversité des Etats, il résulte que chaque ordre juridique peut avoir, sur les questions de droit privé et de droit pénal, une conception qui se singularise par rapport à celles de ses voisins, cela implique qu'il revient en premier lieu au juge saisi de l'affaire de se confronter à des règles issues de pays étrangers, qui donnent leur pleine valeur aux actes ou aux décisions qui lui sont soumis. Ces règles se manifestent à lui par l'intermédiaire de la *comitas inter gentes* ou de l'*aequitas*, qui, opérant à titre préalable, l'autorise à en prendre connaissance et à les appliquer ou à les écarter s'il y a lieu. Lié, en droit, par les seules règles de procédure et de fond issues de son propre ordre juridique, le magistrat est tout autant tenu par les usages et règles nées de la *comitas*.

L'une des tâches qu'entendent accomplir Paul et Jean Voet consiste précisément à fixer la nature – réelle, personnelle ou mixte – des statuts qui sont amenés à s'appliquer à telle ou telle matière et, partant, à en déterminer le champ d'application territorial. Ce faisant, ils s'efforcent de proposer un système de résolution qui se veut rationnel et cohérent, prenant en compte aussi bien les exigences de la territorialité que les spécificités des statuts personnels ou mixtes. Si les solutions qu'ils préconisent ne renvoient pas directement à un système de conflit en particulier, elles reflètent un ensemble de pratiques judiciaires directement issues des différentes juridictions des Provinces-Unies, dont les jurisprudences sont constamment sollicitées pour fournir des exemples aux démonstrations des deux auteurs. Plus que l'exercice théorique, ce sont ces exemples, saisis sur le vif, qu'il importe d'interroger pour mesurer les poids respectifs de la territorialité et de l'extraterritorialité.

C'est donc au juge du for qu'il appartient d'appliquer, s'il y a lieu, le statut étranger, que celui-ci soit réel, personnel ou mixte, lorsque ce dernier prétend s'appliquer sur le territoire soumis à sa juridiction, et c'est à lui également qu'il revient d'apprécier le degré de contrariété avec l'ordre public dont il est le garant. Dans un système de pensée souverainiste, le juge saisi de l'affaire décide alors dans quelle mesure le droit le plus rigoureusement territorial doit desserrer son étreinte pour laisser leur place aux statuts réels (mobiliers), personnels ou mixtes lorsque ceux-ci réclament légitimement, *ex comitate* ou *ex aequitate*, de produire leurs effets en dehors de leurs propres frontières.

Le travail de qualification auquel se livrent les auteurs, pour éclairer la raison des juges, est, plus que jamais, essentiel. En tant qu'expédient à la territorialité, la *comitas* peut ainsi, selon les cas, se voir appelée à intervenir ou, au contraire, se voir délibérément ignorée au profit de l'interprétation extensive d'une qualification réelle, particulièrement en matière immobilière. Lorsqu'elle est admise à exercer ses vertus, la réflexion se porte alors sur la manière dont elle commande l'accueil des actes ou jugements étrangers sur le territoire du for. En effet, parce que le statut étranger ne peut prétendre se ranger parmi les règles de droit qui s'imposent au juge et porter atteinte à la stabilité de l'édifice économique et social de l'Etat du for, le magistrat garde toujours un pouvoir souverain d'appréciation sur les limites qu'il conviendrait, suivant les cas, d'apporter à son application. Chez les Voet, celle-ci ne peut être présumée inconditionnelle et la réserve de la territorialité est toujours susceptible d'intervenir pour, comme le dit Jean Voet dès les premières lignes de sa dissertation, « refouler hors [des] frontières les lois des autres peuples »⁵¹⁵.

En pareils cas, le magistrat relève qu'à l'occasion de l'application d'un statut d'un Etat étranger qui vient au soutien de droits qui y ont été valablement constitués, il existe une raison

⁵¹⁵ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, *op. cit.*, n°1.

sérieuse d'en écarter les dispositions, au titre de la contrariété à la souveraineté/territorialité de l'Etat du for ou de la fraude à la loi. L'étude des différents types de statuts montre bien que la *comitas* des Voet emporte donc le souci de préserver l'intégrité de l'ordre juridique du for, en réservant toujours cette faculté pour le juge. Il n'y aurait plus de souveraineté s'il fallait laisser sans contrôle les statuts étrangers produire librement leurs effets sur le territoire. Dans ces conditions, les remèdes qui s'offrent à Paul et Jean Voet ne sont pas légion. Ils n'hésitent pas à recourir à la qualification de « statut réel » pour neutraliser, à la racine, les effets qu'un statut donné pourrait produire en dehors de son territoire, quitte, pour cela, à forcer les catégories juridiques et à prendre le contrepied des solutions les plus solidement installées. De manière moins radicale, quand ils passent en revue les statuts dont ils reconnaissent l'extraterritorialité, c'est toujours en s'interrogeant sur la manière la plus adéquate d'éviter qu'une application inconditionnelle de la loi étrangère ne conduise à des résultats inconsidérés.

De tous les mécanismes de refoulement de la loi étrangère, l'exception d'ordre public, susceptible d'être brandie à chaque fois qu'un statut extraterritorial demande à s'appliquer sur le territoire national, est sans doute celui qui se présente le plus spontanément à l'esprit. Sans nier aucunement la compétence de l'ordre juridique étranger qui couvre de son autorité l'acte ou la décision en cause, cette exception, soulevée par le juge du for, permet d'en neutraliser les effets dans le ressort de sa juridiction, en tout ou partie, pour autant que lesdits effets viennent heurter les principes qui y sont les plus fermement ancrés. Les Voet évoquent le jeu d'un tel mécanisme – sans jamais l'identifier en tant que tel – tout au long de leurs travaux respectifs à chaque fois qu'il est question des statuts personnels. Par définition, ces derniers doivent s'en remettre exclusivement à la *comitas* pour espérer s'appliquer sur le territoire. Malgré cela, le juge peut légitimement refuser de donner effet à des droits acquis à l'étranger, pour cette seule raison qu'afférant à l'état, la capacité ou la condition d'une personne, ils portent atteinte à la toute puissance du législateur local, qui n'est aucunement tenu, *de stricto* ou *de summo jure*, de leur reconnaître une quelconque valeur. Il en ressort, par exemple, que celui qui a été légitimé dans un pays n'est plus en mesure, une fois qu'il foule le sol d'un pays étranger, de se prévaloir d'une légitimation qui n'est pas opposable aux autorités du for. Mais – et là est le point qu'il nous faut retenir – à aucun moment les deux Voet ne suggèrent explicitement que la loi locale n'a vocation à se substituer à la loi étrangère normalement compétente⁵¹⁶. En ne jugeant pas utile de tirer cette conséquence (certainement évidente à leurs yeux) de leurs propres prémisses, ils ont manqué, nous semble-t-il, l'opportunité de souligner ce trait commun que partageront, plus tard, l'exception d'ordre public et les lois de police : la vocation subsidiaire de la loi locale en cas d'éviction de la loi étrangère⁵¹⁷. Malgré les efforts de

⁵¹⁶ Le fait s'explique aisément : la plupart des statuts personnels dont les effets sont soumis au filtre de la territorialité se rapportent à des actes ou des décisions, administratives ou judiciaires, qui sollicitent leur reconnaissance sur le territoire du for. Les priver d'effets aurait alors pour conséquence, sur le plan judiciaire, de donner à l'instance un caractère purement interne, tranché selon les principes et les règles de la *lex fori*. Mais cela ne signifie pas que la loi locale se voit attribuer une primauté de compétence sur la loi étrangère, ce qui serait le cas avec une loi de police. Ainsi, l'état de celui qui a été légitimé selon la loi de son domicile d'origine et qui ne pourrait se prévaloir de ce bénéfice en terre étrangère, en dépit de la *comitas*, est toujours régi par sa loi personnelle, et non par la loi du for au titre d'une loi de police. Sur la légitimation et ses effets en terre étrangère, voir Paul VOET, *De statutis, op. cit.*, chap. IV, sect. III, n°15 et Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, n°7 et *eod. loc.*, livre XXV, VII, 16. Les divers cas de statuts personnels évoqués par l'un comme l'autre sont, entre autres, la légitimation, l'annoblissement, la prodigalité ou encore les mesures de protection des mineurs.

⁵¹⁷ C'est pour cette raison qu'il nous faut faire le choix de délaisser cet aspect fondamental de la notion de *comitas* telle que façonnée par les deux Voet pour nous concentrer sur ce qui fait l'essence même de notre sujet : les cas où la *comitas* conduit au jeu de la loi locale, par refus de donner droit à la loi étrangère, en raison de sa teneur et des répercussions qu'elle aurait sur l'ordre juridique local, en cas d'application.

conceptualisation des deux juriconsultes, la mise au jour de la future exception d'ordre public n'est pas totalement achevée et, s'ils sont les premiers à pleinement prendre conscience de la valeur impérative que peut revêtir la norme locale en certaines circonstances⁵¹⁸, c'est pourtant à Ulric Huber qu'il reviendra de réunir ordre public international et lois de police sous l'égide de la *comitas*.

De l'étude conjointe des travaux de l'un et l'autre Voet, il ressort que les statuts réels, immobiliers mais aussi mobiliers, demeurent le champ d'action privilégié de la territorialité de la loi, qui réaffirme jalousement son empire sur les biens qui s'y trouvent ou sont présumés s'y trouver (A.). Cet attachement à une conception réaliste et territorialiste du droit explique, également, que les statuts mixtes locaux, à raison des rapports qu'ils entretiennent avec la matière réelle, puissent entrer en concurrence avec le libre jeu de la règle *locus regit actum* et s'imposer même à elle (B.). De même, mettant en oeuvre, non sans nuances d'ailleurs, une logique territorialiste proche de celle qui prévaut en matière réelle, les Voet, et plus particulièrement Paul, contribuent à dessiner la figure singulière du statut pénal, qui s'affirme toujours davantage, en son principe, comme une véritable « loi de sûreté » (C.). Enfin, s'il est bien une thématique majeure qui traverse cette dialectique de la *comitas* et du statut local impératif, c'est bien celle de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, où le droit souverain de l'autorité du for joue à plein (D.).

A. Les statuts réels mobiliers et immobiliers face à l'extraterritorialité.

« Le juge d'un [autre] pays, quant aux biens sis en son ressort, n'est, par aucune nécessité de droit, tenu d'obéir, ni de se rallier à d'autres lois que les siennes »⁵¹⁹. Parce qu'ils demeurent l'expression ultime du lien viscéral qu'entretient la puissance normative avec le territoire soumis à son autorité, les statuts réels s'appuient sur ce critère de rattachement pour fonder une double compétence législative – qui se prolonge par une double compétence juridictionnelle – qui entraîne une incompatibilité *de jure* avec l'extraterritorialité que relaie la *comitas*. En effet, les Voet partent du principe que meubles et immeubles se caractérisent par leur ancrage dans un territoire donné : celui du domicile pour les meubles (*lex et judex domicilii*) et celui du lieu de leur situation matérielle pour les immeubles (*lex et judex rei sitae*)⁵²⁰. Les critères de rattachement ne sont pas en soi nouveaux et ils peuvent se réclamer d'une tradition multiséculaire, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence ; toutefois, les contours que trace Jean Voet des statuts réels confèrent à ces derniers une portée strictement circonscrite, en droit, au seul territoire auquel ils sont reliés : *situs rei* et *domicilium*. En cela, il demeure à la ligne directrice des Hollandais : la localisation objective ou fictive d'une personne, d'un bien ou d'un acte, qui conditionne le déclenchement du statut local et des effets qui y sont attachés. Dès lors, la compétence du juge du lieu auquel se rattache le bien devient un bastion qu'il est délicat, pour l'autorité étrangère, d'expugner ou même de contourner. En la matière, il en va de la *potestas* de chaque magistrat sur le territoire soumis à son autorité et, si encore les statuts mobiliers peuvent solliciter la faveur d'une *comitas*, le poids des intérêts suprêmes que portent les statuts réels immobiliers exige impérieusement que leurs juges exercent un contrôle

⁵¹⁸ Sous réserve de la distinction statuts odieux/statuts favorables que Bartole et Balde avait défendue dans un contexte fort différent, trois siècles auparavant. Rappelons que les avancées conceptuelles à mettre au crédit de l'École Hollandaise doivent s'apprécier dans un contexte nouveau, celui dans lequel, désormais, les droits nationaux ou locaux constituent un ordre juridique à part entière, indépendamment de tout droit commun qui leur serait supérieur.

⁵¹⁹ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, *op. cit.*, n°11 *in principio*.

⁵²⁰ Paul VOET, *De statutis*, *op. cit.*, sect. IV, chap. II, n°2 et chap. III, n°10 (sur les successions ab intestat), ainsi que le *De mobilium et immobilium natura*, *op. cit.* ; Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, *op. cit.*, n°8 (statut réel immobilier) et 11 (statut réel mobilier).

rigoureux sur l'exécution des décisions étrangères⁵²¹.

En effet, la domination sans partage du *situs rei* en matière immobilière se fonde sur l'enracinement même des immeubles sur le territoire et sur le contrôle exclusif qu'entendent exercer les autorités locales sur leur sol. La réticence qu'éprouvent lesdites autorités à voir « l'ordre des choses » s'altérer par la pénétration d'une loi étrangère au sein de leurs frontières rend vaine toute prétention d'un statut extraterritorial à venir concurrencer le statut local, y compris *ex comitate* ou *ex aequitate*. En revanche, en ce qui concerne les meubles, l'équation se simplifie d'elle-même, dans la mesure où, de l'aveu même de Jean Voet, les statuts mobiliers sont appelés à bénéficier de la *comitas*. En effet, bien qu'il soit enclin à définir un régime strict de territorialité pour les biens immobiliers comme mobiliers et à étendre le *rigor juris* à cette dernière catégorie, il estime, tout argument considéré, que les meubles sont soumis à la loi du domicile de leur propriétaire et que cette dernière est admise à se transporter extraterritorialement, *ex comitate*, pour régir tous les biens concernés, quel que soit leur lieu effectif de situation⁵²². Toutefois, cette *summa divisio* à l'intérieur de la classe des statuts réels n'est pas sans souffrir quelques exceptions et c'est au nombre de celles-ci qu'il convient de ranger un exemple-type de ce qu'est et doit être une véritable mesure de police : l'interdiction d'exporter le froment.

Dès lors que ces premiers jalons ont été posés, la difficulté qui se présente est, alors, de déterminer dans quel cas le statut réel immobilier - ou, exceptionnellement, mobilier - remplit sa

⁵²¹ La pratique des lettres rogatoires, telle qu'elle se révèle à travers les écrits des Voet, indique que le constat peut s'étendre à la matière pénale. Voir, *supra*, pp. 288-291.

⁵²² Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, *op. cit.*, n°11 et 12 (traduction Bertrand ANCEL). Puisque les meubles se trouvent, pour une large part, exclus de notre propos pour les raisons que nous avons avancées, il n'y a pas lieu, dans le présent travail, d'entrer dans le détail des arguments que Jean Voet met en balance dans ces deux paragraphes pour décider laquelle des deux lois, celle du domicile du propriétaire ou celle du lieu effectif de chaque meuble, lui semble préférable. Sa démonstration doit, néanmoins, retenir notre attention pour cette raison même que le débat qu'il engage se place exclusivement sur le terrain du *rigor juris* et de la *comitas*. Certainement, son inclination pour la souveraineté/territorialité le conduit, dans un premier temps, à défendre avec vigueur la cause de la *lex* et du *judex rei sitae* en matière mobilière et, partant, du *rigor juris* ; pour autant, dans un second temps, il admet que l'on puisse, comme le fait la doctrine dominante, admettre la compétence de la *lex domicilii*, mais à titre de « fiction de droit », et ce parce que cette solution traditionnelle peut se prévaloir de la « courtoisie qui s'observe de nation à nation et non [du] pouvoir souverain que l'autorité détient sur les meubles qui se trouvent sur son territoire » (*loc. cit.*, n°11 : ... *comitati, quam genti praestat, magis, quam rigori juris, et summae potestati, quam quisque magistratus in mobilia, suo in territorio constituta, habet...*). La différence de régime juridique entre les immeubles et les meubles se révèle pleinement à la fin du paragraphe 12 : « Certes, quant à ses statuts réels, au sens ci-dessus précisé, il est d'usage que, face à la courtoisie, le magistrat de chaque lieu ne le cède pas même d'un pouce, mais, comme l'expérience l'atteste, qu'il colle obstinément à son droit et qu'ainsi les immeubles ne soient gouvernés par nulle autre loi que celle de leur situation... Mais, à propos des meubles, s'agissant des dispositions testamentaires et de savoir si elle doivent ou non être permises en général et si, à leur égard comme à celui des successions *ab intestat* ou des donations entre époux, prohibées ou autorisées, ou d'autres questions semblables, la rigueur du droit s'est relâchée du consentement quasi unanime des nations, la règle, issue de la courtoisie qu'une pratique universelle a diffusée, est que les meubles en cas de doute sont régis par la loi du lieu dans lequel leur maître entretient son domicile, en quelque endroit qu'en vérité ceux-ci se trouvent » (*loc. cit.*, n°12 : *Quamvis ergo a statutis suis realibus, sensu ante dato, magistratum cujusque loci circa immobilia ne latum quidem unguem ex comitate recedere, sed suo mordicus inhaerere juri, experientia testetur, atque inde immobilia, non alia quam loci situs lege regi tralatitium sit... Mobilium tamen ratione in dispositionibus testamentariis, dum quaeritur, an illae in universum permittendae sint nec ne, uti et ab intestato successioneibus, donationibus inter conjuges vetitis permissivae, et aliis similibus, de juris rigore communi quasi gentium omnium consensu laxatum est ; sic ut ex comitate profecta regula praxi universali invaluerit, mobilia in dubio regi lege loci in quo eorum dominus domicilium fovet, ubicunque illa vere exstiterint*).

Sur cette question des meubles, il faut relever que Jean développe une théorie de la *lex domicilii* comme fruit d'une localisation fictive des meubles que son père n'envisage de manière aussi explicite : dans trois passages de son *De Statutis*, *op. cit.*, section IV, chapitre II, n°2 et 8 et section IX, chapitre I, n°8, Paul reprend à son compte la solution et la justification traditionnelles sans développer de réflexion particulière sur la *comitas* : tout au plus, celle-ci n'est jamais invoquée en matière mobilière qu'à propos de la question de l'exécution de la sentence de confiscation des meubles du condamné (*loc. cit.*, section IX, chapitre I, n°8 et section XI, chapitre 2, n°4, où l'auteur utilise le substitut *aequitas* ; *De mobilium et immobilium natura*, *op. cit.*, chapitre 23, n°2 et 14).

fonction de garant de la stabilité économique et sociale qui lui est dévolue, conjointement à son rôle premier, et dans quel cas, au contraire, il s'applique sans que ne rentrent en ligne de compte des considérations de police. Les critères à satisfaire pour dégager les premiers de la masse des seconds ne sont pas aisés à mettre en œuvre. En effet, les différents cas de figure où se révèle cette dimension de police ont tous, dans leur diversité, pour point commun d'assujettir les ressortissants étrangers concernés à un régime juridique plus contraignant que celui qui a normalement cours dans le pays où leurs droits ont été acquis (qui peut être celui du domicile d'origine, du premier domicile des époux, etc.)⁵²³. Dans un contexte désormais bien différent de celui qu'a connu son auteur, le statut réel immobilier embrasse, dès lors, la figure familière du « statut odieux » cher à Bartole⁵²⁴. Dès lors, si ces droits sont amenés à s'exercer sur les immeubles situés dans le pays de leur situation matérielle, alors, la loi étrangère est nécessairement portée à entrer en contradiction avec la loi locale, cette dernière ès qualités de *lex rei sitae*, et elle est écartée pour cette raison même que ladite loi locale doit satisfaire un but qui transcende la seule prise en compte des intérêts privés.

Sur toutes les questions portant sur le statut réel que les Voet ont l'occasion d'aborder, certaines touchent à des institutions aussi essentielles que la communauté conjugale ou le testament. L'équilibre de la société repose essentiellement sur la protection des intérêts familiaux, y compris en ce qui concerne leurs arrangements patrimoniaux. Par conséquent, les règles édictées par le pays du lieu de situation des immeubles tendent à s'imposer, dans une logique territorialiste, contre toute disposition contraire alléguée par une partie désireuse de faire valoir un droit qu'elle tirerait d'un système juridique étranger. Aussi la réaction de l'ordre juridique du *situs rei* se fait-elle plus virulente et plus ferme lorsque le litige porte sur la prohibition qui frappe les donations entre époux (1.) ou lorsque l'une des parties tente de lui imposer, contre sa volonté, l'application du régime de communauté légale aux immeubles situés sur son territoire (2.). Les questions de succession sont également susceptibles de réveiller les sensibilités territorialistes : ainsi en est-il de la succession testamentaire, quand elle se confronte à un environnement juridique qui n'admet pas le testament sur certains biens (3.)⁵²⁵. Mais les questions de droit qui sont traitées par l'un et l'autre auteur peuvent également se référer à la condition des meubles, en matière successorale, toujours, lorsque se heurtent des systèmes de succession ab intestat propres à certaines régions néerlandaises (4.), mais aussi en matière de police des grains, par le biais de la mesure visant à interdire l'exportation de froment (5.). S'il semble ambitieux et artificiel de vouloir, à tout prix, ramener à l'unité cette diversité de cas, extraits des multiples *exempla* passés en revue par les deux Voet, les solutions que ceux-ci défendent permettent, d'un point de vue théorique, de confronter les impératifs de la souveraineté/territorialité au défi que pose l'éventualité de recourir à la *comitas* pour favoriser l'extraterritorialité des statuts.

⁵²³ La condition peut d'ailleurs s'avérer réversible sans que la réaction de l'ordre juridique du for en soit changée : en effet, s'il s'avère que le régime juridique du lieu de situation est plus favorable que celui du lieu d'acquisition des droits, rien n'empêche la juridiction compétente de l'interpréter comme une fraude à la loi.

⁵²⁴ Le rapprochement avec Bartole (voir, *supra*, pp. 95-103) est moins hasardeux qu'il n'en a l'air de prime abord : si un statut est qualifié de « odieux » ou de « favorable », c'est au regard de cette raison naturelle et de cette équité qu'est censé porter le *jus commune*. Pour sa part, Jean Voet fonde *ex summo jure et ratione naturali* la souveraineté/territorialité tirée de la loi *Extra territorium* (Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, n°5 ; voir aussi n°11), alors que l'*aequitas*, elle, se voit investie d'un rôle différent : assurer la portée extraterritoriale d'un statut sans qu'aucune souveraineté ne soit blessée. Le vocabulaire employé souligne, à tout le moins, la tradition statutiste à laquelle ces auteurs, pourtant différents à bien des égards, se rattachent.

⁵²⁵ Les trois exemples qui viennent d'être évoqués se trouvent être précisément les trois exemples qui viennent à l'esprit de Jean Voet lorsqu'il s'agit, pour lui, d'illustrer sa définition du statut réel : voir Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, n°3.

1) L'interdiction des donations entre époux.

En matière de donations entre époux, la règle qui prévaut dans la Province d'Utrecht rappelle beaucoup l'esprit d'hostilité qui semble régner alors dans la France coutumière, malgré la diversité des régimes qui caractérise cette dernière, et se démarque tout autant de la solution romaine, qui, tout en maintenant une interdiction de principe, l'avait assortie de tempéraments pour en atténuer les rigueurs. La conception extensive de la prohibition s'explique par les mêmes raisons qui l'ont emporté dans nombre de coutumes françaises : elle seule était à même de préserver l'équilibre patrimonial des familles, d'assurer la solidité des engagements matrimoniaux (et, particulièrement, des contrats matrimoniaux) en empêchant la rupture de cet équilibre et d'éviter les pressions qu'un époux pourrait exercer sur un conjoint trop craintif ou trop faible. L'arrangement intervenu, le plus souvent, lors des contrats de mariage entre les deux familles avait scellé leurs rapports patrimoniaux et, par là même, ceux du ménage et nulle raison ne semblait imposer que cet accord fût remis en cause. Ces préoccupations, pour fort communes qu'elles fussent à l'époque, n'ont pas empêché les auteurs de s'interroger sur le caractère personnel ou réel de cette prohibition. Parmi ceux qui inclinaient à y voir un élément de protection de la personne, Bartole rangeait, en son temps, cette interdiction parmi les *statuta prohibitiva in personam* qu'il convenait de réputer « favorables » et, partant, extraterritoriaux⁵²⁶. Cette interprétation a néanmoins rencontré des résistances dans les environnements les plus sensibles à la réalité/territorialité et, à cet égard, il n'est guère étonnant de trouver, parmi les défenseurs de la vision adverse, un Paul Voet, qui s'en explique (succinctement) dans son *De Statutis* (IV, 3, 2) :

2. Plus encore, est-ce que s'adresse à la chose ou à la personne le statut qui dispose que « un époux ne doit pas faire une donation en faveur de son conjoint, ni lui léguer quoi que ce soit », comme en dispose notre statut ultrajectin ? Je réponds que : même si, en droit romain, un tel statut peut être conçu pour la personne, parce que la raison de la prohibition y est autre, je n'irai pas soutenir la même chose chez nous, où la donation est valable, comme faite *mortis causa*, si elle est confirmée par le décès : au contraire, il faut admettre que, selon nos coutumes, ce statut est pur réel. En effet, premièrement, il restreint l'aliénation et le transfert des choses ; deuxièmement, son objet principal est la chose ; troisièmement, il ne s'étend pas aux immeubles qui sont situés en dehors du territoire du législateur, où un statut contraire est en vigueur, selon les lois *Extra territorium* (D. 2.1.20) et *Libertino tutores* (D. 26.5.27.1).⁵²⁷

Partant d'une règle, possiblement coutumière, en vigueur dans la Province d'Utrecht, Paul Voet considère que cette interdiction pour les époux de procéder entre eux à des donations s'inscrit au rebours de celle que décrétait le droit romain, dans la mesure où les raisons qui les motivent l'une et l'autre (*ratio prohibitionis*) ne sont pas du même ordre. Cette différence tient, pour le statut ultrajectin, à ce que celui-ci s'applique uniquement à la chose (*in rem*) et non à la personne

⁵²⁶ BARTOLE, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* », *op. cit.*, n°32.

⁵²⁷ Paul VOET, *De statutis*, *op. cit.*, sect. IV, chap. III, n°2 : *Ulterius utrum statutum : ne conjux conjugi donet, aut aliquid relinquat, quale est nostrum Trajectinum, sit in rem, an in personam conceptum ? Respondeo, licet forte de jure Romano tale statutum in personam possit esse, conceptum ; quod ibidem alia ratio prohibitionis, atque apud nostrates, ibidem donatio valebat, ad instar mortis causa, adeoque morte confirmabatur, apud nostros, non idem : nihilominus dicendum erit, hoc statutum de moribus esse mere reale. Inhibet quippe rerum alienationem et translationem, primario ; versatur circa rem, tanquam objectum statuti principale ; neque etiam extenditur, ad immobilia, extra statuentis territorium sita ubi contrarium obtinet statutum. Arg. l. ult. D. jurisd. l. 27. § 1. D. Tutor & curat. dat.* Suivent les diverses opinions des docteurs.

(*in personam*)⁵²⁸. Or, cet objet réel conditionne la mise en œuvre du statut territorial, qui cantonne ainsi le champ d'application de la prohibition aux seuls immeubles communs situés sur le territoire et qui exclut, dès lors, les immeubles communs qui se trouvent à l'extérieur dudit territoire. Tenus au respect de cette interdiction au regard du territoire où se trouve le domicile conjugal, les époux peuvent, dès lors, tout aussi bien retrouver leur capacité de disposition *ex comitate* si le territoire étranger dans lequel sont situés les immeubles ne connaît pas une réglementation aussi rigoureuse (soit expressément, en autorisant ce genre de donations, soit – hypothèse sans doute plus théorique – tacitement, en gardant le silence à ce sujet) que se voir assujettis, au contraire, à raison de ces mêmes immeubles « étrangers », à une prohibition du même ordre si l'ordre juridique local en décide ainsi. La solution ne saurait surprendre puisque c'est déjà celle que, quelques années auparavant, Rodenburg défendait dans l'argumentaire développé qu'il consacrait à l'affaire du testament d'Antonio van Diemen et qui fut approuvée par la juridiction ultrajectine. Si l'on se place du point de vue d'époux domiciliés dans la province d'Utrecht, il n'y a là que le jeu très classique de la réalité des statuts⁵²⁹.

En revanche, si l'on se place du point de vue d'époux domiciliés dans une autre province ou dans un autre Etat qui autorise l'acte de donation, alors, la qualification de statut réel ne peut plus revêtir la même signification, ni la même portée. En décrétant que la prohibition des donations ne portait que sur les immeubles qui sont situés sur le sol de la province, la décision rapportée par Rodenburg n'a pas entendu soumettre à ce régime les seuls époux ultrajectins, mais tout aussi bien les époux étrangers qui possèderaient des biens dans la province d'Utrecht, et ce au motif qu'il y aurait injustice à ce qu'un étranger jouisse d'un droit de disposer qui est refusé obstinément aux citoyens de la province⁵³⁰. Loi de police immobilière destinée à assurer la paix des familles et la stabilité de leurs patrimoines, la prohibition des donations entre époux doit, pour atteindre son but, s'imposer même à ceux qui auraient pu se prévaloir *ex comitate* d'un droit légitimement acquis à l'étranger et, par voie de conséquence, leur en retirer le bénéfice.

2) La communauté universelle entre époux.

Le même esprit rigoureusement territorialiste domine la question de la communauté universelle entre époux, à chaque fois que le régime communautaire auquel des époux, habitant par exemple à Utrecht ou en Hollande, sont soumis par la loi de leur domicile demande à s'exécuter sur des immeubles situés dans un ressort législatif ou coutumier qui ne reconnaît pas la communauté ou qui la restreint aux seuls acquêts, comme en Frise⁵³¹. Dans la mesure où la

⁵²⁸ Les arguments défendus par les auteurs acquis à la qualification de statut personnel en matière de donations entre époux s'appuient précisément sur l'autorité du droit romain : si l'on en croit Rodenburg, ils avancent que ce genre de statut est édicté en ayant en vue la personne et non pas la chose ; qu'une « Loi... fondée sur l'état conjugal, qui est une qualité toute personnelle, est imposée aux personnes et non aux choses ; que la raison de la Loi qui défendait, chez les Romains, aux conjoints les donations entre vifs est... d'empêcher que l'amour conjugal ne devînt vénal entre eux ; en sorte que cette Loi n'a eu pour objet que l'utilité et la tranquillité des familles » (Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, tit. II, chap. V, n°1, p. 663 de l'édition de Paris, 1766, traduction de Louis BOULLENOIS).

⁵²⁹ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, tit. II, chap. V, n°1 et 2 *in principio*. Sur l'affaire du testament d'Antonio van Diemen, voir notre analyse, *supra*, pp. 243-249, et les arguments que Rodenburg donne de la *ratio prohibitionis* ultrajectine.

⁵³⁰ *Ibidem*.

⁵³¹ Sur le régime de communauté qui prévaut dans la Province d'Utrecht et en Hollande et sur les conflits qu'il suscite vis-à-vis d'autres provinces, comme la Frise, qui ont une définition bien plus restrictive de la communauté (communauté réduite aux acquêts), voir Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.* titre II, chapitre V, n°12, spécialement les pages 673-676 de l'édition parisienne de 1746.

question se pose à propos de la portée à conférer à un statut, il est entendu qu'il s'agit là d'une communauté universelle légale, telle que, comme nous le rapporte Paul Voet lui-même, elle avait cours dans les provinces de Hollande et d'Utrecht.

L'enjeu de la qualification réelle ou personnelle de ce régime matrimonial n'est pas sans avoir de graves répercussions sur le sort des immeubles tombés en communauté et sur la condition patrimoniale des époux. Si la communauté universelle est rangée au nombre des statuts personnels, elle cherchera à étendre ses règles sur les immeubles situés à l'étranger et à les réunir dans une même universalité, soumise à une seule et même loi : la loi du domicile matrimonial. Sortant du cadre statutiste, Charles Dumoulin est allé plus loin encore en défendant une position qui s'encombre peu de la distinction traditionnelle et qui repose sur l'idée que le régime matrimonial doit être soumis à la loi, ou coutume, choisie par les époux, expressément, par convention, ou tacitement, par la fixation du domicile conjugal au lieu dont ils veulent faire le siège de leurs intérêts⁵³². Quelle que soit la position adoptée en la matière, l'extraterritorialité du régime légal qui en découle s'avère si manifestement contraire à l'emprise impérieuse de la *lex rei sitae* sur les immeubles qu'elle n'a pas manqué de faire réagir vivement les partisans de la réalité/territorialité. L'autonomie de la volonté qui se dévoile à travers les hardiesses des thèses arborées par Dumoulin et par le Parlement de Paris était déjà une néfaste « novelleté » qui contredisait les habitudes de juristes tout encore imprégnés de la *summa divisio* traditionnelle. Les sarcasmes de d'Argentré ne laissent guère de doutes sur la vigueur de leur indignation. Mais, se contenterait-on juste de défendre une conception personnelle des rapports patrimoniaux envisagés dans leur dimension immobilière, les territorialistes objecteraient l'inconséquence qu'il y a à détacher les immeubles de leur loi « naturelle » : la loi du lieu de leur situation, pour leur appliquer une loi étrangère.

Cette préoccupation inspire précisément la démonstration qu'expose Paul Voet, qui se résigne mal à voir la communauté des époux, établie par un statut, battue en brèche par un statut étranger ou une coutume étrangère adverse, quant aux immeubles situés dans son détroit :

9. Mais que devons-nous décider à propos de la coutume, ou plutôt du statut, propre à plusieurs des Provinces-Unies, qui instaure la communauté de biens entre les époux – soit dès la célébration du mariage, comme en Hollande, soit après la consommation du mariage, comme chez les Ultrajectins – et ce à moins que cela n'ait été exclu par les accords relatifs à la dot ? Mettra-t-on ce statut au nombre des statuts réels ou au nombre des statuts personnels ? Je réponds que : peut-être, si un tel statut était de droit civil, il s'étendrait aux biens qui sont situés à l'étranger, prenant exemple sur la *societas*, dans laquelle, lorsqu'elle est constituée de tous les biens, tous ceux-ci se fondent instantanément dans la communauté, par l'opération de quelque tradition fictive, à l'exception des dettes, selon les trois premières lois du titre *Pro socio* du dix-septième livre du Digeste (D. 17.2.1 *in fine* ; D. 17.2.2 ; D. 17.2.3).

Mais, même si un arrangement devait être conclu, de celui-ci, il naîtrait une action personnelle, relative à la mise en commun, à l'estimation, etc. des biens situés en dehors du territoire, là où une

⁵³² Convaincu par la célèbre consultation 53 de Charles Dumoulin en faveur des héritiers de la veuve du chancelier de Ganay, le Parlement de Paris rend un arrêt en juillet 1527 qui déclare que la communauté entre époux, conclue sans conventions matrimoniales, s'étend aux immeubles situés en pays de droit écrit, qui ignore ce régime, et que ces immeubles entrent dans la composition du don mutuel que s'étaient concédés les époux de Ganay. Cette décision, qui grave dans le marbre une règle de conflit promise à une belle postérité, marque surtout la défaite des partisans du statut réel, lequel ne peut s'opposer à l'application d'une institution qu'il ignore et qu'il n'a donc pas expressément interdite. En revanche, une telle solution se heurterait à une résistance farouche de l'ordre juridique du *situs rei*, pour peu que celui-ci refuse d'y donner droit, comme c'était le cas, à la même époque, en Normandie. La réaction du statut prohibitif local contraste sur ce point avec l'absence de réaction du statut qui serait simplement négatif, c'est-à-dire indifférent. Sur la consultation 53 et sur l'arrêt *de Ganay* dont on ne connaît que l'année, voir Charles DUMOULIN, *Caroli Molinaei Opera*, t. III, Paris, 1681, pp. 963-966.

coutume contraire existe. Néanmoins, parce que cette communauté statutaire regarde avant tout l'aliénation des biens et qu'elle affecte en particulier les choses elles-mêmes, en premier lieu et à titre principal, il ne pourra être nié que notre statut doit être rangé au nombre des statuts réels ; de sorte qu'il ne sortira pas ses effets réels sur des biens qui sont situés dans un territoire que régit un statut contraire...⁵³³

Ce parti-pris en faveur de l'interprétation territorialiste de la communauté, par considération pour l'objet réel du statut, ne saurait surprendre de la part d'un auteur si imbu des thèses réalistes. Mais plus riche d'enseignements encore est la conséquence qu'il en tire : l'invincibilité d'un statut local « contraire », à chaque fois qu'il est confronté à un régime matrimonial communautaire qui demanderait à s'exécuter, par la grâce du statut du domicile, sur des biens situés sur son territoire. La difficulté ne tient pas tant à la solution exprimée qu'à la définition et au degré d'intensité qu'il convient d'attribuer à ce *statutum contrarium*. Pour que le statut local soit ainsi qualifié de « contraire », suffit-il seulement qu'il en dispose différemment en matière de régime matrimonial ou ce statut doit-il, pour cela, expressément interdire tout régime de communauté sur son territoire ? La réponse qu'apporte à cette question Paul Voet semble imprégnée d'un esprit étroitement territorialiste, si on la rapporte aux opinions exprimées par ses prédécesseurs et contemporains, et son fils lui-même ne semble pas aussi catégorique sur cette question.

En effet, la règle affirmée en son temps par Dumoulin et confirmée par le Parlement de Paris impliquait, par nature, que l'obstacle élevé par le droit du lieu de situation ne tînt plus dès lors que ce droit se contentait simplement d'ignorer le régime de la communauté universelle. Mais elle se basait sur une interprétation de la communauté conjugale qui s'émancipait de toute référence statutaire pour lui préférer une règle de conflit au caractère consensualiste beaucoup plus marqué et, quelle que fût la liberté de choix laissée aux époux de déterminer eux-mêmes la loi applicable à leur union, elle ne pouvait aller à l'encontre des prescriptions d'un statut local hostile à ce type de régime. Même parmi les statutaires qui pourraient sembler plus favorables à la qualification de statut réel, certains, à l'image d'un Christian Rodenburg, distinguent selon que le statut du lieu de situation des immeubles est prohibitif ou simplement négatif et, par conséquent, selon qu'il est fait, ou non, obstacle à l'extension du régime communautaire sur des biens sis à l'étranger⁵³⁴. Pour sa

⁵³³ Paul VOET, *De statutis, op. cit.*, sect. IV, chap. III, n°9 : 9. *Verum quid statuendum de variarum Provinciarum in Belgio consuetudine, vel potius statuto, quo inter conjuges, post celebratas nuptias, ut in Hollandia ; post copulam, ut apud Ultrajectinos, bonorum inducitur communio, nisi pactis sit exclusa dotalibus, reali ne statuto adnumerabitur (sic), an potius personali ? Resp. Et si forte de jure civili tale statutum, ad exemplum societatis ad bona alibi jacentia sese extenderet, in qua societate, si ea sit omnium bonorum, etiam omnia continuo, per factam aliquam traditionem, exceptis nominibus, communicabuntur. l. 1. in fine. l. 2. l. 3. D. Pro socio.*

Etiam si pactum interveniat, ex eo nasceretur actio personalis, ad bonorum extra territorium jacentium, ubi contraria consuetudo locum habet, communicationem, vel aestimationem etc. Arg. l. 7.12. D. Pact. Dotal. L. 6 Cod. de pact. convent. Quia tamen illa communio statutaria potissimum rerum spectat alienationem, adeoque res ipsas afficit primario et principaliter, negari non poterit, quin reali statuto, hoc nostrum sit connumerandum ; ut ad bona alibi sita, ubi contrarium obtinet statutum, reales effectus non exerat. Per all. anterioribus positionibus... Parmi les différentes positions qui se sont exprimées sur la matière, Paul Voet cite Bertrand d'Argentré, de van Christynen, Bourgogne, Rodenburg et Simon van Leeuwen, qui sont loin de tous partager le même avis sur une question, semble-t-il, très disputée.

⁵³⁴ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.* titre II, chapitre V, n°12, spécialement les pages 673-676 de l'édition parisienne de Boullenois (1746). Rodenburg envisage tout aussi bien le cas d'une communauté universelle légale que celui d'une communauté universelle conventionnelle. Mais l'essentiel de son raisonnement porte sur la communauté stipulée entre époux. Dès lors, la solution à laquelle il aboutit ne saurait surprendre. En pareil cas, il est d'avis que les biens situés en Frise qui appartiennent, au jour de leur mariage, à des conjoints hollandais ou ultrajectins deviennent, dès ce moment, communs, par l'effet de la convention qu'ils ont conclue. La justification se trouve dans le constat que la province de Frise, même si elle connaît un régime communautaire différent, ne prohibe pas explicitement le régime de la communauté universelle et est donc simplement négatif. Mais, *a contrario*, si les biens se trouvent situés en un lieu dont le statut édicte expressément une prohibition de cette nature, alors, la clause du contrat

part, loin de reprendre une telle distinction, l'aîné des Voet considère que la communauté légale doit être envisagée comme un statut purement réel et qu'elle ne peut, à ce titre, s'étendre aux acquêts qui sont situés à l'étranger⁵⁵⁵.

Paul Voet se conforme à une vision territorialiste des rapports patrimoniaux entre époux que n'aurait pas, en son temps, renié Bertrand d'Argentré. En effet, les époux qui se marient en se soumettant à la communauté universelle légale qui a cours au lieu de leur domicile se trouvent régis, de la sorte, en chaque pays étranger où ils posséderaient des biens, par une réglementation différente, en contradiction avec la vocation universelle de leur régime. Les différents statuts locaux seraient donc, respectivement, compétents pour déterminer le sort des biens présents sur leur territoire. En vertu de la force que connaît une telle conviction, il n'y a guère lieu de s'étonner que Paul Voet s'embarrasse peu de la distinction, si importante pour certains de ses pairs, entre statuts locaux prohibitifs ou simplement négatifs. Le *statutum contrarium* qu'il mentionne n'est jamais qu'un statut prohibitif, qui, par excellence, ne souffre point de dérogation. Sur la communauté ainsi conçue s'imprime un caractère de « loi de police » réelle, qui traduit bien la volonté de conditionner les règles relatives aux biens matrimoniaux à leur situation matérielle effective et d'assujettir les intérêts des époux à l'impérativité des prescriptions locales.

Jean Voet consacre des développements plus nourris et plus nuancés à la question de la communauté universelle, lorsque, dans les derniers paragraphes de sa dissertation sur les statuts, il entend traiter de la distinction entre statuts prohibitifs et statuts dispositifs⁵⁵⁶. Il part du principe que les statuts relatifs à la communauté sont bien des statuts dispositifs, auquel il est loisible de déroger par conventions matrimoniales. Dès lors, rien ne s'oppose, *a priori*, au libre exercice d'une volonté expresse des époux et, partant, à l'extension du régime qu'elle s'est donnée aux biens partout où ils sont situés. De même, s'il s'agissait d'une « volonté tacite et présumée » de la part des époux, alors, la présomption serait qu'ils aient voulu se conformer aux dispositions de la loi de leur domicile : dès lors, une communauté universelle, légalement formée au lieu du domicile, peut valablement étendre ses effets aux biens situés en un lieu où ce régime est inconnu. Mais l'auteur ajoute une réserve désormais devenue classique et communément admise, celle qui tient à neutraliser cette extraterritorialité en présence d'un statut local qui s'y opposerait ouvertement :

20. Cependant, ces pactes tacites et présumés ne s'étendent pas aux biens situés en ces lieux où le statut est prohibitif ; car, d'un tel statut, la force ne se peut ôter par accord exprès.⁵⁵⁷

demeurerait sans effet. La faculté offerte aux époux de s'affranchir du régime légal pour disposer, à leur volonté, du sort de leurs biens par contrat démontre à l'envi que le législateur du lieu de leur domicile n'imprimait pas à cette question un caractère d'ordre public (dont l'effet s'en trouve atténué) ou de police. Toutefois, cela ne présume pas de la parfaite coopération des autorités étrangères, si, d'aventure, elles se trouvent saisies de la question des effets à accorder à ce régime communautaire.

La distinction entre statut prohibitif et statut exclusif (ou négatif) de communauté sera de nouveau soulevée par Louis FROLAND au XVIII^e siècle, dans ses *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, au tome 1^{er}, chapitre II, paragraphes I à VI, pp. 211-238. Voir, *infra*, le titre second de la présente partie.

⁵⁵⁵ Toutefois, Paul Voet réserve l'hypothèse de la communauté conventionnelle, à laquelle il semble accorder, par imitation du droit romain, le droit de s'étendre aux biens situés en tous lieux et, dans le cas où elle se heurterait à un statut prohibitif, hostile à la communauté, d'offrir la faculté au conjoint préjudicié le secours de l'action personnelle contre son conjoint, sur le fondement de la loi *Pro socio*. RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.* titre II, chapitre V, n°12, p. 676, ne raisonne pas autrement, l'idée de société conjugale semblant, en l'espèce, l'emporter dans l'esprit des auteurs.

⁵⁵⁶ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, *op. cit.*, n°18 à 21.

⁵⁵⁷ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, *op. cit.*, n°20 : *Non tamen hae tacitae et praesumptae pactioes se extendunt ad bona sita in illis locis, ubi prohibitorium statutum est ; cum nec expressa pactioe talis statuti vis tolli possit...*

Que la communauté universelle soit conventionnelle, par volonté expresse, ou qu'elle soit légale, par volonté tacite, le statut prohibitif étranger constitue toujours un mur infranchissable sur lequel vient se briser l'extraterritorialité à laquelle elle aspire, comme l'atteste, pour la France, l'arrêt *de Fervaques* du 10 juin 1617 ou encore l'arrêt *de Miromesnil* du 31 janvier 1663⁵³⁸. Si différence il doit y avoir dans la doctrine, cela tient davantage au travail de qualification, aux justifications qui le sous-tendent et au rôle éventuel que peut jouer la *comitas*. Ainsi, Paul Voet tient la communauté universelle légale pour un statut réel strictement territorial et semble ainsi lui conférer un caractère de « police », alors que Jean Voet préfère, comme Rodenburg, y voir un simple statut extraterritorial, à caractère dispositif, susceptible, *ex comitate*, d'entrer en contradiction avec un statut prohibitif étranger.

3) La succession testamentaire.

Poursuivant son travail de qualification sur les statuts qu'il convient de réputer réels, Paul Voet estime que les successions, aussi bien ab intestat que testamentaires, intègrent cette catégorie, au même titre que la communauté universelle légale, pour cette raison même qu'elles ont pour objet principal et exclusive la chose et non la personne. Il rappelle, à cette occasion, qu'en matière de succession ab intestat, il convient de raisonner en partant de la distinction entre meubles et immeubles et de procéder à leur localisation, effective ou fictive, pour déterminer le critère de rattachement. Cette démarche, des plus classiques, le conduit à attribuer compétence, en matière mobilière, à la loi du lieu du dernier domicile du défunt, et, en matière immobilière, à la loi du lieu de situation⁵³⁹. C'est alors qu'il étend son raisonnement aux successions testamentaires et qu'il soulève, à leur propos, la question d'un statut prohibitif étranger qui entraverait l'exécution d'un tel acte de disposition sur des biens situés en son ressort :

11. La même solution doit être inférée au sujet de la succession testamentaire. En effet, imaginez un testament qui est autorisé en nos contrées, mais qui serait interdit en Gueldre. De là, il découle que, si quelqu'un fait son testament chez nous, il n'aura aucune valeur en ce qui concerne les biens qui sont situés en Gueldre. Assurément, un tel statut a en vue les biens eux-mêmes et sera, à plus forte raison, tenu pour réel, dans la mesure où il n'a aucune valeur en dehors du territoire du législateur (D. 2.1.20).⁵⁴⁰

D'avantage que les solutions aux conflits de statuts, qui ne prétendent nullement à

⁵³⁸ L'arrêt *de Fervaques*, rendu par le Parlement de Paris le 10 juin 1617, est évoqué par BASNAGE, *Œuvres de Maître Henri Basnage*, 4^e édition, Rouen, 1778, tome 2nd, p. 80 et par Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, tome 1^{er}, p. 232 et p. 238. L'arrêt *de Miromesnil* du 31 janvier 1663 est rapporté par François JAMET DE LA GUESSIERE, *Journal des Audiences*, tome II, au livre 5, chapitre 4, p. 477 et par Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, *op. cit.*, t. II, pp. 895-898. Les termes mêmes en sont également retranscrits *in extenso* par Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, thèse, Paris, 1947, pp. 343-345. Pour une interprétation de cet arrêt, voir Bertrand ANCEL, *Les conflits de qualifications*, *op. cit.*, n°55-57, pp. 59-61, et voir, *infra*, p. 484 et, surtout, pp. 565-567. Voir, sur les deux arrêts, Bertrand ANCEL, *Eléments*, *op. cit.*, pp. 316-318.

⁵³⁹ Paul VOET, *De statutis...*, *op. cit.*, sect. IV, chap. III, n°10. La seule curiosité qu'il convient de relever à propos de ce paragraphe tient à ce que l'auteur entend aborder la question des *successiones ab intestato* et que, quelques lignes plus loin, il attribue comme critère de rattachement de la succession aux meubles le *[locus] statutis, ubi testator habuit domicilium*. La rigueur d'exposition n'est certainement pas la plus grande qualité de Paul Voet, mais cette confusion ne semble pouvoir s'expliquer que par un *lapsus calami*.

⁵⁴⁰ Paul VOET, *De statutis...*, *op. cit.*, sect. IV, chap. III, n°11 : *Idem quod inferendum, quoad successionem testamentariam ; finge enim testamentum hic fieri permissum esse, in Geldria non ita ? Hinc si quispiam hic fecerit testamentum, non capiet vires, ratione bonorum in Geldria jacentium. Tale quippe statutum spectat ipsa bona, adeoque erit reale, non exferens vires ultra statuentis territorium. Arg. l. fin. D. jurisd.*

L'originalité, c'est bien le problème de la reconnaissance d'un acte de disposition à l'étranger et des effets que le juge du for étranger – en l'occurrence, le *forum rei sitae* – accepte ou refuse de lui accorder pour les biens qui sont compris dans le territoire de sa juridiction. Nul ne viendrait mettre en doute la compétence absolue que, par la force de la réalité des statuts, la loi et le juge du lieu de situation peuvent exercer sur ces biens, *ut singuli* comme *ut universi*. Mais nul n'en déduirait, par ailleurs, que tout statut réel est, par essence, prohibitif⁵⁴¹. En l'occurrence, la réaction des juridictions gueldroises vis-à-vis d'un testament tenu pour valable dans la province voisine d'Utrecht et portant sur des biens situés sur leur territoire témoigne de la volonté d'assujettir à une même prohibition aussi bien les habitants de la Gueldre que les ressortissants des autres Provinces ou d'états étrangers. Pour mieux cerner l'étendue et la fonction de cette prohibition, il vaut mieux s'en référer à Christian Rodenburg plutôt qu'à Paul Voet, qui n'apporte guère de précisions à ce sujet. Si l'on en croit Rodenburg, la prohibition, de nature coutumière, frappe tous les testaments qui auraient pour objet les biens allodiaux et « oblige ceux de dehors qui ont des biens de cette nature situés dans cette Province »⁵⁴². Etroitement confinée au territoire et aux biens qui s'y trouvent, cette interdiction présente tous les caractères d'une loi de police, que les juridictions gueldroises se chargeront de faire respecter.

Ce respect sourcilleux de la norme impérative locale entre en consonance directe avec la pratique étroitement territorialiste, si souvent relevée par l'École hollandaise, dont les Voet, des tribunaux de Gueldre, dès qu'il s'agit de donner exécution à un acte ou d'une décision étrangère⁵⁴³. Au fond, cela ne saurait surprendre, puisque, en procédant de la sorte, les Gueldrois ne font que pousser au paroxysme le pouvoir, que leur confère la souveraineté/territorialité des statuts, d'accueillir ou de rejeter, à leur propre discrétion, les droits qui ont été créés valablement en d'autres lieux et conformément à d'autres législations. Ils rappellent ainsi à la *comitas* qu'elle n'est source d'obligations que pour ceux qui acceptent de s'y soumettre.

⁵⁴¹ C'est d'ailleurs dans ce constat que réside toute la difficulté de la question. En matière mobilière, la règle de conflit permet de réduire la pluralité des lieux de situation à l'unité : celle assurée par le lieu du dernier domicile. En revanche, en matière immobilière, la *lex rei sitae* dispose d'une telle force *intra territorium* que, par nature, elle s'impose à toute disposition étrangère contraire ou discordante pour fixer le régime juridique du bien. Cela ne signifie pas nécessairement qu'il faille y voir l'intervention systématique d'un mécanisme correcteur tel que la loi de police, comme en témoigne l'exemple fameux de la « succession anglaise », quand celle-ci est appelée à porter sur des immeubles sis à Utrecht, que Paul VOET traite dans sa section IX, chapitre 1^{er}, n^o3 de son *De statutis, op. cit.* : « Qu'en est-il s'il y a une discordance entre statuts relatifs à une succession ab intestat ? L'on se référera au statut du lieu où se situent les immeubles et non du lieu où le testateur est décédé. C'est pour cela que, en Angleterre, seul l'aîné succède au père en ce qui concerne les biens anglais. En ce qui concerne les biens situés aux Pays-Bas, il concourra avec ses frères sur un pied d'égalité et ne jouira d'aucun droit supérieur, à moins qu'un statut ne lui défère ce droit par rapport aux meubles » (3. *Quid si circa successionem ab intestato, statutorum sit difformitas ? Spectabitur loci statutum, ubi immobilia sita, non ubi testator moritur. Unde primogenitus in Angliâ, tantum patri succedit, ratione bonorum Anglicanorum. Ratione bonorum in Belgio jacentium, pari jure cum fratribus concurret nec gaudebit jure praecipui, nisi in specie id illi deferat statutum, mobilium quorundam ratione.*). De la diversité des *rei sitae*, naît logiquement une diversité des règles successorales, comme c'est le cas dans cet exemple. Or, sauf à réduire le statut réel immobilier à n'être jamais que la traduction de la police immobilière du lieu, il nous importe de distinguer si l'application de la loi territoriale est une conséquence logique de la règle générale de conflit en la matière ou si, à titre particulier, elle s'impose en vertu de considérations tenant à l'ordre public (auquel cas elle rentre dans le périmètre de nos recherches).

⁵⁴² Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre II, chapitre V, n^o3 et 4, pp. 666-667 de l'édition parisienne de Boullenois (1746), spécialement le n^o3.

⁵⁴³ Cette réaction vis-à-vis des testaments portant sur les immeubles situés sur son territoire n'est d'ailleurs pas propre à la Province de Gueldre. Certaines juridictions de la Province de Groningue en jugeaient de même, et pour les mêmes motifs, si l'on en croit Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n^o24. Voir, *infra*, p. 301 (note 601) et p. 304.

4) La succession mobilière régie par des statuts particuliers.

La force des statuts réels, en matière de succession testamentaire et ab intestat, se fait principalement ressentir lorsque la succession porte sur des immeubles, car la *lex rei sitae* prétend alors exercer son autorité sur le territoire qui lui est soumis dans un esprit de pur exclusivisme et sur les considérations spéciales de police, immobilière ou non, qui y ont cours. *A contrario*, la succession mobilière semble devoir échapper, à première vue, aux aléas du mécanisme correctif porté par la territorialité des statuts, en rapportant tous les meubles, en quelque endroit qu'ils soient situés, par le biais de leur localisation fictive, au lieu du dernier domicile du défunt. Pourtant, cette première vue peut se trouver démentie, en certaines circonstances, par l'intervention d'une règle de conflit particulière, qui, écartant d'autorité la solution traditionnellement admise en la matière, s'applique à l'ensemble des meubles d'une succession ab intestat. La singularité se rencontre, à l'époque de Paul Voet, dans la Province de Hollande. En effet, au milieu du XVII^e siècle, le droit de succession ab intestat qui prévaut dans la province de Hollande et dans les Îles de Frise Occidentale qui lui sont rattachées distingue deux régimes juridiques, dont les différences radicales semblent refléter un vieux fonds coutumier d'origine germanique ou pré-germanique et dont les ressorts respectifs, selon les auteurs de l'époque, s'étendent de chaque côté d'une ligne de démarcation représentée par l'Yssel hollandais⁵⁴⁴. Au nord de cette rivière, la succession ab intestat est régie par l'*aasdomsrecht* (ou l'*azingdomsrecht*), qui définit un ordre de succession trilineaire et cognatique, exclusif de toute représentation, réparti en fonction du « sang le plus proche ». Ainsi, les descendants du défunt priment sur les ascendants, qui, à leur tour, s'il n'y a pas ou plus de descendants, sont préférés aux collatéraux. A l'inverse, au sud de l'Yssel hollandais, la succession ab intestat passe sous l'empire du *schependomsrecht*, ou droit échevinal, qui, lui, pose un système de succession par parentèle, qui est destiné à préserver la continuité et la fortune du lignage. Ce droit coutumier, qui connaît la représentation à l'infini, repose sur l'idée que « les biens doivent revenir au lignage dont ils proviennent » et se veut une application stricte de la règle *paterna paternis, materna maternis*, qui écarte tout droit du parent survivant⁵⁴⁵. La solution préconisée en matière de succession mobilière semble devoir lever tous les obstacles que la pluralité des réglementés est

⁵⁴⁴ Ainsi dénommé pour ne pas être confondu avec l'Yssel (ou Ijssel), une rivière qui, elle, traverse les provinces de Groningue et de l'Overijssel.

⁵⁴⁵ Ces deux droits coutumiers ont chacun un fonctionnement complexe et original, qu'il n'a pas lieu ici d'exposer davantage, mais qui a suscité la curiosité des historiens du droit néerlandais, notamment sur leur origine supposée. La distinction *aasdomsrecht/schependomsrecht* a nourri la réflexion d'Eduard-Maurits MEIJERS et est à la base de ses travaux sur le droit ligurien de succession (« Le droit ligurien de succession », *TVR*, n°5, 1924, pp. 1-32, et, n°13, 1932, pp. 129-143, et *Etudes d'Histoire du droit*, publiées par R. FEENSTRA et H.F.W.D. FISCHER, tome I, Leyde, 1956, pp. 18-43 et 44-54 ; voir, sur ces travaux, John GILISSEN, « L'apport de Meijers à l'Histoire du Droit », *TVR*, n°48, 1980, pp. 355-371). Une tentative d'uniformisation du droit hollandais des successions ab intestat autour du *schependomsrecht* a été lancée par l'Ordonnance Politique du 1^{er} avril 1580, prolongée par une Interpétation du 13 mai 1594, qui s'est surtout évertuée, en ses articles 19 à 29, à réformer le « droit échevinal » et à en étendre les dispositions à l'ensemble de la province. L'hostilité marquée des Hollandais du nord face à ce nouveau système et leur rejet de la transposition de ce *schependomsrecht* réformé ont contraint les Etats de Hollande à promulguer le Placaat du 18 décembre 1599, qui a aboli, pour les régions du nord de l'Yssel hollandais, le régime mis en place par l'Ordonnance de 1580 pour y établir un *aasdomsrecht* réformé. Dans son *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* de 1631, au livre II, chapitre XXVIII, Hugo GROTIUS explique en détail quels sont ces deux droits coutumiers et quelles sont leurs différences (pour la traduction anglaise de Charles Herbert, voir *Introduction to Dutch jurisprudence of Hugo Grotius*, aux mêmes références, Londres, 1845, pp. 180-195). L'ouvrage de Robert Warden LEE, *Introduction to Roman Dutch Law*, *op. cit.*, décrit les deux systèmes et leur évolution respective aux pages 397-402. Voir aussi Hanno BRAND, « Les élites de Leyde et leurs familles à la fin du Moyen-Âge : morphologie, rapports et structures », *Revue historique*, 2001-3, n°619, pp. 603-638, spéc. pp. 632-635, et Wilbert D. KOLKMAN, « Intestate succession in the Netherlands », in Kenneth REID, Marius DE WAAL, Reinhard ZIMMERMANN, *Comparative Succession Law, volume II : Intestate succession*, aux pages 226-227.

susceptible d'élever contre l'unité de la succession, mais, comme le rapporte Paul Voet, la difficulté pratique se concentre sur la détermination du critère de rattachement qu'il faut retenir en la matière. En effet, les deux statuts disposent – à titre particulier – qu'il convient de s'en référer, non au lieu du dernier domicile du défunt, mais au lieu de son décès :

10. De là, la seconde hypothèse : l'on demande si, dans le cas où un mineur habitant Rotterdam, où un fils ne peut succéder à son père selon le *schepensdomsrecht* (droit échevinal), se serait rendu à Leyde, où le père succède à son fils selon le droit de *aasdom*, et y décéderait, il faut observer le droit de Leyde ou bien le droit de Rotterdam. Je réponds : certes, en règle générale, l'on s'en remet au statut du lieu où les biens immobiliers se situent, aussi bien en matière de succession ab intestat qu'en matière de succession testamentaire - comme cela a pu être démontré par les lois et autorités alléguées dans la distinction ci-dessus - et au statut du lieu où le défunt avait son domicile, pour ce qui est des biens mobiliers. Cependant, puisque, selon le droit de *aasdom* et le droit échevinal, il est disposé spécialement que l'on observe le statut du lieu où la personne est décédée pour ce qui est de ses biens mobiliers, pour cette raison, le père succède à son fils en matière mobilière, non pas en vertu du droit de Rotterdam, mais plutôt de celui de Leyde. A moins, cependant, et le cas de figure doit être relevé, que le pupille ne se soit rendu à Leyde sans le consentement de son tuteur ou sans le consentement de la chambre pupillaire : une telle manœuvre semblera avoir été opérée dans l'intention de frauder le statut. En ce cas, le statut de Rotterdam conserva sa pleine compétence. Voyez les *Hollandsche Consultatien*, première partie, *consilium* 152 qui se réfèrent à Bartole, à Panormitain, à Nicolas Bohier et à Alderano Mascardi, ainsi que, pour un cas semblable en matière testamentaire, Peck, *Tractatus de testamentis conjugum*, au livre IV, chapitre 29, n°2 et les notes de van Groenewegen sur l'*Inleydinge* de Grotius, au livre II, partie 26 *in fine*. Voyez, de même, Christian Rodenburg dans son *Tractatus*, au titre II, dans sa deuxième partie, aux chapitres premier, n°5, et deuxième, et Simon van Leeuwen, dans ses *Paratitla Juris Novissimi*, livre III, troisième partie, chapitre 4, au n°3⁵⁴⁶.

En l'occurrence, les juridictions hollandaises qui doivent connaître de la succession de ce mineur sont tenues, pour statuer sur la dévolution des biens lui appartenant, de se conformer à l'exigence posée par les deux droits particuliers de la Province de Hollande et, par conséquent, de mettre en œuvre la règle de conflit spéciale que l'un et l'autre instituent. Ladite règle de conflit présente un mérite équivalent à celui qu'offre la solution habituellement admise : celui de ramener la pluralité des situations mobilières à l'unité, assurée par le lieu du décès du défunt. S'il ne s'agit pas, pour Paul Voet, de remettre en cause la force de la règle de conflit, l'auteur soulève néanmoins la question des effets qu'il faut lui accorder, lorsque, comme en l'espèce, son application met aux prises les deux droits successoraux. Leurs dispositions, relatives au père du défunt, sont rigoureusement antagonistes. Selon que le mineur vient à décéder dans la partie septentrionale de la Province, soumise au droit de *aasdom*, ou dans la partie méridionale, soumise au droit échevinal, le père sera appelé ou non à succéder à son fils.

⁵⁴⁶ Paul VOET, *De statutis*, op. cit., sect. IX, chap. I, n°10 : 10. *Unde secundo quaesitum in hypothesi ; num si Roterodami habitans impubes, ubi pater filio non succedit secundum jus Scabinicum, sese Leidam conferat, ubi pater secundum jus Aesdonicum filio succederet, ibique in fata concedat, jus Leidense, num vero Roterodamense sit spectandum ? Respondeo, licet communiter spectetur statutum loci, ubi bona immobilia sita sunt, quoad successiones tam ab intestato, quam ex testamento, uti idipsum fuit probatum per ll. et DD. allegatos disquisitione superiori, et locus statuti, quoad bona mobilia, ubi defunctus habuit domicilium ; Quia tamen secundum jura Aesdonica et Scabinica id speciale est, ut quoad bona mobilia spectetur loci statutum, ubi quis defungitur : ideo non secundum jus Roterodamense, sed potius Leidense, pater ratione mobilium filio succedet. Nisi tamen, qui casus notandus est, pupillus vel sine tutorum consensu, seu camerae pupillaris, sese Leidam contulerit ; et id ipsum videatur in fraudem statuti factum. Quo casu statutum Roterodamense suas vires obtinere deberet. Consultat. juriscons. Batav. part. 1. consil. 152. per ibidem allegatos. Bartol. Panormit. Boer. Mascard. vid. casum similem in causa testati apud Peckium de Testam. Conjug. lib. 4. cap. 29. num. 2. Groenweg. in notis ad Grot. introd. jur. Holl. libr. 2. part. 26 in fin. vid. et in simili Christ. Rodenburgh d. tract. cap. 1. num. 5. et cap. 2. part. ult. tit. 2. ; Simon van der Leeuwen Paratit. jur. noviss. lib. 3. part. 3. cap. 4. num. 3.*

Un tel système ne peut prétendre bien fonctionner qu'à condition qu'il n'y ait pas fraude à la loi. La coexistence de deux droits au sein d'une seule Province est de nature à favoriser les manœuvres frauduleuses d'un fils de famille qui voudrait ainsi échapper aux contraintes que la tutelle fait peser sur lui⁵⁴⁷. Si l'on suit l'hypothèse évoquée par le *De statutis*, le fils se transporterait sciemment, depuis Rotterdam, jusqu'à Leyde, pour s'y installer durablement ou temporairement et ce dans le but d'échapper au droit échevinal et de se soumettre au droit de *aasdom*. Ce faisant, il ouvrirait ainsi, après son décès, la faculté à son père de succéder à ses meubles ab intestat, qui serait refusée à celui-ci au lieu de leur domicile. Mais l'hypothèse inverse peut très bien s'envisager également, qui aurait pour conséquence de priver un père de famille leydois de la succession aux meubles de son fils si jamais celui-ci venait à décéder à Rotterdam. Dans les deux cas de figure, si les éléments légaux, matériels et intentionnels de la fraude à la loi sont effectivement réunis, alors, la compétence de la loi du lieu du décès sera nécessairement écartée au profit de celle, normalement compétente, dont les dispositions auront été contournées par la manœuvre ainsi opérée par le fils de famille. Ainsi, le critère de rattachement tenant au lieu du décès effectif – en l'espèce, la ville de Leyde, soumise au droit de *aasdom* – n'est plus pris en compte et l'ensemble de la situation est ramené au seul territoire du statut du domicile du mineur, soumettant, dès lors, la succession mobilière ab intestat au régime prévu par le statut en question. En l'occurrence, derrière la fraude à la loi, se dévoile le jeu d'un mécanisme correctif que l'on peut, à une époque où les frontières conceptuelles en la matière sont encore floues, tenir pour une « loi de police » personnelle. En eux-mêmes, les deux droits de succession particuliers dont il est question ici – droit de *aasdom* ou droit échevinal – ne sont pas des lois de police, mais leurs conditions relatives à l'incapacité qui frappe mineur et au consentement qu'il doit obtenir de son parent survivant ou de son tuteur prennent une coloration de police très fortement prononcées, parce qu'elles participent du régime de protection du mineur. Mais le défaut de la cuirasse doit sans doute se trouver à la hauteur de la règle de conflit particulière que ces deux droits ont en commun. Par le rattachement qu'elle instaure, elle ne peut que donner lieu à des aléas qui sont à même de nourrir les comportements frauduleux et encourager les déplacements à l'intérieur de la Province et, même, à l'extérieur de ses frontières. D'où la nécessité, fortement ressentie par les juridictions hollandaises, de rectifier ce défaut en recourant, chaque fois qu'il leur est possible, à la fraude à la loi.

L'exemple rapporté par Paul Voet doit être apprécié à sa juste valeur et ramené à sa juste proportion : même en décédant à Leyde, le mineur reste un ressortissant hollandais, sujet de la ville de Rotterdam, et l'ordre juridique dans lequel se déroulent les faits, est toujours celui de la Province de Hollande. La *comitas* y prend donc peu de part. Mais la fraude se constitue néanmoins par un déplacement intra-provincial qui fait passer le mineur de l'empire d'un statut à celui d'un autre et qui provoque, en retour, la réaction de l'ordre public, qui redonne sa pleine compétence au statut dont les dispositions ont été blessées. Ainsi, en tant que mécanisme correctif et instrument de protection de l'ordre juridique du *for* contre les abus qu'un usage intéressé de la règle de conflit

⁵⁴⁷ Cette tutelle peut très bien être exercée par le parent survivant que par une tierce personne, désignée à cet effet par une chambre pupillaire. Sur le statut du mineur et son incapacité dans l'ensemble des Provinces-Unies au XVII^e siècle, voir Hans ANKUM, « Etudes sur le statut juridique des enfants mineurs dans l'histoire du droit privé néerlandais à partir du treizième siècle, I, Cessation de la minorité », *TVR*, n°44, 1976, pp. 291-335, spéc. les pp. 294-303, et « Etudes sur le statut juridique des enfants mineurs dans l'histoire du droit privé néerlandais à partir du treizième siècle, II et III, Puissance parentale et tutelle », *TVR*, n°45, 1977, pp. 117-153, spéc. pp. 117-122. Même si Paul Voet vise plus spécifiquement le cas de l'*impubes*, il faut relever que, sous l'influence du droit romain, la majeure partie des Pays-Bas septentrionaux a adopté la majorité romaine de vingt-cinq ans aux XVI^e et XVII^e siècles.

peut faire naître, la *fraus statuti* participe de la définition *lato sensu* de la « loi de police », parce qu'elle sert les intérêts de l'ordre public du territoire auquel elle se rapporte.

5) La police des grains : l'interdiction d'exportation du froment.

L'interdiction d'exporter les grains figure sans doute parmi les exemples les plus représentatifs et les plus récurrents des lois de police avancés par les différents auteurs statutistes depuis Bartole. A ce titre, elle s'impose d'évidence à l'esprit des deux Voet lorsqu'il leur revient d'illustrer la portée, territoriale et extraterritoriale, d'une prescription posée par l'autorité publique en vue de défendre les intérêts de la communauté nationale au détriment de ceux des particuliers. Recherchant, dans le cadre de la partie générale de son étude, à déterminer dans quels cas un statut peut, ou non, porter ses forces au-delà des limites du territoire, Paul Voet en arrive à la conclusion qu'en certains cas, un statut territorial prohibitif étend ses effets à un étranger à raison des biens qu'il possède sur le territoire en question. C'est parmi cette catégorie de statuts qu'il convient de ranger « le statut qui interdit l'exportation de blé » parce que, précisément, ledit statut « s'impose également au ressortissant étranger »⁵⁴⁸ :

12. De la même manière, un étranger est sujet d'un territoire à raison des biens qu'il ne lui est pas possible d'exporter sans aller à l'encontre du statut qui interdit, par exemple, l'exportation du blé, à la condition seulement que lui-même ou une partie de ses meubles se trouve encore sur le territoire. Il en découle qu'il peut être puni à raison des actes illicites qu'il commettrait à l'intérieur du territoire. S'ajoute à cela le fait qu'un tel statut ne semble pas tant avoir été édicté en considération de la personne qu'en considération de la chose, afin qu'il s'impose à l'étranger à raison de la chose qui se trouve située sur ce même territoire⁵⁴⁹.

Par un chemin différent de celui emprunté par son père, Jean Voet parvient à une conclusion identique. En effet, lorsqu'il examine la question du sort des meubles, qui dérogent, par leur rattachement à la loi du domicile, à l'emprise étroitement territoriale qu'exerce le statut réel, l'auteur attribue la compétence du juge du domicile à une simple fiction de droit qui rapporte, par souci d'utilité, tous les meubles au domicile de leur propriétaire et qui ne se justifie, rajoute-il, que par la « courtoisie qui s'observe entre nations ». Pour cette raison même, le pouvoir que détient le *judex domicilii* n'est pas aussi absolu que celui auquel pourrait prétendre, pour les immeubles, le *judex rei sitae* :

11. ... Ce qui est décidé et prescrit à propos des meubles par les autorités du lieu de leur présence matérielle, peut contredire au juge du domicile. En effet que, dans une région souffrant de la disette, le juge ordonne l'importation de froment ; dans l'espérance de tirer un meilleur profit du froment qu'il a stocké dans ses magasins dans un autre pays, un habitant souhaitera vivement l'apporter ; dans ce pays, cependant, le gouvernement, en vertu de son propre droit de contrôle sur l'usage du froment produit sur son sol, interdit toute exportation de céréales. Qui, ici, je le demande, osera

⁵⁴⁸ Paul VOET, *De statutis, op. cit.*, sect. IV, chap. II, n°12, *summarius* : *Statutum prohibens ne frumentum exportetur etiam obligat forenses.*

⁵⁴⁹ Paul VOET, *De statutis, op. cit.*, sect. IV, chap. II, n°12 : 12. *Non aliter, atque huic territorio subjacet forensis ratione bonorum, quae exportare nequit, contra statutum prohibens frumentum forte exportari, si modo in territorio aut ipse aut pars bonorum mobilium etiamnum reperiantur. Ad hunc effectum, ut de illicite gestis intra territorium, puniatur. Accedit, quod tale statutum non tam in personam, quam in rem latum esse videatur, ut forenses ratione rei ibidem sitae, constringat.* Parmi les auteurs cités à l'appui de cette position, figurent Bartole et Antoine Favre qui, dans son *Codex Fabrianus*, 1.14, *definitio* 2, traite longuement de la question.

contester que les meubles sont régis par la loi du lieu dans lequel ils se trouvent réellement et non par la loi du lieu dans lequel ils sont censés se trouver à raison du domicile de leur propriétaire ?⁵⁵⁰

L'interdiction édictée par le juge, qui s'étend au froment qui a été produit et entreposé dans son propre pays, trouve sa justification dans la « police des grains », c'est-à-dire la nécessité de préserver l'intérêt économique du pays et, donc, d'assurer la subsistance de la population dans les cas de disette. Une telle prescription, par la gravité des intérêts qu'elle prend à sa charge, oblige aussi bien les nationaux que les étrangers et elle ne peut, dès lors, qu'entraver les pouvoirs du propriétaire sur sa chose. Alors que le propriétaire étranger pourrait se prévaloir, *ex comitate*, de la loi locale pour importer du froment à son domicile, le statut réel – celui du lieu de situation effective du froment – se pare, en de telles circonstances, d'une vigueur et d'une impérativité qui ne souffrent aucune contrariété, fût-elle fondée sur une disposition étrangère.

B. Les statuts mixtes à l'épreuve de la territorialité

Depuis son apparition sous la plume de Bertrand d'Argentré, la classe des statuts mixtes porte le poids des liens très étroits qu'elle entretient avec les statuts réels. Cette proximité parfois trop grande avait même conduit certains auteurs, à la suite du jurisconsulte breton, à brouiller les lignes de partage entre les diverses classes et à aligner le régime des statuts mixtes sur celui des statuts réels. Cette marque territorialiste imprimée sur les statuts mixtes explique la difficulté qui se présente à la doctrine de l'École hollandaise de combiner les exigences des statuts locaux relatifs à la solennité des actes – particulièrement, en matière réelle immobilière – avec le libre usage de la règle de conflit *Locus regit actum*, dont l'ancienneté et l'utilité pratique appellent cependant au plus grand respect. A ce dilemme, Christian Rodenburg avait déjà tenté d'apporter une réponse satisfaisante en justifiant le jeu extraterritorial de ladite règle par la *necessitas facti*⁵⁵¹. Également confrontés à cette question qui met à l'épreuve la cohérence de leur démonstration, les Voet se placent volontiers sur le terrain de la *comitas* pour, tout à la fois, justifier et encadrer le recours à *Locus regit actum*, qui n'apparaît jamais que comme une concession – aisément révoquée – faite par le législateur au bénéfice de l'*utilitas privatorum* :

5. Et, ainsi, le lecteur sagace remarquera que j'étaye en abondance (ma démonstration), non seulement par des lois et des arguments, mais aussi par l'autorité des Docteurs, puisque non seulement beaucoup sont dans l'incertitude, mais pensent aussi avec moi (afin qu'il ne puisse être dit que c'est le fruit de mon invention) que les statuts locaux qui regardent les solennités n'exercent pas leurs forces sur les biens qui sont situés ailleurs, à moins que les juges de l'autre territoire ne les tolèrent spontanément et par *comitas*. Pour que, autrement, les actes qui auront été passés de bonne foi ne soient pas bouleversés ou que beaucoup d'entre eux qui pourraient être observés *ex aquo & bono*, ne soient rompus, quand bien même ils seraient contraires au droit strict.⁵⁵²

⁵⁵⁰ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, *op. cit.*, n°11 : *Praesertim cum considero, subinde per magistratus loci, in quo mobilia vere existunt, de illis ea constitui sancirique, quae domicilii iudici displicere possent. Quid enim si domicilii iudex frumenta importari jubeat, penuria frugum vexata regione ; incola, spe lucri majoris frumenta sua, in alia regione horreis recondita, inferre desideret, regioni vero isti imperans omnem vetuerit frugum exportationem, jure suo in sui territorii frumentis usus ? Quis hic, obsecro, negare sustineat, mobilia regi lege loci, in quo vere sunt, non in quo ob domicilium domini esse finguntur.*

⁵⁵¹ Sur cette notion, voir, *supra*, pp. 230-233.

⁵⁵² Paul VOET, *De mobilium et immobilium natura*, *op. cit.*, chap. XII, n°5 *in fine* : *Atque ita me non tantum legibus & rationibus, verum etiam auctoritate DD. abunde stabilivisse judiciosus lector animadvertet, quod & multi non ambigant tantum, verum etiam mecum sentiant (ne meum hoc inventum dici possit), statuta loci solemnita spectantia, non exercere suas vires ad bona alibi jacentia, nisi ea sponte & ex comitate admiserint alterius territorii iudices. Ne aliter quae bona fide gesta negotia turbarentur, vel multa quae ex aquo & bono servari potuissent, licent juris rigori adversentur, distraberentur.* Sur le traitement de la règle *locus regit actum* par les deux Voet

Parce qu'elle est le fruit de la pratique et que, à ce titre, elle s'adapte à merveille à ce besoin constant qu'éprouvent les particuliers de voir la validité formelle de leurs actes gouvernée par une seule et même loi, l'autorité de *Locus regit actum* n'est pas remise en cause par les Voet en matière de statuts mixtes⁵⁵³. Si Paul Voet l'accueille sans entrer plus avant dans la discussion⁵⁵⁴, son fils, à la suite de Rodenburg, éprouve, pour sa part, combien cette règle de conflit s'ajuste malaisément aux canons de la souveraineté/territorialité et tâche de déterminer dans quelles limites, et à quelles conditions, il appartient à la loi locale, confortée par le *strictum jus*, de laisser place à la mise en oeuvre de la règle *Locus regit actum*. Or, c'est dans les exceptions et les restrictions imposées à celle-ci qu'il revient de discerner le mécanisme de réaction de cette loi locale face à un usage trop libre de ladite règle, à travers la figure récurrente, chez les deux auteurs, de la *fraus statuti*.

Ainsi porté par *Locus regit actum* et la *comitas*, le statut mixte présente ce trait de caractère d'avoir en lui un champ d'application à la fois territorial et extra-territorial : valable, en la forme, au lieu où il a été passé, l'acte sera tenu pour valable partout où il sera amené à produire ses effets. À l'intérieur même du lieu de conclusion, la force de l'acte s'impose donc tout autant à l'étranger, serait-il de passage sur le territoire au moment où l'acte est conclu ou dressé, qu'au ressortissant local. C'est ce que relève Paul Voet dans le deuxième chapitre de la neuvième section de son *De statutis*, consacré aux statuts relatifs aux actes juridiques, et, plus particulièrement, lorsqu'il expose les implications de la règle *Locus regit actum*, qu'il a présentée dès le début dudit chapitre en prenant l'exemple du testament :

3. Qu'en est-il si un étranger rédige son testament en conformité avec le statut d'un endroit dans lequel il ne fait que séjourner ? Son testament sera-t-il valable ailleurs, là où il possède des immeubles ou là où il a son domicile ? Je réponds qu'il en sera ainsi. En effet, comme il s'agit ici de la solennité de l'acte, qui oblige tous ceux qui s'adonnent à quelque affaire en ce même lieu, elle obligera également l'étranger qui y dispose s'il veut donner quelque utilité à sa disposition ou à son acte, et ce même si elle ne le lie pas de manière absolue. En effet, le statut relatif aux solennités n'est ni un statut réel, ni un statut personnel, mais bien un statut mixte : que cela oblige également un étranger là où il agit, c'est ce que nous avons expliqué dans le chapitre relatif à la division des statuts. A moins, cependant, qu'il n'ait été accordé quelque chose à titre de privilège aux seuls citoyens, à l'exclusion des étrangers...⁵⁵⁵

par le prisme de l'*aequitas*, voir A. Basil EDWARDS, « The Appeal to "Ex aequo et bono" in the Seventeenth to Eighteenth Century Conflict of Laws », *Fundamina*, n°2, 1996, pp. 261-284, spéc. pp. 273-275.

Comparer déjà ce que Paul VOET écrivait, dans le même ouvrage, au n°2 : « De là, il s'ensuit aussi que les statuts qui disposent des solennités des actes juridiques, qualifiés par les Docteurs de personnels et par moi-même de mixtes, n'accompagnent non plus l'acte en tous lieux, à moins que les juges d'un pays étranger ne veuillent le reconnaître comme valable sur le fondement de l'*humanitas* » (*Hic etiam consequetur, ne quidem statuta, quae circa negotii solemnia disponunt, plerisque DD. personalia appellata, mihi mixta, ubique actum comitari nisi quod eum tanquam validum, ex humanitate alterius loci iudices sustinere velint*).

⁵⁵³ Sur la définition et la fonction des statuts mixtes par les deux Voet, voir, *supra*, pp. 251-252 et les textes qui y sont cités.

⁵⁵⁴ Paul VOET, *De statutis*, *op. cit.*, section IX, chap. 2, n°1 : « 1. Mais que faudra-t-il décider à propos des formalités des actes si les statuts des divers lieux diffèrent ? Imagine que quelqu'un rédige son testament au lieu de son domicile en employant les solennités du lieu de situation d'un de ses biens, et non celles qui ont cours à son domicile : le testament sera-t-il valable en ce qui concerne les biens qui sont situés à l'étranger ? Je réponds : non, parce que un testament ne peut valoir que s'il observe la solennité qui est requise au lieu de sa confection... » (*1. Verum, quid de Solemnibus, in negotiis, adhibendis, statuendum erit si locorum statuta discrepent ? Finge quempiam testari in loco domicilii adhibitis solemnibus rei sitae, non sui domicilii, valebitne testamentum ratione bonorum alibi sitorum ? Resp. quod non. Neque enim aliter testamentum valere potest, quam si ea servetur solemnitas, quam requirit locus gestionis*). Voir aussi *eod. loc.*, n°2.

⁵⁵⁵ Paul VOET, *De statutis*, *op. cit.*, section IX, chap. 2, n°3 : 3. *Quid si forensis secundum loci statutum testamentum condatur, ubi tantum hospitatur, an valebit alibi, ubi vel immobilia, vel domicilium habet ? Respondeo, quod ita. Cum enim hic agatur de actus solemnitate, quae quoscunque obligat in loco negotium aliquod gerentes, etiam obligabit forenses ibi disponentem, si suam dispositionem, vel*

L'intérêt d'un tel passage réside dans l'analyse qui y est faite de la règle de conflit *Locus regit actum* et par la localisation objective de l'acte qui se rattache au lieu même où il est rédigé ou passé, donnant ainsi compétence à la loi locale pour en régir les formes. Paul Voet insiste, en particulier, sur l'élément impératif de la règle *Locus regit actum*, qui conduit la loi locale à exercer son emprise tant sur les ressortissants nationaux que sur les ressortissants étrangers qui seraient parties à l'acte, y compris, précise-t-il, ceux qui n'y sont que de passage. Au regard de ces critères, la loi locale – en tant que *lex loci actus* – présente indubitablement des similitudes avec une « loi de police ». Mais le seul élément impératif ne suffit pas à ranger la loi locale parmi ce type de normes. La meilleure preuve en est que cette impérativité ne découle pas de l'application d'un mécanisme exceptionnel et dérogoratoire au jeu de la règle de conflit, mais bien de la mise en œuvre normale de cette dernière. Cette impérativité nous semble davantage s'accorder avec l'*utilitas privatorum*, dans la mesure où les particuliers ne peuvent trouver qu'avantage à ce que le régime juridique applicable aux solennités soit ainsi unifié sous l'empire d'une seule et même loi. La fixité du critère de rattachement permet d'éviter qu'un simple franchissement de frontières ne rende la loi du lieu de confection inopérante et qu'une autre loi n'entre alors en concurrence avec la première.

Une fois ces principes posés, Paul Voet tire les conclusions logiques de ce caractère impératif que revêt l'application de *Locus regit actum*. La loi qui gouverne les formes de l'acte est préservée de toute atteinte par l'autorité que lui confère la souveraineté du législateur du lieu. Mais ce caractère impératif doit composer avec la bilatéralité inhérente à la règle de conflit, bilatéralité qui peut s'interpréter, dans l'esprit hollandais, comme une « concession de la souveraineté du for aux souverainetés étrangères »⁵⁵⁶ *ex comitate*. Dès lors, la règle de conflit s'applique indifféremment selon que le lieu de rédaction ou de passation de l'acte se trouve dans le territoire du for ou à l'étranger : par conséquent, la *lex loci actus* peut tout aussi bien être la loi du for que la loi étrangère. Ainsi, rien n'interdit à un ressortissant local de rédiger un testament ou de conclure un contrat en dehors des limites du territoire, en usant, à cette fin, des solennités qui sont requises dans le lieu où il se trouve, fût-ce temporairement. L'acte qui en est le fruit est normalement pour valable en la forme partout où il est invoqué. De ce point de vue, la règle de conflit assure, par son fonctionnement, une égalité de traitement pour tous ceux qui y sont soumis, que ce soit des ressortissants locaux ou étrangers, que leur acte soit passé sur le territoire du for ou en territoire étranger.

L'impérativité et la bilatéralité de la règle *Locus regit actum* trouvent, néanmoins, leur limite dans une réserve qu'évoque Paul Voet dans la suite de sa dissertation et que nous devons reconnaître désormais pour traditionnelle dans un raisonnement statutiste : celle de la « fraude au statut ». Il n'est pas anodin de constater que cette réserve surgit, à propos du testament, dans le paragraphe qui suit son exposé du caractère impératif de la règle *Locus regit actum* :

suum actum velit utilem ; licet non praecise liget eundem. Statutum quippe circa solemnia nec est in rem, nec in personam, sed mixti generis : quod etiam obligare forensem ibi, ubi quid gerit, in capite de statutorum divisione fuit explicatum. Nisi tamen privilegii loco aliquid datum sit civibus, exclusis extraneis. Le « chapitre relatif à la division des statuts » auquel l'auteur fait allusion est le chapitre n°2 de la quatrième section, et particulièrement, les n°3 et 4.

⁵⁵⁶ Pour reprendre les termes employés par Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1986, volume 196, pp. 9-238, spéc. pp. 52-53 (dans lesquelles il fait allusion aux Hollandais). Voir aussi, du même auteur, « La réciprocité en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977, volume 154, pp. 103-214, spéc. les pages 114-123.

4. Cependant, si quelqu'un, dans l'intention de se soustraire aux solennités qui ont cours au lieu de son domicile, sort du territoire en fraude dudit statut, j'estimerais que son testament ne sera pas valable...⁵⁵⁷

De même, un peu plus loin dans le même chapitre, Paul Voet passe du testament au contrat. La « fraude au statut » est mentionnée expressément par l'auteur parmi les exceptions qui dérogent directement à la compétence de la *lex loci conclusionis* en matière contractuelle :

9.3. Troisième exception : à moins que quelqu'un, qui chercherait à se soustraire à quelque embarras ou à quelque solennité dispendieuse au lieu de son domicile, et, à plus forte raison, en fraude de son statut, ne s'en aille dans un autre pays sans aucune raison de force majeure et, y ayant accompli son acte, ne s'en retourne ensuite au lieu de son domicile. Voyez Alderano Mascardi, dans ses *Conclusiones*, VI, n°134, qui suit, sur ce point, les *Consilia* de l'Arétin, au n°54⁵⁵⁸.

La « fraude au statut » rappelle, ainsi, que la loi étrangère n'est pas placée, en tout, sur un rang de parfaite égalité avec la loi du for et que la bilatéralité n'éteint pas toute faculté pour l'ordre juridique de réagir à une utilisation abusive de la loi étrangère en vertu de la règle de conflit. Cette réserve permet ainsi de priver de ses effets un acte qui offrirait, à première vue, toutes les apparences de la légalité, mais dont la seule raison d'être tient au bénéficiaire que l'on entend retirer d'une loi étrangère jugée plus avantageuse que la loi locale. Parce qu'il peut considérer que les formalités qui sont exigées dans son pays sont trop contraignantes ou trop onéreuses, un particulier pourrait très bien se déplacer, dans cet unique but, à l'étranger afin de profiter des solennités plus favorables qui y sont prescrites. Reste au juge la tâche toujours délicate de devoir vérifier si l'élément intentionnel de la fraude est bel et bien présent dans l'espèce qui lui est soumise. Si la volonté de contourner la législation du for venait à être établie, alors, l'acte serait frappé de nullité et ne pourrait produire ses effets dans les limites du territoire concerné, alors même qu'il le pourrait dans le pays même où il a été passé. La logique qui est en œuvre tient à ce que la loi du for retrouve, en la cause, sa pleine compétence *de stricto* ou *de summo jure* et qu'elle écarte donc tout titre de la loi étrangère à s'appliquer. En effet, en pareil cas, les formes de l'acte sont envisagées à l'aune des exigences de l'ordre juridique du for et non plus de l'ordre juridique dans lequel l'acte a été passé.

Ainsi, la fraude au statut, par dérogation au jeu naturel de la règle de conflit, rappelle la compétence *de jure* de la loi du for, en dehors de tout facteur d'extranéité. Si l'on accepte de jouer avec les distinctions modernes, cette « fraude au statut » ne peut s'assimiler à une loi de police pleine et entière que si une dernière condition est satisfaite. Comme le précise Paul Voet lui-même à deux reprises, la loi dont les exigences sont méconnues est bien celle du « domicile ». Ce critère concerne directement les ressortissants nationaux et ne semble pas inclure ceux des étrangers qui ne seraient que de passage sur le territoire. A l'égard des étrangers, la fraude ne peut donc être considérée comme pleinement constituée que si un étranger a élu domicile dans le territoire concerné et que s'il a voulu s'affranchir de la contrainte que lui imposaient les solennités qui y ont cours.

⁵⁵⁷ Paul VOET, *De statutis*, op. cit., section IX, chap. 2, n°4 : 4. *Si tamen quispiam, ut evitaret solemnitate loci sui domicili, in fraudem talis statuti extra territorium se conferat, ejus testamentum non valere, existumarem.*

⁵⁵⁸ Paul VOET, *De statutis*, op. cit., section IX, chap. 2, n°9, excipe 3 : *Nisi quis, quo in loco domicili evitaret molestam solemnitate, adeoque in fraudem sui statuti nulla necessitate cogente alio proficiscatur, & mox ad locum domicili, gesto alibi negotio, revertatur.* Mascard. d. tract. concl. 6. n. 134 post Arétin. cons. 54.

Reprenant le flambeau de son père dans son *De statutis*, Jean Voet s'attache à approfondir et justifier, sur les bases les plus solides, la solution de celui-ci, en entreprenant de départir les domaines de compétence dévolus respectivement à la loi locale, en vertu du *strictum jus*, et à *Locus regit actum*, sur le fondement de la *comitas* ou *aequitas* :

10. Tout ce qui a été dit et expliqué jusqu'ici au sujet des statuts réels et personnels vaut aussi au sujet des statuts mixtes qui règlent les solennités requises pour la formation des actes ; et même si nous recherchons quel est le droit strict des autorités de chaque province, aucune ne sera tenue, quant aux biens situés sur son territoire, de réputer valables les actes de disposition effectués en autre lieu en conformité des solennités y ayant cours et au mépris de celles qu'exigent les statuts du lieu de situation des biens. Commandent ici les mêmes raisons que celles à l'instant invoquées pour les statuts personnels. S'y ajoute une raison tirée de l'absurde. Considérons d'abord le fait que, pour prévenir toute éventualité ou tout soupçon de forgerie, en Frise, la présence de sept témoins est requise pour les testaments, alors qu'en Hollande, il suffit que le notaire réunisse deux témoins, et considérons ensuite, s'il te plaît, qu'un Frison ou un Hollandais dispose en Frise de biens frisons, par testament reçu par un notaire frison en présence de deux témoins des plus dignes de foi : il n'est pas permis de douter que cette volonté, déclarée de la sorte en Frise à propos de biens frisons, manquera son effet et que le juge de Frise refusera créance à ces hommes, seraient-ils de ses familiers et généralement connus pour être des personnes de confiance, de sagesse, de probité et d'autorité avérées. Suppose, maintenant, qu'à l'inverse, un Hollandais ou un Frison fasse sur des biens frisons un testament en Hollande devant un notaire et deux témoins en conformité des solennités du lieu de l'acte ; je te demande quelle raison de justice ou d'équité commande que le juge frison soit tenu *ex necessitate* de s'en tenir aux déclarations de ces trois Hollandais et de valider la disposition de biens frisons, alors qu'il ne peut ni ne veut ajouter foi à celles de ses concitoyens, ses familiers, connus, estimés, remarquables par leur intégrité incontestée. Qui (sauf raison de courtoisie recommandant le contraire, comme il sera dit *infra*) ne jugerait dangereux et inique d'encourager une mauvaise opinion de ses propres compatriotes, tandis qu'à d'autres qui diffèrent à peine par la situation ni par l'esprit des lieux et que leur honnêteté ne distingue pas mieux, on ferait confiance et apporterait pleine foi, parce qu'ainsi l'a voulu et décidé le juge de l'endroit où le disposant a dicté ses dernières volontés ? Au reste, si, en chaque pays, l'autorité a de droit le pouvoir d'interdire absolument les dispositions testamentaires portant sur les biens situés sur son territoire, qui pourrait estimer qu'elle n'a point le pouvoir de prendre une loi de moindre portée qui n'admettrait la régularité des dernières volontés à l'égard des biens se trouvant sur le territoire que si celles se sont manifestées dans les formes locales ? Comme le dit le proverbe, « on ne saurait interdire le moins à qui est permis le plus », selon les termes de la loi *Non debet* (D. 50.17.21). En faveur de cette opinion, adossée à telles raisons, ne manquent pas les autorités de premier plan qui, quoique pas toujours par les mêmes voies, arrivent à la conclusion qu'en droit strict, un acte effectué selon les formes moins exigeantes du lieu où il est passé est inefficace à l'égard des biens situés là où les lois requièrent des solennités plus lourdes comme en chaque pays l'autorité peut en imposer. Voyez en ce sens ceux que rapporte Fernando Vázquez de Menchaca, au livre 4 de ses *Quaestiones*, chapitre 3, n°18, auxquels se joignent Théodore van Tulden, dans son commentaire sur le Code, au titre *De testamentis*, n° 5 ; Christian Rodenburg, dans son traité préliminaire *De jure quod oritur...*, au titre 2, chapitre 3, n°1, *in medio* ; Nicolas de Bourgogne, dans son commentaire sur les coutumes de Flandres, traité 6, n°2 ; Paul van Christynen, dans son commentaire sur la loi de Malines, au titre 17, article 1, n°10 & à la rubrique dudit titre, n°10 ; Andrea Fachinei, au livre 5 de ses controverses juridiques, chapitres 90 et 91, et Paul Voet, dans sa dissertation *De natura mobilium & immobilium*, au chapitre n°12⁵⁵⁹. Nul n'oppose qu'il serait

⁵⁵⁹ Outre les auteurs flamands, ceux de l'École hollandaise, et le célèbre membre de la Seconde scolastique espagnole, Fernando Vázquez de Menchaca, Jean Voet fait ici référence aux travaux de Théodore VAN TULDEN (Theodoor van Tulden ou Diodorus Tuldenus, originaire de Bois-le-Duc), qui, après des études de philosophie et de droit à Louvain, a passé son doctorat de droit et enseigné le droit civil en cette même Université à partir de 1620, et est mort le 16 novembre 1645, peu de temps après être entré en fonctions au Grand Conseil de Malines. Il s'appuie aussi sur les *Controversae iuris* d'Andrea FACHINEI (André Fachin ou Andreus Fachinaeus, 1549-1609) qui demeure l'œuvre la plus connue de ce juriste italien qui, après avoir suivi un cursus universitaire à Padoue, est devenu conseiller des ducs de

absurde qu'un seul et même testament doive obéir à des formes différentes ou qu'il doive s'accomplir en plusieurs actes distincts. Certes, que cela soit fâcheux pour les disposants, personne n'ira là-contre ; cependant, je ne perçois pas plus d'absurdité ou d'injustice dans cette rigueur du droit qu'il n'y en a, lorsque les biens immobiliers d'un défunt intestat se trouvent en plusieurs contrées, à considérer qu'il y a plusieurs successions, chacune soumise à la loi du lieu de situation. Que le nombre des testaments progresse du même pas que celui des successions, cela est assez juste puisque c'est par testament qu'on dispose des successions⁵⁶⁰.

Dans ce long paragraphe, qui n'est que le premier mouvement d'une démonstration en deux temps, Jean Voet entreprend d'étendre le principe de territorialité absolue – qu'il a érigée en règle *de summo jure* dès le début de son *De statutis* – aux statuts mixtes, comme il l'avait précédemment fait pour les statuts réels et personnels. Ce faisant, il tire les conséquences logiques qui découlent d'une application inconditionnelle du *strictum jus* en repoussant, d'un point de vue théorique, le jeu naturel de la règle de conflit *Locus regit actum*, règle de conflit par nature extraterritoriale : « même si nous recherchons quel est le droit strict des autorités de chaque province, aucune ne sera tenue, quant aux biens situés sur son territoire, de réputer valables les actes de disposition effectués en autre lieu en conformité des solennités y ayant cours et au mépris de celles qu'exigent les statuts du lieu de situation des biens ». Il s'appuie dès lors, pour étayer son

Bavière et, à partir de 1587, professeur de droit impérial (civil) à Ingolstadt, avant de retourner enseigner en Italie, à Pise, à partir de 1597. Sur van Tulden, voir Paul BERGMANS, « Tulden (van), Théodore », *Biographie nationale de Belgique*, tome 25, Bruxelles, 1932, 833-835 et Victor BRANTS, *La faculté de droit de Louvain à travers cinq siècles (1426-1906)*, Louvain-Paris, 1906, pp. 107-109. Sur Fachinei, voir Viviana VENTURA, « Andrea Fachinei », *Dizionario Biografico degli Italiani (DBI)*, volume 44, Rome, 1994.

⁵⁶⁰ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, n°10 : *Dicta huc usque ac explicata de statutis realibus ac personalibus in mixtis quoque circa actuum gerendorum solemnities quid disponentibus locus habent ; atque adeo, si jus summum magistratum cujusque regionis investigemus, obstrictus nemo erit, ut quantum ad bona, in suo sita territorio, ratas habeat dispositiones aliis in locis celebratas, solemnitatibus adhibitis ex lege loci, in quo negotium gestum est, neglectis illis, quas rei sitae statuta postulabant. Dictant id argumentationes eadem, quae de personalibus statutis paulo ante adductae. Quibus accedit ab absurditate desumpta ratio ; si consideres, ad submovendam omnem falsitatis tum occasionem, tum suspicionem in Frisia septem testium praesentiam in testamentis desideratam esse, in Hollandia binos sufficere tabellioni junctos. Frisonem, obsecro, aut Hollandum in Frisia de bonis Frisicis testantem, concipe, tabellione Frisico ibidem probato cum testibus duobus fide dignissimis adhibito, non sane dubitabitur, quin haec de rebus Frisicis in ipsa Frisia declarata voluntas effectu caritura sit ; nec fidem habiturus sit judex Frisicus tribus hisce, licet sibi familiaribus, icet sibi & vulgo notis, tanquam spectatae auctoritatis, prudentiae, probitatis, fideisque viris. Quod si ergo, converso casu, Hollandum aut Frisonem de bonis Frisicis in Hollandia coram tabellione duobusque testibus testatum fuisse ponas, atque adeo functum solemnibus locis actus gesti ; quae, quae, vel justitiae vel aequitatis ratio dicat, ut trium Hollandorum assertioni stare teneretur ex necessitate judex Frisicus, & ita ratam de rebus Frisicis habere dispositionem, dum suis civibus, notis familiaribus indubitatae integritatis laude conspicuis, actu simili superstitionibus, pari numero, fidem habere nec vult, nec potest. Quis non durum judicaverit & iniquum (nisi comitatis ratio aliud snadeat, ut post dicitur) malignum de propriis civibus fovere judicium ; de aliis nec situ locorum nec genio longe diversis, nec candore probatis, bene credere, plenam his fidem adhibere, quia sic voluit, sic judicavit judex loci, in quo voluntatem supremam testator dictavit. Denique si magistratus quisque jure possit in universum testamentarias prohibere dispositiones de rebus in suo territorio sitis ; quis non longe magis ei permissum arbitratibus, talem legem tondere, qua non aliam vult ratam esse voluntatem supremam de rebus in suo territorio existentibus, quam quae ejusdem loci solemnibus invenitur firmata, juxta vulgatissimum illud : Non debere ei, cui quod plus est, licet, non licere quod minus est, l. non debet 21. ff. de regulis juris. Nec desunt pro hac opinione, sic rationibus suffulta, auctoritates virorum praestantium, qui, licet non iisdem omnes ratiociniis usi, concludendum tamen censuerunt, summo jure actum minoribus solemnibus ex praescripto loci, in quo gestum est, non operari circa bona in tali sita territorio, in quo plenior leges solemnitates requirunt, & hoc a loci cujusque magistratu sic posse constitui. Ita plures relati apud Ferdin. Vasquium quaest. lib. 4 cap. 3. num. 18. ac praeter eos Tuldenus in Codicem tit. de testamentis num. 5 Rodenburch (sic) de jure conjugum tract. praelim. de statut. divers. tit. 2. cap. 3 num. 1. in med. Burgundus ad consuetud. Flandriae tract. 6. num. 2. Christinaeus ad leg Mechliniens. tit. 17 art. 1. num. 10, & ad rubricam d. tit. num. 10. Fachinaeus lib. 5. contrav. cap. 90 & 91. Paulus Voet de natura mobil. & immobilium cap. 12. Nec quicquam facit in contrarium, quod absurdum fuerit, unum idemque testamentum diverso solemnitarum jure instruendum esse, aut plura per unum esse condenda testamenta. Nam, quamvis id molestis fore testantibus nemo iturus sit inficias ; absurditatem tamen aut injustitiam in illo juris rigore non deprehendo, non magis, quam est in eo, quod pro multiplicatis regionibus, in quibus immobilia bona morientis intestati sita sunt, multiplicatae censeantur haereditates ex situs legibus singulae certo certius regendae. Testamentorum sane & haereditatum numerum pari procedere passu, justum satis, cum per testamenta de haereditatibus dispositio fiat (traduction Bertrand ANCEL).*

propos et démontrer « l'absurdité » d'une application irréfléchie de *Locus regit actum*, sur l'exemple des solennités imposées pour la rédaction, sous forme d'acte notarié, d'un testament, selon que celui-ci est dressé dans la Province de Frise ou dans le Province de Hollande. Ainsi qu'il le rappelle, les deux provinces ont des exigences différentes pour qu'un tel acte soit tenu, aux yeux de leurs autorités respectives, pour valable en la forme. La crainte qui anime Jean Voet explique l'intransigeance de la solution qu'il préconise : il ressort de son exemple que le juge frison ne saurait souffrir que l'on puisse ainsi violer cette exigence fondamentale de forme, parce qu'elle est précisément destinée à protéger les patrimoines immobiliers frisons et à éviter que la volonté du *de cuius* ne soit trop aisément méconnue. En d'autres termes, le statut réel contamine le statut mixte.

D'un tel raisonnement, il faut inférer que chaque disposant, Frison ou étranger, est contraint à s'assujettir à la formalité imposée par la Province s'il veut déterminer la destinée des biens immobiliers qu'il y possède, et cela qu'il fasse dresser son testament à l'intérieur ou en dehors des limites de ladite Province. A qui s'étonnerait de voir que Jean Voet refuse de reconnaître toute validité, *ex necessitate juris*, à un testament qu'un Hollandais aurait rédigé dans sa province en respectant les formes qui y sont requises, il répond qu'il y aurait une grave injustice à donner aux étrangers une latitude dans le recours aux formes du testament qui serait refusée aux Frisons. Etant donné la valeur accordée par l'ordre juridique frison au respect des « formes locales », le recours à un testament notarié reçu devant deux témoins est jugé insuffisant et, interdit aux Frisons, il doit l'être également aux Hollandais. Cette interdiction frappe donc également les testaments que les ressortissants frisons auraient rédigés à l'étranger, car il y aurait là matière à contourner les dispositions de la loi frisonne en matière de solennités testamentaires et à encourager la *fraus statuti*. Par conséquent, elle se dirige envers tous les actes qui auraient été passés, en la forme, « au mépris [des solennités] qu'exigent les statuts du lieu de situation des biens », comme le précise, sciemment, Jean Voet. Il devient, dès lors, évident que, à raisonner uniquement en termes de *jus strictum*, la conformité de l'acte à l'exigence posée par le législateur frison, auquel il n'est permis à quiconque de déroger, revêt ce caractère impératif qui contribue à donner à la *lex fristica loci actus* la figure d'une loi de police.

Le deuxième mouvement de la démonstration, au n°13 de son *De Statutis*, s'il réintroduit finalement la règle *Locus regit actum* par l'entremise de la *comitas* (présentée au n°12), ne fait que confirmer, *a contrario*, cette première conclusion. Le tempérament qui est ainsi apporté à la « rigueur du droit » ouvre donc la faculté pour une loi étrangère – en tant que *lex loci actus* – de sortir ses effets sur le territoire du for. Mais, parce que cette faculté ne repose que sur une concession de la part des autorités locales, il est bien entendu que ces dernières conservent, en toute occasion, le pouvoir d'apprécier souverainement s'il y a, ou non, contrariété aux exigences posées par leur ordre juridique. Le problème de droit qu'il avait soulevé dans le paragraphe n°10 à propos des formes requises pour les testaments appelés à s'exécuter en Frise est ainsi directement résolu sur le fondement de l'*aequitas*, en vertu d'une sentence du Sénat de la Province :

13. Et, à propos des statuts mixtes concernant la forme de toute sorte d'actes, l'opinion n'en est pas moins répandue, hors tous raisonnements en termes de droit suprême et de *potestas*, que l'emploi des solennités dont l'observation est imposée par la loi du lieu de conclusion suffit à la validité de l'acte ; de sorte que ce qui a été ainsi fait, s'étend aux biens mobiliers et immobiliers situés en quelque lieu sur les autres territoires, où les lois requièrent l'observation de formes très différentes et beaucoup plus complètes... Bien qu'il soit constant qu'en Frise le testament requiert sept témoins, tandis qu'ailleurs, il suffit de la présence et de la foi d'un notaire et de deux témoins, voire que n'est exigée qu'une bien moindre solennité, le Sénat de Frise, mu par l'équité, a validé une disposition concernant

des biens frisons, effectuée devant un officier de Bois-le-Duc et deux témoins, suivant l'usage de la région de Bois-le-Duc ; ainsi, van den Sande, dans ses *Decisiones frisicae*, au livre IV, au titre premier, à la définition XIV, et la pratique conforme des Belges, des Allemands, des Espagnols, des Français et d'autres, comme l'attestent les auteurs de chacune de ces nations...⁵⁶¹.

Cet esprit d'*aequitas* ne se justifie que par les concessions réciproques que les Etats (ou Provinces) s'accordent entre eux pour l'*utilitas privatorum*. Le Sénat frison aurait pu s'en tenir à une lecture stricte de son droit et refuser de donner vigueur aux dispositions d'un testament qui avait été dressé en conformité avec les solennités requises à Bois-le-Duc (dans le Brabant des Etats, alors pays de la Généralité) et non en Frise. De cette décision en date du 25 mars 1634, il ressort que les Frisons ont fini par céder aux arguments qui justifient un relâchement de l'exclusivisme juridique que postule la territorialité, sans doute sur la base du constat que le lien avec leur Province était fort peu marqué et que le fait de laisser s'exécuter un tel testament sur leurs immeubles ne risquait pas de porter atteinte à leur ordre public⁵⁶². L'effet atténué de ce dernier prend place aux côtés de la loi de police parmi les mécanismes destinés à aménager les rapports intriqués entre *jus strictum* et *comitas/aequitas*. Mais la vigilance des autorités du for ne diminue pas pour autant, parce que la solution au litige dépend toujours de l'appréciation qui sera donnée des effets de l'application de la règle *Locus regit actum*. Jean Voet poursuit son raisonnement en apportant, incontinent, une restriction au tempérament que représente l'*aequitas*. En effet, lorsque le lien avec la Province se fait beaucoup plus fort, les juridictions locales ne feront pas preuve de la même clémence envers l'acte qui paraîtra, de manière plus ostensible, n'avoir été dressé que pour attenter à la stabilité de l'ordre juridique. Ce n'est autre, pour reprendre la terminologie employée par l'un et l'autre Voet, que ce que l'on qualifie de *fraus statuti* :

14. Et il en va ainsi, à moins qu'il n'apparaisse que, pour éviter les solennités plus incommodes et peut-être plus coûteuses de son domicile, on n'en soit parti, sans aucune nécessité, dans la vue

⁵⁶¹ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, n°13 : *Neque minus de statutis mixtis, actus cujusque solemnities respicientibus, percerebunt, insuper habitis de summo cujusque jure ac potestate ratiociniis, ad validitatem actus cujusque sufficere adhibitionem solemnitatum, quas lex loci, in quo actus geritur, praescripserit observandas ; sic ut quod ita gestum fuerit, sese porrigat ad bona mobilia & immobilia ubicunque sita aliis in territoriis, quorum leges longe alium, longeque pleniorum requirunt solemnium interventum... Quamvis ergo in Frisia septem testes in testamento requiri constet, alibi fere tabellionis testimoniumque duorumque praesentia ac fides sufficiat, aut saltem in universum longe minor solemnitas desideretur ; tamen aequitate rei motus Frisiae senatus ratam habuit de bonis Frisicis dispositionem, Sylvae ducis coram parochia duobusque testibus declaratam, juxta Sylvaeducensis regionis usum. Sande, decis. Frisic. lib. 4. tit. 1. defin. 14. & ita in praxi haec Belgis, Germanis, Hispanis, Gallis, aliisque placuisse, auctores cujusque gentis testantur* (traduction Bertrand ANCEL). Etant donné la longueur du paragraphe, les arguments avancés traditionnellement en faveur de *Locus regit actum* et la longue litanie des autorités doctrinales ont été volontairement omis.

Relevons que, parmi les vingt-et-unes autorités alléguées par Jean Voet au soutien de ses vues, toutes ces nations sont effectivement représentées. Parmi les « Belges » (y compris ceux des Provinces-Unies), sont citées, dans l'ordre, les travaux de Jean van den Sande (Frise), Pierre Peck (Anvers), Henri Zoes (originaire d'Amsterdam et professeur à Louvain, décédé en 1627), Arnold Vinnius (Leyde), Willem van Radelant, Christian Rodenburg, Paul Voet et Jean van Someren (Utrecht), Jacques Coren (Hollande), ainsi que la coutume locale réformée de Nimègue. Parmi les Allemands, l'auteur réfère à Andreas von Gail, à Joachim Mynsinger, à David Mevius et à Benedikt Carpzov fils ; parmi les « Espagnols », à Fernando Vázquez de Menchaca et à l'Italien Giacomo Menochio ; et, enfin, parmi les Français, à Géraud de Maynard, à Gui Pape, à René Choppin et à François de Barry. Sur les auteurs allemands, voir Christian VON BAR et Peter DOPFFEL, *Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert*, volumes 1 et 2, Tubingue, 1995 et 2001. Pour Menochio, voir Chiara VALSECCHI, « Menochio, Giacomo (Jacopo) », *Dizionario Biografico degli Italiani (DBI)*, volume 73, Rome, 2009. Pour les Français, voir leurs notices respectives dans Patrick ARABEYRE, Jean-Louis HALPERIN et Jacques KRYNEN, *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^{ème} édition, Paris, 2015, par Patrick ARABEYRE (de Barry), Alessandra FRIGERIO (Choppin), Jacques POUMAREDE (de Maynard) et Gérard GIORDANENGO (Pape).

⁵⁶² La date nous est rapportée par Jean VAN DEN SANDE, dans ses *Decisiones frisicae*, au livre IV, titre premier, définition XIV, *in fine*, à la note (a), Leeuwarden, 1656, p. 255.

d'accomplir ailleurs un acte en fraude du statut et revenir aussitôt après ; en effet, il serait alors difficile d'étendre la validité de l'acte ou du testament aux biens situés dans le lieu du domicile ; car semble indigne d'aucun bienfait de la courtoisie celui qui, consciemment et frauduleusement, méprise, élude et bafoue les lois de son domicile. A quoi il conviendrait, à mon avis, de ramener ceux qui, lorsqu'au lieu de leur domicile, le fisc impose des droits plus lourds aux chartes scellées, se rendent ailleurs pour frauder les droits de sceau là où ce genre de taxe est inconnu, et, une fois l'acte effectué, reviennent au lieu de leur domicile. Voyez Gaspare Antonio Tesauro, dans ses *Quaestionum forensium*, au livre II, chapitre VIII, n°14 ; David Mevius, dans ses *Commentarii ad jus Lubecense*, à la sixième *quaestio praeliminaris*, aux n°6 et 7 et dans la partie II, au titre I, article 10, n°11 ; Paul Voet, dans son *De statutis*, section IX, chapitre 2, n°4 et n°9, 3^{ème} exception, d'après Mascardi et l'Arétin, et les autres cités au même endroit. Ou à moins que le statut n'interdise expressément que l'acte se fasse hors le territoire par un autre moyen et selon d'autres solennités ; voyez Giacomo Menochio, au livre 2 de son *De praesumptionibus*, présomption III, au n° 6⁵⁶³.

La *fraus statuti* qu'évoque, dans ce texte, Jean Voet répond aux critères que son père avait déjà énoncés pour la caractériser. L'exemple est des plus classiques et les trois éléments qui caractérisent la fraude à la loi se laissent clairement percevoir : il suffit juste de relever que la manœuvre du fraudeur porte atteinte à l'un des statuts en vigueur au lieu du domicile. En l'occurrence, il s'agit d'une disposition fiscale qui serait ainsi volontairement contournée par un déplacement à l'étranger, qui permettrait au particulier de se placer sous les auspices d'une loi plus favorable. Plus essentielle, encore, pour notre propos est la réaction que Jean Voet préconise de la part de l'ordre juridique du for : puisqu'il y a eu violation manifeste du statut du domicile, c'est à l'observation de cette loi que « il conviendrait, à [son] avis, de ramener ceux qui... se rendent ailleurs pour frauder les droits de sceau... et, une fois l'acte effectué, reviennent au lieu de leur domicile ». La sanction de la fraude conduit donc nécessairement à redonner l'autorité à la loi locale qui a été bafouée et à vider de son effet la loi étrangère qui aura été instrumentalisée à des fins manipulatrices. Par un raisonnement *a fortiori*, ce qui vaut pour une fraude au statut doit valoir pour la violation d'un statut prohibitif, qui ôte toute valeur à un acte qui ne se serait pas soumis à ses seules exigences. Ce statut, tel qu'il est décrit par Jean Voet à la suite de ses prédécesseurs, constitue sans doute la forme la plus pure de loi de police et il se réunit à la fraude à loi pour définir, ensemble, les mécanismes auquel l'ordre juridique du for peut recourir pour s'opposer à l'application d'une loi étrangère qui contreviendrait aux objectifs qu'il s'est donné pour but de satisfaire.

C. La loi de sûreté, ou la singularité du statut pénal.

La réflexion des Voet en matière de territorialité des statuts ne s'arrête pas au champ des lois civiles, mais s'étend également à la matière criminelle, à chaque fois qu'un « délit » est susceptible de faire entrer en concours plusieurs statuts pénaux ou plusieurs compétences juridictionnelles. Davantage que vers un Jean Voet qui délaisse la matière dans sa dissertation sur

⁵⁶³ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, op. cit., n°14 : *Atque haec ita obtinent, nisi appareret, aliquem, ut evitaret molestiores, ac forte sumtuosiores sui domicilii solemnitates, sine ulla necessitate in fraudem statuti alio profectum esse actus expediendi gratia, ac mox reversum ; tunc enim vix est, ut ad bona in loco domicilii sita sese extenderet actus aut testamenti validitas ; cum indignus videatur ullo beneficio & comitate, qui domicilii jura consulto ac fraudulenter sprevit, circumvenit, elusit. Quo reducendos existimem eos, qui, cum in domicilii loco obtinerent graviora chartae sigillatae onera fisco pendenda, ut jura sigilli fraudarent, alio tendunt, ubi ignotum illud tributi genus, & actu perfecto, ad domicilii locum revertuntur. Ant. Thesaurus quaest. for. libr. 2. cap. 8. num. 14. Maevius ad jus Lubecens. quaest. praelimin. 6. nu. 6. 7. & part. 2. tit. 1. art. 10. num. 11. Paulus Voet de statutis sect. 9. cap. 2. num. 4. & num. 9. except. 3. post Mascard. & Aretin. & alios ibidem citatos. Aut nisi nominatim statutum vetet, alio modo extra territorium, aliisque solemnitatibus, actum geri. Vide Menochium lib. 2 praesumpt. 3. n. 6. (Traduction Bertrand ANCEL revue).*

les statuts et qui choisit de se conformer au plan des *Pandectae* pour y disséminer ses vues sur les délits, c'est vers Paul qu'il convient de se tourner pour trouver une doctrine fermement établie en la matière. Celle-ci nourrit entièrement la onzième section de son *De Statutis*.

Dans le premier chapitre de cette section, la doctrine de Paul Voet se construit d'emblée sur l'énoncé d'un principe traditionnel – par l'intermédiaire de la compétence reconnue au *statutum loci delicti* – qui s'accorde avec la thèse de la souveraineté/territorialité défendue par l'auteur. Cette thèse concède, par la suite, tout un jeu d'exceptions touchant les compétences législative et juridictionnelle. Ces dérogations ont, précisément, pour but d'aménager, lorsque certaines questions le requièrent, l'application spéciale de la *lex domicilii* ou de la *lex deprehensionis* et de donner un fondement à l'intervention du *judex domicilii* ou du *judex deprehensionis*⁵⁶⁴. Dans tous ces occurrences, la *comitas inter gentes*, érigée en modalité générale de résolution de conflits de lois dans le *De statutis* (IV, II, 17), est appelée à exercer ses vertus modératrices et à desserrer l'étreinte rigide de la territorialité de la loi locale. Quoiqu'empreinte de subtilités souvent difficiles à mettre en œuvre, cette approche ne laisse pas d'être féconde, quand, par exemple, elle permet à son auteur d'appréhender l'hypothèse des délits complexes, qui, pour n'être pas nouvelle en doctrine, est promise à une postérité que peu auraient imaginée⁵⁶⁵. Sans qu'il y ait lieu, pour notre propos, d'entrer dans le détail de la doctrine pénale de Paul Voet, qu'il nous suffise de signaler que les nuances d'extraterritorialité apportées au principe traditionnel se justifient, aux yeux de l'auteur, d'un point de vue juridique, par la volonté de préserver le pouvoir arbitraire du juge et, d'un point de vue moral, par la nécessité d'assurer un châtement exemplaire destiné à frapper au plus vif les esprits des hommes⁵⁶⁶.

Dans la perspective qui est la nôtre, l'intérêt réside davantage dans la manière dont le principe traditionnel de territorialité du statut pénal est relu et revigoré par la sensibilité souverainiste d'un Paul Voet. Les deux premiers paragraphes du premier chapitre ont pour fonction de rappeler la compétence de la règle de conflit traditionnelle – la *lex loci delicti* – et des conditions qui en encadrent la mise en vigueur, en des termes que n'auraient pas reniés les Docteurs qui sont abondamment cités en soutien :

1. Il ne nous reste plus rien à étudier désormais, à ceci près qu'il nous faut aborder quelques questions relatives aux délits, que je vais exposer brièvement. Et, précisément, la première question sera la suivante : l'auteur d'un crime qui mérite, au lieu même du délit, une peine différente de celle

⁵⁶⁴ Sur la doctrine pénale de Paul Voet, voir les quelques pages qu'y consacre Henri DONNEDIEU DE VABRES dans son *Introduction, op. cit.*, pp. 298-305, ainsi que les textes qu'il y cite. Les vues en matière pénale de Voet doivent beaucoup à Nicolas de Bourgogne.

⁵⁶⁵ En droit contemporain, la question soulevée par les délits complexes – réveillée par Alex WEIL, « Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice », *Mélanges Jacques Maury*, t. 1, p. 545 – est une question d'autant mieux connue des internationalistes-privatistes qu'elle est devenue une réalité fréquente. Rares sont ceux qui se douteraient, pourtant, qu'elle a déjà pourtant une riche histoire. Quand, à la suite de Nicolas de Bourgogne, Paul VOET, dans son *De statutis, op. cit.*, section XI, chap. 1, n°8, aborde le cas d'un homme qui tire une flèche ou un coup de fusil d'un côté de la frontière et qui blesse ou tue un homme qui se trouve de l'autre côté de la frontière, il semble ne faire que reprendre un cas d'école soulevé et résolu par Alderano MASCARDI, dans ses *Communes i.v. conclusiones ad generalem quorumcunque statutorum interpretationem accomodatae*, parues à Ferrare en 1608 et rééditées maintes fois par la suite (dont l'édition de Francfort, en date de 1609, consultées par nos soins), et, particulièrement, dans sa 7^{ème} conclusion, au n°25. Leur désaccord – Mascardi tient pour la loi du lieu du dommage, Voet pour la loi du lieu de l'arrestation – n'appelle pas des développements nourris de notre part. Toutefois, la « flèche de Mascardi », ou « flèche de Voet », est l'un des cas de figure que, plus tard, au milieu du XVIII^e siècle, Bouhier classe parmi les exemples de réalité des lois pénales : voir Jean BOUHIER, *Les coutumes du duché de Bourgogne*, tome 1, observation XXXIV, n°XVII, Dijon, 1742, p. 590, et, *infra*, la présente partie, pp. 418-420.

⁵⁶⁶ Le n°5 du chapitre I de la section XI du *De Statutis, op. cit.*, réunit, à lui seul, toutes ces caractéristiques.

qui est infligée au lieu de son domicile sera-t-il condamné à la peine du statut du lieu de commission du crime ou à la peine du statut de son domicile s'il vient à être confié à un juge du lieu du délit ? Je réponds : de même que celui qui passe un contrat se soumet régulièrement au statut du lieu de conclusion du contrat, de même, celui qui commet un délit est censé se soumettre au statut du lieu où il a commis le délit, en ce qui concerne la peine qu'il encourt, principalement si le délit est contraire au droit naturel ou au droit des gens. Et principalement si le statut pénal, à raison du délit, est établi sans limitation de personnes, de sorte qu'il oblige également ceux qui y consentent et ceux qui n'y consentent pas, si, du moins, ils séjournent dans le pays même où un tel statut prévaut, selon les lois *Praeses* (D. 1.18.3), *Quod autem* (D. 25.4.1.15), *Si hereditatis* (D. 30.50.1), *Sacularii* (D. 47.11.7), *Idem imperator* et *Cum sacrilegium* (D. 48.2.7.4 et 5), *Non est dubium* (D. 48.3.11), ... l'Authentique *Qua in Provincia* (C. 3.15.1 *Ubi de criminibus agi oporteat*, extraite de la Nouvelle 69, chapitre 1) et la Nouvelle 8, chapitre 12 *in medio*⁵⁶⁷.

2. Mais, cependant, si le délit n'est pas tenu pour commun aux deux lieux, ou, si jamais il l'est, que la peine fixée par le statut n'est pas proportionnée au délit, ou que, du moins, la peine n'est pas de celles que l'on a coutume ordinairement d'infliger, et, au surplus, qu'elle contient quelque disposition propre au lieu du statut, le prévenu ne sera pas soumis à la peine qui est normalement prévue en ce lieu, selon la loi *Expilatores* (D. 47.18.1.1).

A moins, toutefois, qu'il n'ait séjourné depuis quelque temps au lieu du délit, de sorte qu'il aura pu prendre connaissance de ladite peine, selon les lois *Sciens liberum* (C. 3.15.2), *Quicumque* (C. 3.24.1), *Sunt quaedam* et *In Aegypto* (D. 47.11.9 et 10) et *Examinantur* (D. 49.16.4.15)... Ou à moins que l'on ne suppose qu'il aurait pu et aurait dû, très vraisemblablement, savoir qu'une telle peine était imposée pour ce délit par le statut, auquel cas son ignorance ne mérite aucune excuse, selon les lois *Livet quis* et *Divi quoque* (D. 39.4.16.5 et 6) et *Municipii* (D. 50.9.6.) et la glose sur cette même loi.⁵⁶⁸

La compétence de la *lex loci delicti* se comprend donc comme la conséquence de la sujétion volontaire aux lois locales à laquelle chaque personne se soumet, dès lors qu'elle se trouve sur le territoire. Ce consentement tacite, qui fait l'objet d'une présomption simple, mais délicate à renverser, se conçoit dans les mêmes termes que celle à laquelle une partie se contraint vis-à-vis de la *lex loci contractus* dès lors qu'elle contracte en un lieu déterminé. De cette condition, il s'induit que les étrangers, au même titre que les ressortissants nationaux, se trouvent sous l'empire de la loi locale pour les agissements délictueux qu'ils auraient commis sur le territoire et qu'ils ne peuvent espérer voir s'appliquer la loi de leur domicile. Le raisonnement, soutenu à grands renforts de lois romaines et d'auteurs prestigieux, ne saurait surprendre tant il semble reprendre les grandes lignes

⁵⁶⁷ Paul VOET, *De statutis, op. cit.*, section XI, chapitre I, n^o1, pp. 352-353 : *Nibil jam examinandum superest, nisi ut circa delicta nonnulli casus proponantur, quos paucis sum examinaturus. Et quidem prima haec erit quaestio : num qui crimen commisit, quod in loco delicti, aliam meretur poenam, quâ in domicili loco, si à iudice loci delicti deprehendatur, afficiendus sit poena statuti, commissi criminis, an domicili ? Resp. Uti regulariter quis contrahendo se subjicit statuto loci contractus, ita etiam quis delinquendo, censetur semet loci statuto, in quo deliquit, ratione poenae, subiecisse ; maxime, si delictum juri naturae vel gentium adversetur. Maxime si statutum poenale, ratione delicti, non definitis personis constituitur : ut etiam consentientes & non consentientes obliget, si modo eo loci versentur, ubi tale statutum obtinent. l. 3. D. offic. Praesid. Arg. l. 1. §. fin. D. ventr. inspic. l. 50. §.1. D. leg. 1. l. Sacularii. D. Extraord. Crimin. l. 7. §. 4. & 5. D. de Accus. l. 11. D. de Custod. & Exhib. reor. ... & Auth. Qua in Provincia. Cod. Ubi de Crimin. agi oporteat. Nov. 8. c. 12. in medio.*

Les références aux *leges* se poursuivent avec une vingtaine dédiée aux *Doctores* et autres jurisconsultes plus proches de Paul Voet, depuis Bartole, Balde et Jean André jusqu'à Paul van Christynen, David Mevius ou encore Anthonius II Matthaeus (1601-1645), qui fut professeur à Utrecht et auteur d'un *De Criminibus* (1644), sur lequel : Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 294-298.

⁵⁶⁸ Paul VOET, *De statutis, op. cit.*, section XI, chapitre I, n^o2, p. 354 : *Quod si tamen delictum non sit commune, vel si commune, poena statuti non sit delicti proportionata, saltem quae non ordinarie infligi soleat, adeoque, contineat in loco statuti quidpiam speciale, non tenebitur reus ordinaria poena. l. 1. §. 1. D. Effract. Nisi tamen aliquo tempore in loco delicti fuerit commoratus, ut cognitam harer potuerit illius statuti poenam. Arg. l. 2. Cod. Ubi de crimin. l. 1. Cod. ubi Senator. l. 9. 10. D. Extraord. crimin. ... Vel etiam vero similiter cogitare potuisset et debuisset, talem statuto poenam delicto impositam esse. Ut hoc casu ignorantiam veniam non meretur. Arg. l. interdum § licet, § divi. D. publican. l. fin. D. de decret. ab ordine faciend. gloss. Ibid.*

dégagées par la doctrine médiévale en matière criminelle. En revanche, la considération portée au droit commun et à la conformité de la peine édictée par le statut à ce dernier s'efface progressivement sous le coup de l'émergence des ordres juridiques nationaux, qui, en se déprenant de l'idée de supériorité du *jus commune*, développent un droit pénal particulier.

En effet, comme le souligne le deuxième paragraphe de ce même chapitre, l'idée est toujours présente de prendre en compte ces particularités pour tempérer l'application de la *poena loci delicti* au prévenu étranger, c'est-à-dire le soustraire à une peine exorbitante dans sa teneur ou dans sa dureté et le condamner à une peine plus en accord avec le fonds commun des Nations. Ce tempérament se réfère à un héritage de la doctrine canonique classique : l'ignorance excusable de la loi applicable (*si ignorabat non ligatur, nisi per crassam et supinam ignorantiam*)⁵⁶⁹. L'étranger bénéficierait, de la sorte, d'un régime dérogatoire, quant à la peine, de celui auquel sont astreints les ressortissants nationaux, qui, pour leur part, ne peuvent ignorer la loi pénale de leur domicile. Mais les restrictions apportées, dans la suite de ce même paragraphe, à ce tempérament *in favorem* montrent bien que seul l'étranger de passage, présent trop furtivement sur le territoire pour se familiariser avec la législation du lieu, pourrait s'en prévaloir de bonne foi. Leur formulation vague suggère que l'arbitraire du juge sur cette ignorance – qui joue un rôle décisif en la matière – se fera d'autant plus sévère que l'étranger aura passé du temps sur le territoire et aura pu s'acclimater aux lois qui y ont cours. De cela, il faut conclure que, progressivement, le régime applicable en matière de peine à l'étranger se trouve aligné sur celui qui frappe les ressortissants nationaux. Que disparaisse cette excuse de l'ignorance de la loi pénale territoriale, et, ainsi, cette dernière présentera, dès lors, tous les traits de caractère inhérent à une « loi de sûreté », qui s'assujettit tous les étrangers et les nationaux à raison des faits qu'ils perpètrent dans le ressort de sa souveraineté.

D. La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers comme champs d'action privilégiés du *summum jus*.

S'il est bien, parmi toutes les sources de conflits de statuts envisagées par l'un et l'autre Voet, une question de droit où se manifeste de la manière la plus aigüe le cloisonnement des ordres juridiques et la conscience de leurs indépendances respectives, c'est bien celle de la reconnaissance et de l'exécution des jugements ou des actes administratifs étrangers par le juge du for. Les enjeux qui entourent cette question sont, en effet, lourds de conséquences sur la souveraineté/territorialité : un Etat souverain doit-il souffrir d'accepter et d'intégrer dans son ordonnancement juridique une décision provenant d'une souveraineté étrangère, qui le sollicite à cette fin ? Plus encore, le juge du for, en accédant à cette requête, ne s'inclinerait-il pas devant le commandement de son homologue étranger ou le représentant d'un Etat étranger ? Peut-il rendre une sentence d'exequatur en faveur d'une telle décision sans connaître de l'affaire au fond ?

Il semble, à première vue, en aller de ces décisions comme il en va des actes passés à l'étranger. Pour un acte, en effet, l'Etat du for, faisant preuve de cette courtoisie que se doivent mutuellement les Nations entre elles, accepte que son juge accueille la demande de reconnaissance qui lui est présentée par le requérant et, à condition qu'il n'y ait pas de contrariété avec son ordre

⁵⁶⁹ Sur cette question de l'ignorance excusable de la loi et son origine médiévale, voir Luc SIRI, *L'apport des canonistes, op. cit.*, p. 22, Franck ROUMY, « L'ignorance du droit dans la doctrine civiliste des XII^e-XIII^e siècles », *Cahiers de recherches médiévales*, t. VII, 2000, pp. 23-43, et « Les distinctions et les sommes des glossateurs relatives à l'ignorance du droit », « *Panta rei* ». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, éd. O. CONDORELLI, Roma, Il Cigno Edizioni, 2004, t. IV, pp. 467-500, publié aussi dans la *Rivista internazionale di diritto comune*, t. 14, 2003 (2005), pp. 119-154. Voir aussi, *supra*, pour la période médiévale, pp. 36-49, 64-74 et 92-94.

public ou avec ses lois, y donne suite en en ordonnant l'exécution. *L'utilitas privatorum* constitue, à ce titre, un puissant motif qui semble correspondre à l'esprit de justice qui caractérise les Etats. Mais en est-il de même pour les décisions d'un juge étranger ou d'une autorité administrative étrangère ? Dans quelle mesure, et à quelles conditions, la *comitas* permet-elle d'organiser une coopération judiciaire entre juridictions de pays différents afin d'assurer l'exécution des décisions ?

Ces questions traversent l'œuvre des deux Voet et l'un comme l'autre font souvent allusion à ces problèmes dont on peut supposer qu'ils se posaient souvent en pratique. A ne s'en tenir qu'aux principes qui guident leurs travaux, aucun juge n'est tenu, en droit, d'obéir au commandement d'une autorité étrangère et d'en étendre les effets sur le territoire dont il a la charge. Dès lors, la *comitas*, ou ses équivalents, est souvent sollicitée pour atténuer la rigueur du droit et desserrer ainsi l'emprise de la souveraineté/territorialité. Pour autant, la *comitas inter gentes*, si elle ouvre la voie à une coopération judiciaire efficace et à une véritable circulation des décisions, ne signifie jamais obéissance aveugle et inconditionnelle aux prescriptions émanant d'un Etat étranger. Il y aurait contradiction à introduire, ainsi, une exception si puissante qu'elle finirait par saper les fondements les plus assurés du principe. Le juge du for ne révoque jamais ce pouvoir discrétionnaire qui correspond précisément à sa mission première : protéger les intérêts et assurer la stabilité de son ordre juridique.

Nul ne conteste que la *comitas* appelle l'extraterritorialité d'un acte ou d'un jugement venus de l'étranger, mais cela ne préjuge en rien de la suite qui sera donnée à leurs effets sur le territoire. Même saisi valablement, *ex comitate*, d'une demande en exequatur, le juge du for conserve la faculté de rejeter celle-ci, au motif que son exécution porterait atteinte à l'organisation sociale que l'Etat s'est donné. Expliquant, de la sorte, l'impossibilité, *de jure*, d'étendre à l'étranger tous les effets d'un jugement prononcé dans un pays, Paul Voet ajoute dans un passage essentiel de son *De mobilium et immobilium natura* :

2. ... Sous prétexte que le juge d'un territoire serait contraint de prendre à sa charge la décision émanant d'un juge étranger, décision qu'il estimerait être des plus injustes, et qu'il ne pourrait en faire davantage s'il le voulait et s'il le jugeait équitable, devrait-il s'y conformer sur le fondement de la *comitas* ? A cela, il ne doit pas être tenu, ni par la nécessité de l'office qui est le sien, ni par quelque obligation juridique que ce soit.

Même les requêtes envoyées aux juges – ces requêtes que l'on appelle « lettres rogatoires » ou « lettres de compassion mutuelle » par lesquelles le juge d'un territoire, s'il veut agir en faveur de la Justice, est sollicité pour faire exécuter une sentence qui a été prononcée à l'étranger - ne commandent pas aveuglement leur jugement. Les raisons pour lesquelles les Gueldres s'y refusent, ils l'indiquent assez et même à l'excès : j'ai écrit que tout cela n'était qu'une question d'*humanitas* et non de *necessitas*⁵⁷⁰.

41. Si les biens ne se trouvent pas sur le territoire de celui qui juge, ou si, ne s'y trouvant pas à suffisance pour épuiser la chose jugée, il s'en trouve néanmoins ailleurs, l'on doit demander au juge, dans le territoire dans lequel ces derniers se trouvent, qu'il rende un jugement à fins d'exécution, selon le premier paragraphe de la loi *A Divo Pio* (D. 42.1.15.1). Voyez Andreas von Gail, au livre II de ses *Practicarum observationum libri duo*, observation 130, au numéro 14, Denys Godefroy, dans ses notes sur ladite loi, et Simon Groenewegen van der Made, dans son commentaire sur la loi *Si praetor* (D. 5.1.75). Ainsi, l'exécution d'une sentence, prononcée par le juge d'un territoire étranger, relevait

⁵⁷⁰ Paul VOET, *De mobilium et immobilium natura*, op. cit., chapitre XII, n°2 : *Quasi unius territorii iudex tueri cogatur, alterius territorii iudicis decretum, quod iniquissimum esse deprehendit, & non potius si ita velit, & id aequum esse iudicet, & ex comitate sequatur ? Quod nec officii necessitate, nec alio quo juris vinculo ad id agendum fit obstrictus. Id ipsum non obscure dictant iudicum ad Iudices missae requisitiones, litterae requisitoriales appellatae, vel mutui compassus ; quibus Iudex alterius territorii rogatur, velit in favorem Iustitiae, sententiam alibi latam exequi. Hoc quia renuunt Geldri, satis superque indicant, hoc totum humanitati, non necessitati adscribi.*

du droit de la *necessitas*, tant que tous les juges de l'Empire romain étaient soumis au seul Prince de Rome, et ils étaient astreints d'obéir aux lois qui prescrivait l'exécution d'une sentence, selon le premier paragraphe de la loi *A Divo Pio* (D. 42.1.15.1), à laquelle l'on adjoint la loi *Argentarium* (D. 5.1.45)... Pour autant, au contraire, relève de la simple *comitas*, et non d'une quelconque nécessité, le cas où le juge d'un territoire étranger demande par lettre à un juge de la même qualité, qui ne reconnaît pas le même magistrat suprême que le requérant, mais est le sujet d'un Prince étranger : de là, il arrive que les Gueldres, suivant davantage les traces (*insistentes vestigiis*) de la souveraineté que de la *comitas*, ne prononcent pas l'exequatur des décisions étrangères sur les biens situés en Gueldre, mais que le procès soit de nouveau tenu chez eux, selon ce qui est rapporté dans mon *De Statutis*, au numéro 7⁵⁷¹.

Ces textes, parmi tant d'autres, ont le mérite de mettre en avant le problème soulevé par l'absence de contrainte juridique – en dehors de toute pratique coutumière ou tout accord international qui serait conclu en ce sens – qui pèse sur un juge dès lors qu'il est requis de donner l'exequatur à une décision d'un homologue étranger⁵⁷². D'un côté, ce défaut de *necessitas juris* préserve la pleine indépendance du juge du for qui garde toujours un pouvoir souverain d'appréciation sur la teneur du jugement étranger et qui, seul, décide s'il y a lieu d'incorporer ou non, en tout ou partie, les effets de la décision au sein de son ordre juridique. De l'autre, l'égard dû à la *comitas inter gentes* recommande de prendre en considération les requêtes en exequatur d'un particulier ou les demandes émanant directement des juges étrangers et d'y prêter son concours et sa diligence « s'il veut agir en faveur de la Justice ». Emblématique de cet esprit de bienveillance mutuelle est le recours aux lettres « rogatoires », ou de « solidarité réciproque » (*litterae requisitoriales, vel mutui compassus*, dans le sens de *compassio*, qui se réfère bien à cette charge, que doivent souffrir conjointement et se partager les deux juges, d'assurer la bonne exécution d'une décision), qui reposent entièrement sur la *comitas*, l'*aequitas* ou l'*humanitas* que se doivent les nations entre elles. Parmi les exemples de reconnaissance et d'exécution de ces décisions les plus couramment et longuement évoqués par les deux Voet, figurent la confiscation des meubles⁵⁷³, le concours des créanciers⁵⁷⁴, l'interdiction pour cause de prodigalité⁵⁷⁵, le jugement de tutelle⁵⁷⁶ ou, encore, l'extradition des prévenus, qui fait appel, directement, à la pratique des lettres rogatoires⁵⁷⁷.

⁵⁷¹ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, livre XLIII, titre 1, *De re judicata*, n°41 : 41. *Si bona non inveniuntur in territorio judicantis, aut non sufficientia ad obtinendum judicati effectum, alibi tamen existant, rogandus est iudex, in cujus regione sunt, ut sententiam executioni mandet.* L. A divo Pio. 15, § sententiam 1. ff. h. t. [*De re judicata*], Andr. Gayl libr. 2 observat. 130, num. 14. Gotofredus in notis ad d. l. 15. § 1. Groenewegen, ad l. 75 ff. de judiciis. *Qualis executio sententiae, per alterius territorii iudicem latae, ex jure necessitatis fuit, dum Principi uni Romano omnes imperii Romani iudices subjecti erant, ac legi, executionem alienae sententiae praecipienti, parere tenebantur.* D. l. 15 § 1. ff. h. t. junct. L. argentarium 45. § 1. ff. de judiciis. *At e contrario merae comitatis est, haud quaquam necessitatis si iudex talem alterius territorii iudicem roget qui eundem cum roganti non agnoscit magistratum supremum, sed alteri Principi subjectus est : quo fit, ut Gelria, insistentes magis summi juris quam comitatis vestigiis, alienas haud exsequantur sententias in bonis in Gelria sitis, sed lis penes eos de novo instituenda sit, secundum tradita in tit. De constit. Principum, parte altera de statutis num 7.*

⁵⁷² L'hypothèse d'une pratique coutumière *ex comitate* entre Nations, ou d'accords conclus entre elles, destinés à faciliter la coopération de leurs autorités judiciaires est évoquée et détaillée par Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, n°17.

⁵⁷³ Paul VOET, *De Statutis, op. cit.*, section XI, chap. II, 4 (*aequitas*) ; ID., *De mobilium et immobilium natura, op. cit.*, chapitre XXIII, n°2 (*strictum jus*) et 14 (*jus humanitatis*).

⁵⁷⁴ Paul VOET, *De Statutis, op. cit.*, section X, chapitre unique, n°14 : tous les créanciers sont tenus de concourir devant le juge du domicile du débiteur. Cependant, si une instance venait à s'ouvrir devant un autre tribunal, le débiteur peut soulever l'exception de litispendance en faveur de son propre juge. « Cependant, si les juges de l'autre pays avaient également pris connaissance de cette cause, il n'existe aucun moyen de les contraindre, dès lors que tous sont également souverains et qu'ils ne se reconnaissent aucun supérieur. A moins qu'ils ne s'abstiennent par équité et par sens du bien commun, lorsqu'il en sont requis par des lettres réquisitoriales, qu'ils appellent des « lettres de compassion mutuelle », ou à moins qu'ils n'aient l'habitude de suivre une telle règle selon leur coutume et leur procédure, ou qu'ils ne traitent les jugements des peuples voisins sur le fondement de la *comitas*. Il faut noter que c'est ce qui est

Qu'en est-il lorsque les autorités d'un pays refusent de faire preuve de cette *comitas* si nécessaire à l'exequatur ou à l'accueil de la décision étrangère ? Ce refus peut être ponctuel, quand il trouve son fondement, par exemple, dans la contrariété que la sentence étrangère soulèverait à l'égard des statuts réels immobiliers situés à l'intérieur du territoire du for. S'interrogeant sur le champ d'application extraterritorial d'un jugement de confiscation prononcée à l'égard des biens du prévenu, partout où ils se trouvent, Jean Voet estime qu'il est légitime que le jeu de la *comitas* en faveur du jugement soit borné par les exigences que le *judex rei sitae* serait éventuellement amené à opposer à celui-ci :

41. Cependant, si [le juge requis] remarque que ce jugement a été rendu en contradiction directe des statuts de son territoire à propos des immeubles qui y sont situés, il doit en refuser l'exequatur⁵⁷⁸.

En l'espèce, la considération pour la réalité des statuts immobiliers fait obstacle à ce qu'une décision étrangère vienne empiéter sur les pouvoirs exclusifs du *judex rei sitae* (qui est, ici, requis d'accueillir la décision) sur les biens qui se situent sur son territoire. Le juge saisi apprécie l'étendue des effets que l'exécution de cette décision serait à même de produire. Dès lors, deux hypothèses peuvent se présenter à lui : soit, sur la base de cette appréciation, il vérifie que la demande s'intègre à l'ordre juridique sans dommages pour l'intégrité de son ordre juridique et ordonne l'exequatur de la décision ; soit il en conclut qu'il y a contrariété avec son ordre juridique et motive, ainsi, sa décision de refus. De ce refus, il découle que le jugement de confiscation aurait dû s'aligner sur le régime que l'Etat du lieu de situation assigne à l'immeuble pour obtenir gain de cause. Il résulte donc de cette faculté d'appréciation discrétionnaire, que le juge n'abdique rien de sa mission de contrôle des décisions étrangères et qu'il se fait le garant de la souveraineté, législative et judiciaire, de son ordre juridique.

Le refus de la *comitas* peut tout aussi bien répondre à une exigence fondamentale de l'ordre juridique du for requis, défendant jalousement l'exclusivisme de sa compétence sur tous les actes et décisions appelés à produire leurs effets sur le territoire. La cohérence la plus élémentaire dicte de refuser ces effets dès lors qu'ils sont l'émanation d'une souveraineté étrangère. C'est l'attitude qu'ont adoptée les Gueldres à l'égard des autres provinces et nations, attitude évoquée par Paul et par Jean dans les extraits précités et justifiée par Jean dans un passage de son *De statutis* :

7. ... assurément, que l'autorité de n'importe quel pays soit en droit de dédaigner, négliger, mépriser les statuts et ordonnances de l'autorité d'un autre territoire, c'est ce que démontrent à l'envi les

précisément observé selon les mœurs de notre Province » (*Si tamen iudices alterius loci etiam de causa cognoverint, nullo remedio cogentur, modo omnes aequae supremi nec superiores recognoscant. Nisi per litteras requisitoriales, quas appellant litteras mutui compassus, requisiti, ex aequo & bono abstineant, vel secundum morem atque stylum id observare soleant, vel quod comiter habeant vicinarum civitatum sententias. Id quod nostrarum Provinciarum moribus sic observari notum est.*).

⁵⁷⁵ Paul VOET, *De Statutis, op. cit.*, section IV, chapitre III, n°17 (*comitas*) ; ID., *De mobilium et immobilium natura, op. cit.*, chapitre XII, n°2, *in fine* (*humanitas et comitas*).

⁵⁷⁶ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, livre XXVI, V, 5 : le tuteur investi par le magistrat est réputé l'être pour l'entière du patrimoine, en quelque lieu que celui-ci peut se trouver. « Ceci, cependant, se fonde bien davantage sur la *comitas* que sur la rigueur du droit » (*quod tamen ex comitate magis, quam juris rigore sustinetur*).

⁵⁷⁷ Paul VOET, *De Statutis, op. cit.*, section XI, chapitre I, n°6 (*humanitas*) ; Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, livre V, I, 67 (*comitas*), repris au livre XLVIII, III, 1 : « les extraditions de prévenus relèvent certainement, de nos jours, non de la *necessitas*, mais de la *comitas* et de l'*humanitas*, d'autant que, maintenant, les juges ne se soumettent plus à un seul chef, ou Empereur, comme c'était le cas chez les Romains » (*Plane moribus hodiernis transmissiones reorum non necessitatis, sed tantum comitatis et humanitatis sunt, eo quod non ita nunc, uti quidem apud Romanos, iudices uni supremo subsunt capiti, seu Imperatori*).

⁵⁷⁸ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, livre XLIII, titre 1, *De re iudicata*, n°41 : *Tamen, si animadvertat, eam directo contra sui territorii statuta latam esse circa res immobiles in suo territorio sitas, eandem non exsequitur.*

échanges entre pays voisins de ces lettres qu'on appelle rogatoires par lesquelles tantôt est demandée, tantôt l'occasion semblable se présentant, est offerte la faveur d'une exécution des jugements rendus dans l'un sur les biens situés sur le territoire de l'autre ; que ces demandes ne soient pas accueillies partout et que l'exécution des jugements étrangers soit refusée, les Gueldres nous l'enseignent suffisamment par leur exemple ; pour quoi on dénonce une injustice, alors qu'il faut plutôt dire qu'ils ne font qu'exercer un droit qui est le leur sur leur territoire...⁵⁷⁹

Si l'on en croit les Voet eux-mêmes, la conscience aiguë que les Gueldrois ont de leur souveraineté/territorialité les incite à refuser, *a priori*, toute coordination des ordres juridiques et à n'appliquer, en leurs cours, que leur seule loi, fussent-ils pour cela priver de sa force un acte créateur de droits qui serait parfaitement valable, sur le fond comme sur la forme, au lieu de sa création. De la sorte, ils portent à son paroxysme le refus de l'immixtion d'une souveraineté étrangère sur un territoire donné, en ne donnant même pas suite aux lettres rogatoires. En arrêtant à leurs frontières tout ce qui peut présenter un caractère allochtone, ils obligent quiconque est porteur de ces droits acquis à l'étranger à se soumettre à leurs juridictions et à leurs lois. L'instance qui est ainsi introduite implique nécessairement une révision au fond de l'affaire. C'est donc la décision gueldroise, et non la décision étrangère, qui fera droit sur leur territoire : Jean Voet précise, dans un autre passage de son œuvre, que, conséquemment à leur refus, « il arrive... que le procès soit de nouveau tenu chez eux ». L'élément d'extranéité s'efface complètement au profit d'un élément purement territorial.

La distinction entre *necessitas* et *comitas* comme fondements de l'extraterritorialité des lois pourrait paraître avoir une portée pratique relativement mineure, dans la mesure où l'une comme l'autre autorise l'application d'une loi en dehors de son ressort naturel. Toutefois, la différence se fait nettement sentir en matière d'ordre public et de lois d'application territoriale. D'un côté, dans un système statutiste strict, comme ceux que défendent des auteurs comme d'Argentré ou Rodenburg, la *necessitas* d'un statut personnel ou d'un statut mixte semble s'imposer au juge du for sans autre limite que celles que posent les statuts réels et l'hypothèse où ce type de statut pourrait venir heurter les valeurs de son ordre juridique n'est jamais abordée de manière frontale. De l'autre, la *comitas*, s'en remettant aux bons rapports entre les Etats, repose sur la conviction que la permission ainsi concédée à la loi étrangère, parce qu'elle est un acte gracieux et une manifestation de bienveillance, ne saurait en aucun cas se retourner contre l'Etat d'accueil et porter préjudice à ses intérêts.

Dès lors, l'introduction de la *comitas* dans la théorie statutaire ne peut manquer d'avoir de profondes incidences sur les lois d'application territoriale. Toujours auréolées de la force que l'on prête aux statuts réels, ces lois ne sont plus uniquement amenées à intervenir en vertu du jeu – parfois forcé et artificiel – des qualifications opportunes, qui permettait ainsi à un Christian Rodenburg de contenir en d'étroites limites les effets de la *necessitas juris* du statut personnel. En effet, l'une des conséquences de cette innovation tient à ce que, désormais, les lois d'application territoriale sont vouées à encadrer et à tempérer la pratique de la *comitas*. Selon l'économie générale du système adopté par les deux Voet, leur intervention peut s'effectuer selon différentes perspectives, qui sont autant de temps de raisonnements distincts :

⁵⁷⁹ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, op. cit., n°7 : *Sane quantopere magistratus cujusque loci contemnere, negligere, spernere suo jure possit magistratus alteri territorio praepositi statuta vel decreta, abunde docent inter plures confines gentes receptae litterae (quas appellant requisitoriales), quibus velut beneficium petitur, et pari data occasione velut beneficium offertur, sententias a rogante latas executioni dari in bona sita in territorio rogati ; quales rogationes etiam non ubique admitti, denegata alieni judicati executione, nos suo exemplo docent abunde Gelri ; quos ideo injustitiae arguere nemo merito sustinuerit, sed potius eos jus in territorium suum sibi competens isthac ratione exercere dicendum* (traduction Bertrand ANCEL précitée).

1° Le principe même de la souveraineté/territorialité conduit à restreindre au maximum le champ d'action de la *comitas* au bénéfice du *jus strictum* et, pour cela, porte à favoriser la qualification de statut réel territorial, au détriment des statuts extraterritoriaux, mixtes ou personnels, qui se verraient alors réduits à la portion congrue. Ledit statut réel territorial prend dès lors les atours d'un statut prohibitif.

2° Dans l'une des matières où le statut réel est appelé, traditionnellement, à s'effacer au profit d'un statut extraterritorial, l'application de la loi étrangère peut néanmoins être écartée *a priori* si l'Etat d'accueil refuse d'accorder le bénéfice de la *comitas*, au prétexte que ladite application entrerait en contradiction avec les lois d'ordre public du for. Autant l'absence de toute communauté juridique entre les Etats que l'absence de toute contrainte pesant sur l'Etat du for autorisent ce dernier à décider souverainement s'il entend ou non prêter le concours de ses agents à l'exécution d'un acte ou d'une décision émanant de l'étranger. L'attitude maximaliste des Gueldres, naturalisant systématiquement toute décision ou tout acte émanant d'une souveraineté étrangère pour préserver l'intégrité de leur ordre juridique, en est sans doute l'une des manifestations les plus extrêmes dans sa cohérence.

3) Par ailleurs, le refus d'accueillir les effets d'une loi extraterritoriale peut intervenir *a posteriori*, lorsque compétence a été donnée à la loi étrangère *ex comitate* et que le juge constate que son application aboutirait néanmoins à des résultats qui seraient contraires aux valeurs que défend l'ordre public du for. La mise à l'écart de la loi étrangère, par la voie d'un mécanisme d'exception d'ordre public, réinvestit pleinement la loi territoriale dans sa compétence première. C'est la position qu'adoptent Paul et Jean Voet à l'égard des statuts personnels, et qu'il faut distinguer de celle qui préside au jeu des lois de police.

Au regard de ce qui précède, il ressort que la *comitas inter gentes* remplit un double rôle : elle constitue, tout à la fois, le facteur qui autorise, entre les Etats, l'extraterritorialité de leurs lois respectives et le mécanisme régulateur qui laisse au juge du for la faculté de censurer, au besoin, l'application d'une loi étrangère admise à déployer ses effets sur son territoire. De ce double point de vue, la *comitas* illustre parfaitement l'exclusivisme auquel tend tout ordre juridique souverain selon les vues de l'Ecole hollandaise. Parce que l'élément impératif de la loi étrangère (*necessitas juris*) s'arrête aux frontières de l'Etat du for et parce que, une fois franchies ces frontières, cette loi ne s'envisage plus que comme du fait (*necessitas facti*), le juge local n'a à connaître, selon les critères et l'interprétation propres à son ordre juridique, que des seuls effets emportés par l'application de ladite loi⁵⁸⁰. Si respectable que soit la souveraineté étrangère, sa volonté cesse au-delà de son propre ressort territorial et le juge du for n'a à se soumettre à d'autres commandements que ceux édictés par sa propre autorité législative. Peu lui importe, à cet égard, la *ratio legis* qui a présidé, au sein de l'Etat étranger, à la promulgation de telle disposition, ou même la valeur suprême que les autorités étrangères y attacheraient ou non au nom de la stabilité de leur ordre social. La *comitas* explique qu'il soit donné effet à une loi étrangère sur un territoire où elle est pourtant dépourvue de toute juridicité, mais elle ne garantit pas pour autant que cette application se fasse de manière automatique et inconditionnelle. Rien ne serait plus contraire à l'esprit de souveraineté cher à l'Ecole hollandaise que de contraindre les autorités du for à abdiquer leur compétence absolue devant les exigences d'une loi étrangère qui n'est admise que par courtoisie.

⁵⁸⁰ Sur cet élément impératif de la loi, magnifié par les tenants de l'exclusivisme de l'ordre juridique, qui se dessine par contraste (mais non par antagonisme) avec l'élément rationnel, voir les pages célèbres qu'y consacre Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, « Philosophie du Droit », 1956 (réédité en 2002 par Yves LEQUETTE), pp. 110-124, n°50-56, qu'il faut mettre en contemplation avec les pp. 298-299, n°134.

Paradoxalement, les Voet n'ont pas jugé utile d'exposer en longueur toutes les conséquences logiques qu'induisait leur notion de *comitas*. S'il faut mettre à leur crédit de l'avoir, les premiers, introduite dans le droit des conflits et d'avoir ainsi livré tous les éléments conceptuels de la théorie moderne de l'exception d'ordre public et des lois de police, ils n'en sont pas, à rigoureusement parler, les géniteurs, faute, sans doute, d'avoir su l'exprimer en toutes lettres.

Section 3^{ème}. La *comitas gentium* de Ulrich Huber et la théorie des droits acquis.

Parce que les doctrines des Voet et de Ulrich Huber communient sous les mêmes espèces de la souveraineté/territorialité et de la courtoisie internationale, l'habitude a été prise de les réunir sous une seule et même bannière – celle de l'Ecole Hollandaise – en insistant davantage sur les points qui les rapprochent que sur les nuances qui les distinguent. La *comitas* constitue, sans nul doute, l'emblème de cette Ecole hollandaise, en ce qu'elle est précisément l'un des dénominateurs communs qui assurent unité et cohésion à des doctrines pourtant fortement singularisées. Cependant, cette manière de voir, si légitime qu'elle soit par ailleurs, n'est pas sans inconvénients, parce qu'elle tend à assimiler, sans autre forme de procès, la *comitas* de Ulrich Huber avec celle qu'invoquaient les deux Voet dans leurs travaux respectifs. L'étude de l'œuvre de ces auteurs commande de faire preuve, à tout le moins, de prudence et de mesure dès lors qu'il s'agit d'opérer un tel rapprochement. S'il partage, avec les Voet, une même inclination pour la souveraineté/territorialité, Huber entend rompre avec l'approche statutiste d'un Paul Voet et fonder sa doctrine sur le conflit de lois sur un *jus gentium* rénové à la lumière de son siècle. A ce titre, la « courtoisie internationale » s'appréhende davantage comme un marqueur de souveraineté, législative et juridictionnelle, dans les rapports que des Etats pleinement indépendants entretiennent entre eux.

La *comitas gentium* de Ulrich Huber prend, ainsi, directement racine dans le dernier des trois axiomes que le jurisconsulte frison place, systématiquement, en tête des différentes dissertations qu'il consacre à ce sujet⁵⁸¹. Les deux premiers ont, de leur côté, pour fonction d'assurer la pleine maîtrise du souverain sur ses « sujets », dont l'acception très large comprend les étrangers qui sont présents, même temporairement, sur le territoire⁵⁸². Le troisième, pour sa part, manifeste cet esprit de concession et de courtoisie que les Etats doivent adopter vis-à-vis de la loi étrangère qui prétend à porter ses effets par-delà les frontières. Ce conflit de lois souveraines se révèle, avec des nuances de rédaction, à travers les deux versions qui figurent, respectivement, dans le *De jure civitatis* de 1684 et dans le « De conflictu legum » des *Praelectiones juris civilis* parues en 1689 :

14. ... Le troisième [axiome est] que : Les souverains de chaque Etat se consentiront mutuellement d'accorder effet dans leur territoire aux lois et droits des autres, pour autant que cela puisse se faire sans préjudice pour ceux qui y consentent⁵⁸³.

3. Les autorités des Etats, selon la courtoisie, font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu, sous la réserve que

⁵⁸¹ Sur les trois dissertations qu'a consacrées Ulrich Huber à la question des conflits de lois, voir *supra*, pp. 206-207 et les notes y afférentes. La deuxième dissertation, rédigée en langue frisonne en 1684 et reprise en 1686, a fait l'objet d'une traduction en anglais en 1939, dans un ouvrage qui n'est pas matériellement accessible depuis la France.

⁵⁸² Sur les deux premiers axiomes, socles de la souveraineté/territorialité chez Huber, voir *supra*, pp. 218-224.

⁵⁸³ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°14 : *Tertia, Summae Potestates cujus Reipubl. indulgent sibi mutuo, ut jura Legesque aliarum, in aliarum territoris effectum habeant, quatenus sine praejudicio indulgentium fieri potest.*

ni les autres Etats, ni leurs sujets n'en subissent aucune atteinte dans leur pouvoir et dans leur droit⁵⁸⁴.

La double rédaction, à cinq ans d'intervalle, de cet axiome suggère que l'intention initiale de Ulrich Huber n'a pas été de se placer sous le patronage de Paul Voet et de sa *comitas inter gentes*, mais, bien davantage, de rechercher dans le *jus gentium* le fondement de la règle qui oblige chaque Etat à desserrer ses frontières et à accueillir les effets de la loi étrangère sur son territoire. Alors qu'elle n'apparaît que dans la troisième dissertation en 1689, la *comitas* – terme qui ne figure jamais en tant que tel dans les écrits de Huber – doit s'envisager comme une commodité de langage, qui semble essentiellement destinée à souligner ce respect mutuel que se doivent, l'une envers l'autre, les souverainetés en matière de conflits de lois. L'auteur n'entend pas, nécessairement, signaler sa franche adhésion au concept tel qu'il fut, en son temps, défini par Voet, mais plutôt reprendre une notion qui le séduit, afin de l'ajuster aux besoins d'une doctrine qui conserve, par ailleurs, son indépendance par rapport à celle de son prédécesseur⁵⁸⁵.

La continuité d'idée qui se manifeste entre la *comitas* voetienne et la *comitas gentium* ne se résume pas à une simple question de sémantique et, plus précisément, à l'emploi qui est fait, ou non, du terme dans les écrits de l'Ecole hollandaise. En plaçant la courtoisie internationale au cœur même de son emblématique troisième axiome, Ulrich Huber signifie ainsi qu'elle constitue l'élément cardinal de son système. Au-delà des similitudes qui peuvent exister entre les deux notions, c'est davantage dans la singularité propre à la *comitas gentium*, aux préceptes qui la nourrissent et aux règles qu'elle porte, que repose toute l'équilibre de l'architecture huberienne.

Cette architecture s'appuie sur deux piliers, exprimés directement dans le troisième axiome : les droits acquis (§ 1) et la réserve de la souveraineté/territorialité, qui se comprend, en l'espèce, comme l'ordre public entendu *lato sensu*. Celui-ci, qui réunit indistinctement tous les mécanismes d'éviction de la loi étrangère (loi de police, exception d'ordre public, fraude à la loi), revêt alors, sous la plume de Huber, les atours de la *fraus legis* (§ 2). Droits acquis et *fraus legis* ne sauraient être dissociés sans trahir l'économie du système voulue par l'auteur. En effet, au libre jeu des lois extraterritoriales autorisé par les accords, exprès ou tacites, qui existent entre les nations dans l'intérêt de leurs sujets respectifs, répond, comme garantie de leurs souverainetés réciproques, un « retour au principe » de territorialité exclusive, à chaque fois que les intérêts d'une Nation ou de ses ressortissants se trouvent blessés par l'application d'une loi étrangère.

§ 1. Le troisième axiome de Ulrich Huber : *comitas gentium* et droits acquis.

« Les autorités des Etats, par courtoisie, font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu... ». La

⁵⁸⁴ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°2 : III. *Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praedjudicetur.*

⁵⁸⁵ A ce titre, l'étude approfondie de la sémantique de Ulrich Huber démontre amplement que la *comitas* n'est qu'une façon parmi d'autres de désigner cet esprit de courtoisie dont il se fait le promoteur. En effet, dans le « De his quae exteri sibi invicem debent » du *De jure civitatis*, le juriste frison n'emploie jamais le substantif *comitas*, non plus que l'adverbe *comiter*. Dans le « De conflictu legum » des *Praelectiones*, le substantif n'est pas davantage présent et l'adverbe, pour sa part, ne s'y trouve qu'à deux reprises, en comptant le troisième axiome. Ce n'est sans doute pas l'un des moindres paradoxes concernant l'Ecole Hollandaise que celui qui consiste à identifier, encore aujourd'hui, la *comitas* avec l'auteur le plus éminent de ladite Ecole, quand, en réalité, celui-ci n'a jamais entendu mettre particulièrement en avant un concept dont il n'est pas le géniteur et qu'il n'a fait, au fond, que se réapproprier.

théorie des droits acquis à l'étranger, ainsi formulée de manière très générale, repose sur deux séquences, dans le temps et dans l'espace, nettement distinctes, qui appellent, à ce titre, deux réactions fort différentes de la part des juges – ou des officiers publics – appelés à en connaître⁵⁸⁶. D'un point de vue temporel, en effet, la création ou l'acquisition régulière du droit subjectif dans le ressort de l'Etat étranger précède toujours l'effet que les parties (ou les autorités étrangères) entendent lui faire produire sur le territoire de l'Etat du for. De même, d'un point de vue spatial, le critère décisif, en la matière, est le franchissement ou non de la frontière, dans la mesure où les autorités du for doivent envisager le droit acquis selon qu'il déploie ses effets uniquement à l'intérieur de l'Etat d'acquisition ou selon que, exigeant davantage, il réclame son application au-delà des limites du territoire. Dès lors, abritée en deçà par la souveraineté de l'Etat qui l'a vue se constituer et qui lui a donnée pleine validité, la situation juridique se trouve dépourvue de cette protection au-delà et doit s'en remettre à celle que lui impose chaque Etat où elle prétend sortir ses effets. C'est à ce moment-là, et à ce moment-là seulement, qu'elle s'expose, éventuellement, aux foudres de la souveraineté/territorialité de l'Etat d'accueil.

Un tel raisonnement ne saurait s'admettre que si la considération essentielle est apportée aux effets du droit acquis à l'étranger, qui sont seuls ici soumis à la connaissance du juge du for. En ne s'attachant qu'aux effets de la loi étrangère à l'intérieur de leurs frontières et non à la loi étrangère elle-même, les autorités locales respectent pleinement la souveraineté du législateur étranger, qui est entière et exclusive dans les limites de son propre territoire, comme le rappelaient déjà les deux premiers axiomes de Huber. Dans l'arbitrage que suppose nécessairement le conflit de souverainetés, le droit acquis puise son autorité dans la souveraineté étrangère et, à ce titre, doit être respecté en tant que tel, ainsi que l'exige le *jus gentium*, pour cette simple raison que le fait de lui dénier toute force juridique équivaldrait à dénier toute souveraineté à l'Etat étranger. Cette funeste conséquence – contraire à toute raison pour les Hollandais – commande, pour qui veut la prévenir, de poser en principe que chaque Etat s'interdit d'interférer avec les actes, décisions et faits qui naissent dans un autre Etat et d'en discuter la validité *a priori*. De l'abstention d'un acte négatif à la commission d'un acte positif, il n'y a qu'un pas que Ulrich Huber hésite d'autant moins à franchir qu'il est de ceux qui mettent à la charge des Etats la gestion des échanges privés internationaux, afin, précisément, de leur assurer une meilleure sécurité juridique. Son troisième axiome s'appuie sur le postulat que chaque justiciable, national ou étranger, a le droit de se prévaloir d'une situation régulièrement acquise en territoire étranger devant un tribunal du for. La régularité de ses effets et l'étendue qu'il convient de leur accorder deviennent alors les principaux enjeux du débat judiciaire tranché par le juge. Enoncée en ces termes, la *comitas gentium* devient une règle de droit international public, qui engage chacun des Etats souverains et qui se renforce de la réciprocité des règles auxquelles ceux-ci consentent à s'astreindre⁵⁸⁷.

Une fois les prémisses de sa doctrine posées à travers ses *axiomata*, Ulrich Huber en infère trois règles de conflit, qui sont destinées à confronter la *comitas gentium* et la théorie des droits acquis⁵⁸⁸ aux principales questions qui forment la matière du conflit de lois. En descendant ainsi de

⁵⁸⁶ Sur la notion des droits acquis, envisagée avec une large perspective historique, où Ulrich Huber a toute sa place, voir Pierre ARMINJON, « La notion des droits acquis en Droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1933, IV, pp. 8-119.

⁵⁸⁷ Sur la réciprocité comme pierre angulaire de la *comitas* chez les Hollandais, voir les travaux de Paul LAGARDE, cités, *supra*, p. 278, note 556.

⁵⁸⁸ Sur ces trois règles de conflit, trop souvent méconnues par la doctrine postérieure, et leurs liens avec les trois axiomes, voir le chapitre entier que Nikitas Emmanuel HATZIMIHAIL consacre à l'œuvre de Ulrich Huber dans son *Pre-*

l'étage des axiomes (et, en particulier, du troisième) à celui des règles de conflit qui en découlent directement, l'auteur place le cœur de sa réflexion, non plus sur le terrain du *jus gentium*, mais sur celui du droit privé et de l'*utilitas privatorum*. Cette translation révèle au grand jour la double sensibilité, privatiste et publiciste, qui nourrit le conflit de souverainetés chez Ulrich Huber. Les intérêts privés, défendus par les droits acquis, doivent nécessairement composer avec les intérêts publics, endossés par les mécanismes traditionnels de protection de la territorialité (loi de police, exception d'ordre public, fraude à la loi). En effet, parce que la doctrine de Huber se préoccupe essentiellement de ménager les susceptibilités des souverainetés qui sont concernées par l'acte ou le fait litigieux, les solutions qu'elle préconise s'évertuent à trouver le moyen le plus adéquat de faciliter la bonne entente des Etats, ainsi que leur coopération, y compris judiciaire⁵⁸⁹. Or, parmi les intérêts que le juge doit pondérer, la reconnaissance des droits acquis est mise en balance avec les impératifs de son propre ordre public. La dialectique du principe et de l'exception qui caractérise le troisième axiome est donc directement au cœur des exemples évoqués à tour de rôle par Ulrich Huber, car, à chaque fois, celui-ci s'interroge sur le point de savoir si le droit acquis légitimement à l'étranger est porté ou non par la *comitas gentium* et s'il est possible ou non de lui donner effet devant la juridiction du for.

Le choix de procéder au moyen de règles de conflits déterminées selon leur objet marque une claire rupture avec la méthode usuellement pratiquée par les maîtres de l'Ecole Hollandaise. Le raisonnement ne se construit plus à partir d'une classification des statuts, étrangère au *jus gentium* de Huber, mais à partir de ces règles de conflit qui sont conformées par l'auteur aux trois axiomes qu'il a lui-même énoncés. Il n'en demeure pas moins que ces règles se révèlent de facture parfaitement classique par rapport au statutisme traditionnel. Elles recouvrent ainsi peu ou prou les champs du droit privé étudiés par les Voet à la même période et concernent les trois grandes catégories qui fournissent la substance à leur classification tripartite : les actes et opérations, judiciaires ou extra-judiciaires, les personnes, les biens immobiliers. De fait, à ne s'en tenir qu'à l'ordre d'exposition choisi par l'auteur lui-même dans son « De conflictu legum », il apparaît manifestement qu'à chacune de ces catégories correspond sa règle de conflit, soit respectivement : la règle *Locus regit actum*, la loi du lieu d'attribution ou d'acquisition de la qualité personnelle et, enfin, la *lex rei sitae*⁵⁹⁰. Or, les deux premières règles, relatives aux actes (A.) et aux personnes (B.), ouvrent la porte à l'extraterritorialité des droits acquis, alors que la troisième, marquée par l'empire du statut réel immobilier, y fait irrémédiablement obstacle (C.).

Classical Conflict of Laws, op. cit., pp. 267-346, spéc., pp. 269-289. Nous remercions l'auteur d'avoir bien voulu nous faire parvenir un exemplaire de sa dissertation.

⁵⁸⁹ A cet égard, il est remarquable que Ulrich HUBER ait consacré plusieurs paragraphes du chapitre « De his quae exteri sibi invicem debent » de son *De jure civitatis* de 1684 à l'épineuse question de la compétence juridictionnelle (paragraphes n°32 à 46). Si elle n'est pas totalement absente de l'œuvre des Voet, elle n'occupe qu'une place incidente, au hasard de leurs considérations sur la tutelle, la confiscation des meubles ou les délits. Huber est l'un des rares auteurs de l'époque à aborder directement la thématique du conflit de juridictions et à tenter d'y apporter des réponses en matière civile et pénale. Parce qu'il n'est pas déterminant pour notre propos, cet aspect de son œuvre n'a pas été intégré dans nos développements.

⁵⁹⁰ L'ordre d'exposition dont il est question est le plus simple et c'est celui que Ulrich Huber a adopté lors de la rédaction du « De conflictu legum » des *Praelectiones* de 1689 : les actes juridiques sont évoqués aux paragraphes 3 à 10, le statut personnel aux paragraphes 11 à 14 et la *lex rei sitae* au paragraphe 15 et dernier. Par comparaison, dans le « De his quae exteri sibi invicem debent » du *De jure civitatis*, cinq ans auparavant, la répartition se faisait de la manière suivante : les actes juridiques et de procédure sont traités des paragraphes 15 à 21 (et 29 et 30), la *lex rei sitae* des paragraphes 22 à 25, le statut personnel des paragraphes 26 à 28, et, enfin, la procédure fait l'objet des paragraphes 33 à 46 et avant-dernier.

A. L'extraterritorialité des droits acquis : la règle *Locus regit actum*.

Le droit acquis s'entend, en la matière, d'un droit qui tire sa validité d'un acte ou d'un jugement qui se sera conformé aux exigences imposées par la loi du pays de rédaction ou de reddition. L'observation ou la violation de la loi locale conditionne nécessairement le sort de l'acte ou de la décision, et des droits qui y sont attachés, à l'étranger. Il incombe donc au juge du for, saisi de la régularité d'un acte ou d'un jugement, de rechercher, sur la base des éléments de preuve fournis par la partie qui s'en prévaut, si cet acte ou ce jugement est bien valable ou nul dans son pays d'origine, afin de lui donner ou non effet. Tel est le sens et la portée qu'il convient d'accorder à l'exposé que Ulrich Huber donne de la règle *Locus regit actum* :

15. Prenons, d'abord, le cas des actes et contrats entre vifs ou à cause de mort régulièrement formés en un certain lieu selon les lois qui y ont cours. Ces mêmes actes, produits ailleurs, où ils ne seraient pas valables s'ils y avaient été formés de la sorte, ne pourraient de leur propre force avoir effet en justice, si vraiment les juges de ce lieu devaient juger selon les lois de leur Etat, ce qui est compatible avec la première règle. Mais l'intérêt mutuel des peuples, que nous avons évoqué, fait, comme il est constamment admis, que les actes des vivants et des morts, accomplis selon les exigences légales des lieux où ils sont passés, valent en tout lieu auprès de toutes les nations et peuvent y être sanctionnés en justice, conformément à la seconde [*en réalité, troisième*] règle⁵⁹¹.

3. ... *Tous les actes et opérations, judiciaires ou extra judiciaires, à cause de mort ou entre vifs, régulièrement passés selon la loi d'un certain lieu, sont valables même là où prévaut une loi différente et où ils n'auraient donc pas été valables s'ils y avaient été passés.* Inversement, les actes et opérations faits en violation de la loi locale, nuls *ab initio*, ne peuvent valoir nulle part ; et ceci non seulement lorsque les personnes ont leur domicile au lieu du contrat, mais encore lorsqu'elles n'y séjournent qu'à titre passager. Sauf cette exception, cependant, que, si les autorités d'une autre nation devaient en souffrir un sérieux inconvénient, elles ne seraient pas tenues de donner force et effet à de tels actes et opérations, conformément à la réserve formulée dans le troisième axiome⁵⁹².

Les deux définitions des droits acquis, ainsi rapprochées, se rejoignent et se complètent en justifiant l'extraterritorialité des droits acquis par l'action combinée des trois axiomes. Celle-ci est rendue possible par « l'intérêt mutuel des souverainetés », ou *mutua utilitas gentium*, qui autorise l'application, *ex comitate*, à l'intérieur d'un Etat d'un acte ou d'un jugement émanant d'un Etat étranger, à la condition d'être « régulièrement passé » (*rite celebratum*) selon les modalités édictées par cet Etat d'origine. Cette condition de régularité s'avère essentielle, dans la mesure où elle accroît considérablement l'office dévolu au juge. En matière d'actes juridiques, la partie qui appuie ses allégations sur un acte qu'elle estime régulier doit apporter la preuve que les conditions de régularité requises par l'Etat d'origine de l'acte sont bel et bien satisfaites. Le juge doit donc, non

⁵⁹¹ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°15 : *Primum ponimus usum, in Actibus et contractibus inter vivos, vel mortis causa, certo loco, secundum Leges ejusdem loci, rite celebratis. Talia instrumenta Negotiorum, alibi prolata, ubi sic composita non valerent, ibi sua vi non possunt habere effectum judiciale; siquidem judices ejus loci, judicare debent, secundum Leges suae Reipubl. quo est conveniens regulae prima. Sed mutua, quam diximus, utilitas gentium efficit, ut constanter receptum sit, Actus viventium morientiumque, factos secundum requisita Legalia locorum, in quibus celebrantur, ubique gentium valere effectumque judiciali potiri, per regulam II.*

⁵⁹² Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°3 : ... *Cuncta negotia et acta tam in judicio quam extra judicium, seu mortis causa sive inter vivos, secundum jus certi loci rite celebrata valent, etiam ubi diversa juris observatio viget, ac ubi sic inita, quemadmodum facta sunt, non valerent. E contra, negotia et acta certo loco contra leges ejus loci celebrata, cum sint ab initio invalida, nusquam valere possunt; idque non modo respectu hominum, qui in loco contractus habent domicilium, sed et illorum, qui ad tempus ibidem commorantur. Sub haec tamen exceptione; si rectores alterius populi excinde notabili incommodo afficerentur, ut hi talibus actis atque negotiis usum effectumque dare non teneantur, secundum tertii axiomatis limitationem.*

seulement vérifier quel est le lieu de conclusion de l'acte, afin de localiser celui-ci, mais également vérifier si cet acte présente les conditions de régularité prescrites par la *lex loci conclusionis*⁵⁹³. Dans l'esprit de Huber, les conditions de régularité d'un acte, qui sont les uniques préoccupations du juge, s'entendent aussi bien de la forme que du fond⁵⁹⁴. Si elles sont satisfaites, alors, les droits qui sont attachés à l'acte peuvent être considérés comme pleinement acquis et, en principe, bénéficier de l'extraterritorialité.

Ce pouvoir de vérification ainsi conféré au juge lui permet alors de décider s'il y a lieu, ou non, de mettre en œuvre la réserve du troisième axiome à l'encontre d'un droit régulièrement acquis à l'étranger : « sauf cette exception, cependant, que, si les autorités d'une autre nation devaient en souffrir un sérieux inconvénient, elles ne seraient pas tenues de donner force et effet à de tels actes et opérations, conformément à la réserve formulée dans le troisième axiome ». Comme le choix même du terme l'indique, la figure qui se dessine ici est celle de l'exception d'ordre public. L'avant et le revers de la *comitas gentium* se révèlent donc dans ce jeu conjoint des trois axiomes et, en particulier, dans la logique ambivalente qui est inhérente au dernier d'entre eux. Dans la perspective huberienne et, au-delà même, dans la perspective hollandaise, la *comitas gentium* se conçoit tout à la fois comme vecteur de tolérance envers l'extraterritorialité des droits acquis et comme garante de la souveraineté de l'ordre juridique de l'Etat d'accueil⁵⁹⁵.

B. L'extraterritorialité des droits acquis : la loi du lieu d'attribution ou d'acquisition de la qualité personnelle.

La réflexion de Ulrich Huber sur les droits acquis ne se cantonne pas à la seule loi applicable à la forme et à la substance des actes juridiques ou des décisions de justice. Elle vaut tout aussi bien pour la question de l'état et la capacité des personnes. Dans la dialectique territorialité/extraterritorialité qui est au cœur de la doctrine hollandaise, cette question constitue le domaine privilégié dans lequel peut se déployer l'extraterritorialité de la loi et une source constante de conflit de lois. La sécurité juridique des particuliers et la prévisibilité des solutions seraient grandement mises en défaut si leurs droits acquis ne pouvaient prétendre à la reconnaissance d'un Etat étranger. Comment articuler les trois axiomes en une combinaison qui satisfasse tous les

⁵⁹³ La « localisation objective » est l'un des traits propres à l'ensemble des Hollandais. Mais, même chez Huber, l'empire de la *lex loci conclusionis* sur le contrat n'est pas aussi exclusif et impérieux que son attachement à la souveraineté/territorialité ne le donne à croire. Lui-même, en effet, admet, dans ses deux dissertations, que cette règle puisse connaître une dérogation en faveur de la loi d'autonomie : voir Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°23 (en matière de biens immobiliers) et « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°10 (en matière de contrats, en général, et de régimes matrimoniaux, en particulier).

⁵⁹⁴ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°18 *in principio* et « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°5.

⁵⁹⁵ Ce que confirme, incidemment, le paragraphe qui referme, dans le *De jure civitatis*, l'étude consacrée à cette règle *Locus regit actum*. Voir Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°31 : « En résumé donc, chaque fois qu'un conflit de lois entre plusieurs cités à propos de la même affaire survient, l'autorité du lieu où l'affaire doit se juger peut, si elle le veut, et assurément de son propre droit (*jure suo*), suivre en tout ses propres lois ; mais, pour l'utilité réciproque, elle [peut] se rallie[r] à l'enseignement du droit des gens, de telle sorte que prévale le droit du lieu où l'affaire fut faite, à moins que inversement ne l'emporte l'intérêt contraire d'un autre Etat, comme nous l'avons déjà expliqué » (31. *In summa igitur, quoties conflictus legum in diversis Civitatibus circa idem negotium, occurrit, Potestas loci, ubi res judicanda est, si velit, potest, & quidem jure suo, per omnia sequi leges proprias ; sed ob reciprocum utilitatem in disciplinam juris Gentium abiit, ut jus loci, in quo res gesta fuit, praevaleat ; nisi rursus in contrarium utilitas alterius Reipubl. praeponderet, ut jam exposuimus*). L'emploi de *jure suo* n'est pas sans faire écho au *rigor juris* de Paul Voet et au *summum jus* de son fils Jean.

intérêts en cause ? Ulrich Huber s'efforce d'apporter une réponse nuancée et, à bien des égards, restrictives dans ses deux grandes œuvres :

26. ... Quant aux qualités des personnes, il faut partout considérer le droit du lieu dans lequel telle qualité a été attribuée à chaque personne : chaque personne porte cette empreinte en tous les lieux des divers Etats et tous les juges ne reconnaissent que le droit du lieu d'attribution, pour autant que cela ne semble créer aucun préjudice à un autre Etat. Dès lors, qui, dans son pays, est majeur ou mineur, prodigue ou placé sous curatelle est tel en tout lieu et jouit en tout pays des mêmes droits dont jouissent les majeurs et les mineurs, les prodiges et les personnes sous curatelle, même si, au regard des lois de ce pays, il n'est pas réputé tel. Dans la province d'Utrecht, qui a vingt et un ans accomplis est considéré majeur, si je ne me trompe ; ici, en Frise, il peut donc vendre des immeubles sans autorisation de justice, parce que ce droit en Frise appartient aux majeurs, quand bien même, selon nos lois, il ne serait pas considéré majeur.

Qui a obtenu ici la *venia aetatis* [dispense d'âge] est ailleurs aussi censé être majeur, et, pour cela, s'il contracte à son détriment, il ne sera pas restitué *in integrum*, même là où ce privilège est attribué aux hommes de son âge. Qui est prodigue ici n'aura nulle part la libre administration de ses biens et nulle part ne sera obligé par ses contrats, à moins que, pour raison d'équité, la partie lésée ne puisse tirer un remède extraordinaire du caractère vraisemblable de son ignorance⁵⁹⁶.

12. Aux règles exposées au commencement se rattache l'axiome suivant : *Les qualités personnelles conférées par le droit à la personne en un lieu déterminé circulent en tout lieu et accompagnent la personne avec cet effet que celle-ci jouira et pâtira n'importe où de la condition dont les personnes semblables jouissent ou pâtissent ailleurs.* De là que ceux qui chez nous sont sous tutelle ou curatelle, tels les jeunes gens, les fils de famille, les prodiges, les femmes mariées, sont en tout lieu considérées personnes protégées et ont, de droit, l'usage et la jouissance de ce par quoi la loi locale assure la protection. Ainsi, celui qui, en Frise, a obtenu la *venia aetatis* (émancipation) ne peut être restitué s'il contracte en Hollande. Ainsi, celui qui a été déclaré prodigue ici ne sera ni engagé, ni poursuivi pour le contrat passé là où il eût été valable. Inversement, en certaines provinces, ceux qui ont vingt ans accomplis sont considérés majeurs et peuvent aliéner leurs biens immeubles et exercer les autres droits des mineurs en ces lieux où, avant vingt-cinq ans, nul n'est réputé majeur ; parce que, selon la courtoisie, chaque Etat reconnaît effet à ce qui est établi par les lois et les jugements des autres Etats sur leurs sujets, à moins qu'il n'en résulte un préjudice pour son droit acquis ou celui de ses ressortissants⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°26 : ... *In qualitatibus personarum spectatur ubique jus loci, in quo cuique personae certa qualitas impressa fuit : Eum characterem persona quaeque per omnia diversi quoque Imperii loca circumfert, omnesque iudices hactenus agnoscunt jus loci originalis ; quatenus etiam hac parte nihil praedicti diverso Imperio creari videatur. Hinc, qui in patria major, vel minor annis, prodigus aut curae alienae obnoxius habetur, vel factus est, hic ubique talis censetur, eodemque jure gaudet in omni Republ. quo ibi majores minoresve, prodigi curaeve obnoxii gaudent, etsi juxta leges illius Reipubl. pro talibus non haberentur. In provincia Trajectina pro majori habetur, qui unum, ni fallor, & viginti annos implevit, hic in Frisia res immobiles sine Decreto potest vendere, quia majoribus aetate competit hoc jus in Frisia, licet ille secundum Leges nostras pro maiore non habeatur.*

Qui hic veniam aetatis impetravit, is alibi quoque pro maiore habetur, ideoque si male contraxerit alibi, non restituetur in integrum, etsi hoc beneficium ejus aetatis hominibus illic tribuatur. Qui hic est prodigus, ille nusquam habet liberam administrationem rerum suarum, nec usquam e contractibus obligatur ; nisi quatenus aequitatis intuitu probabilis ignorantia remedium extraordinarium parti laesae suppeditare queat.

⁵⁹⁷ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°12 : *Ex Regulis initio collocatis etiam hoc axioma colligitur. Qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circumferri et personam comitari, cum hoc effectu, ut ubique locorum eo jure, quo tales personae alibi gaudent vel subjecti sunt, fruuntur et subjiciantur. Hinc qui apud nos in Tutela, Curave sunt, ut adolescentes, filii familias, prodigi, mulieres nuptae, ubique pro personis Curae subjectis habentur, et jure, quod Cura singulis in locis tribuit, utuntur fruuntur. Hinc qui in Frisia veniam aetatis impetravit, in Hollandia contrahens ibi non restituitur in integrum. Qui prodigus heic est declaratus, alibi contrahens valide non obligatur neque convenitur. Rursus in quibusdam Provinciis qui viginti annos excessere pro majoribus habentur, et possunt alienare bona immobilia, alia que jura minorum exercere in illis etiam locis, ubi ante viginti quinque annos nemo censetur esse major ; Quia Legibus rebus que judicatis aliarum Civitatum insuos subjectos qualibet aliae potestas comiter effectum tribunt ; quatenus sui suorumque juri quaesito non praedjudicatur.*

La loi applicable à l'état et à la capacité des personnes est donc la loi du lieu d'attribution ou d'acquisition de la qualité personnelle, et non la seule *lex domicilii*, puisque le lieu en question ne se restreint pas nécessairement au seul domicile de la personne considérée. En vertu des deux premiers axiomes, celle-ci s'assujettit aux lois du territoire où ses droits sont créés ou attribués par l'autorité compétente, fût-elle de passage. Par conséquent, fort de son pouvoir de vérification, le juge ne s'attache à connaître que des seules conditions de création ou d'attribution qui ont cours dans ce pays d'origine et accepte, le cas échéant, donner effet « selon la courtoisie » (*comiter*⁵⁹⁸) aux droits acquis sous l'autorité d'une loi étrangère dont les dispositions différeraient de la sienne.

Si l'on en croit le passage correspondant dans le *De jure civitatis*, la règle de conflit en matière de statut personnel semble néanmoins devoir souffrir la restriction portée par la réserve du troisième axiome et qui était déjà celle qui grevait la règle *Locus regit actum* : « chaque personne porte cette empreinte en tous les lieux des divers Etats et tous les juges ne reconnaissent que le droit du lieu d'attribution, pour autant que cela ne semble créer aucun préjudice à un autre Etat ». Cette réserve d'ordre public, la *comitas gentium* la porte en elle, au point d'autoriser le juge à apprécier la nature et la gravité du *praejudicium* porté à l'Etat ou à ses ressortissants et, le cas échéant, à écarter les effets tirés de la loi étrangère. Celle-ci, étant régulièrement compétente au regard de la *comitas*, est abritée des foudres de l'ordre public du for, mais les prérogatives que le titulaire de droits acquis ailleurs prétend exercer sur le territoire peuvent être neutralisés et refoulés à la frontière. C'est, d'ailleurs, en ce sens qu'il faut entendre la reprise du troisième axiome, à la fin du paragraphe du « De conflictu legum » consacré au statut personnel, et qui, soulignons-le, s'exprime en des termes généraux qui dépassent les bornes de cette seule question : « parce que, par courtoisie, chaque Etat reconnaît effet à ce qui est établi par les lois et les jugements des autres Etats sur leurs sujets, à moins qu'il n'en résulte un préjudice pour son droit acquis ou celui de ses ressortissants ».

En exposant, dans ses deux dissertations, sa théorie des droits acquis, Ulrich Huber ne se contente pas de justifier l'extraterritorialité du statut personnel par les seules vertus de la *comitas gentium*. Il s'efforce, par la même occasion, de circonscrire étroitement la portée de cette dernière. La distinction entre le statut personnel (*qualitas*) et l'incident de statut personnel (*effectus qualitatis*), dont il est question ici, porte la marque d'un durcissement des positions territorialistes de Huber. L'économie de cette distinction est, en théorie, simple à comprendre : le statut personnel – l'état et la capacité de la personne – est déterminé par la loi du lieu d'acquisition ou d'attribution ; en revanche, l'incident de statut – les effets qui sont attachés à ce statut – est régi par la loi du lieu où ce statut est invoqué. En droit interne, une telle dissociation n'aurait guère de portée pratique du fait de l'unité de législation. En matière de conflit de lois, elle revêt, au contraire, une importance capitale, puisque la définition et le régime sont soumis à deux lois différentes au minimum.

En réalité, l'intérêt de cette dissociation se révèle pleinement à la lumière des thèses territorialistes chères à Ulrich Huber : il s'agit de priver la loi (étrangère) du lieu d'attribution de son pouvoir de fixer, hors ses frontières, le régime applicable au statut personnel pour transférer ledit pouvoir à la charge de la loi du lieu d'exercice. Le passage du « De conflictu legum » souligne déjà à dessein, à propos de la règle de conflit en matière personnelle, que : « les qualités personnelles... accompagnent la personne avec cet effet que celle-ci jouira et pâtira n'importe où de la condition

⁵⁹⁸ Les traducteurs ont préféré traduire l'adverbe latin par la formule « par courtoisie », suggérant ainsi que l'efficacité reconnue à la qualité acquise à l'étranger procède de la *comitas*, alors qu'il nous semble que, chez Huber, c'est la compétence issue du principe territorial qui justifie l'opposabilité universelle de la situation constituée en conformité du droit local, la *comitas* étant simplement la disposition du souverain à jouer le jeu que règle le principe territorial imposé par le *jus gentium*. En ce sens, la traduction « selon la courtoisie » nous a paru plus fidèle à la pensée de l'auteur.

dont les personnes semblables jouissent ou pâtissent ailleurs ». Mais, dans ses deux œuvres, l'auteur prend le temps de s'en expliquer plus en détail dans les paragraphes qui suivent immédiatement l'énoncé de la règle de conflit en matière personnelle :

27. Mais ce qu'il est permis ou prohibé de faire chez soi en raison d'une qualité personnelle est-il encore licite ou illicite ailleurs, alors que les personnes de même qualité y sont soumises à un droit différent ? D'aucuns le soutiennent ; il est pourtant plus exact d'en rester à la position arrêtée plus haut ; quiconque est reconnu dans cette qualité qu'il a acquise dans sa patrie⁵⁹⁹ doit jouir ici du droit même dont les personnes de cette qualité jouissent en ce lieu, mais non dans sa patrie. Il serait incommode [inapproprié] et *ατοπον* [absurde] que non seulement les visiteurs portent la qualité acquise chez eux en tout lieu, mais encore qu'ils obligent l'autorité étrangère à appliquer le droit reçu dans leur pays, et non ses propres lois.

13. Certains interprètent cette portée de la qualité personnelle de telle manière que celui qui, en un certain lieu, est majeur ou mineur, pubère ou impubère, fils de famille ou *paterfamilias*, sous curatelle ou hors curatelle, jouisse de cette condition ou en pâtisse comme il en jouit ou en pâtit au lieu où il l'a reçue et a été fait tel : dès lors, ce qu'il peut ou ne peut pas faire en sa patrie, nulle part il ne lui sera interdit ou loisible de le faire. Ce propos me paraît dénué de raison car, de chaque loi, résulteraient une sugcusiz (confusion) de droits et une charge excessives pour les Etats voisins⁶⁰⁰.

Les considérations tenant à la souveraineté exclusive que revendique chaque Etat sur son territoire l'emportent sur celles défendues par la *comitas gentium*. Le resserrement du champ d'action de la *comitas* emporte cette conséquence que l'*effectus qualitatis*, à l'intérieur des frontières du lieu d'exercice, est entièrement et exclusivement soumis à la loi qui y a cours. Par là même, celle-ci oblige tous ceux qui se trouvent sur le territoire, nationaux comme étrangers, pour cette raison que ces derniers sont tenus pour des « sujets de l'Etat » au même titre que les premiers, ainsi que l'énonçait déjà le deuxième axiome⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°27 : *Verum, quod aliquis ob personalem qualitatem domi facere potest aut prohibetur, an hoc etiam alibi licitum illicitumve est, utcumque personae talis qualitatis jure diverso illic utantur ? Ita nonnulli disputant ; sed Verius est, in definitione superius posita subsistendum esse ; Quemlibet agnoscere in ea qualitate, quam in Patria acquisivit, ibique eodem jure gaudere, quo personae ejusdem qualitatis in eo loco, non in Patria fruuntur ; Id enim incommodum atque ατοπον foret, ut non modo peregrini qualitatem suam domi ipsis impressam ubique circumferrent, sed etiam potestates externas obligarent, ut jus in Patria illorum usitatum, non suum domesticum exercerent.*

⁶⁰⁰ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et bodièrni, op. cit.*, n°13 : *Sunt, qui hunc effectum qualitatis personalis ita interpretantur, ut qui certo loco, major aut minor, pubes aut impubes, filius aut paterfamilias sub curatore vel extra Curam est, ubique tali jure fruatur eique subjiciatur, quo fruatur et cui subjicitur in eo loco, ubi primum talis factus est aut talis habetur : proinde, quod in patria potest aut non potest facere, id eum nusquam non posse vel prohiberi facere. Quae res mihi non videtur habere rationem, quia nimia inde συγχυσιζ jurium et onus pro vicinis ex aliorum legibus oriretur.*

⁶⁰¹ C'est ce qu'illustre l'arrêt de la Cour suprême de Frise qui, le 27 octobre 1643, a annulé le testament que le jeune Frison Roelof Monsma avait rédigé, juste avant d'y mourir, dans la ville de Groningue, alors qu'il y séjournait pour ses études de pharmacie. Dans ce testament conforme aux exigences du droit frison, il exhérait ses tantes maternelles au profit exclusif de son oncle paternel. Saisie de l'affaire, la juridiction suprême relève que le testament contrevient, sur ce point, au droit du lieu de rédaction, c'est-à-dire au droit de la ville de Groningue, dans la mesure où celui-ci interdit aux mineurs de vingt ans de disposer au cours de leur dernière maladie. Dès lors, quel critère choisir pour apprécier la capacité ou l'incapacité testamentaire du mineur *de cujus* ? Selon le droit de sa patrie, il est capable ; selon le droit du lieu de rédaction, il est considéré comme inapte, du seul fait de son âge. La Cour suprême de Frise, dans l'arrêt précité, motive sa décision en soulignant que le testament a contrevenu au droit groninguais, parce que la capacité testamentaire doit s'apprécier, non pas au lieu d'attribution de sa qualité, mais au lieu dans lequel cette même qualité est appelée à s'exercer. Toutefois, réserve doit être faite du cas où le choix du lieu de confection de l'acte a été choisi à dessein pour *in fraudem legis agere*. Sur cet arrêt de 1643, voir Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, p. 657, note 1.

Ulrich Huber tient cette solution – qu'il reprend dans le paragraphe n°14 de son « De conflictu legum » (*op. cit.*), – du conseiller Gajus NAUTA, qui a rapporté (et critiqué) cette décision au numéro 147 de ses *Decisies van het Hoff van Friesland*. Nauta, mort en 1645, docteur en droit de l'Université de Franeker en 1606, est devenu avocat dans cette

L'intention qui préside à ce territorialisme intransigeant se laisse deviner derrière les affirmations de l'auteur : dans son esprit, il s'agit de prévenir, sinon la constitution, du moins la persistance de situations personnelles ou familiales qui dénoteraient trop avec celles qui sont attribuées aux ressortissants du for et d'éviter, de la sorte, que ces disparités ne blessent trop l'ordre public. La notion d'incident de statut – qui demeure, avant tout, le fruit d'un travail théorique qui se veut prescriptif – répond directement à des considérations de police, qui imposent un tel cloisonnement des ensembles législatifs, au détriment, sans doute, de la sécurité et de la continuité juridiques. Elle présente, à ce titre, l'immense avantage de remplir une fonction que l'*exceptio* d'ordre public ne pouvait remplir qu'imparfaitement : le refoulement aux frontières de la loi étrangère, au profit, exclusif et indiscuté, de la loi locale et au plus grand bénéfice du juge du for, qui en voit sa tâche simplifiée. S'il ne peut être question, en l'espèce, de parler de « lois de police », tous les éléments constitutifs destinés à en dessiner la figure se révèlent ainsi au grand jour⁶⁰².

C. Les droits acquis à l'épreuve de la territorialité : la *lex rei sitae*.

La dernière règle de conflit ne fait qu'intégrer au système de conflit prôné par Ulrich Huber l'obstacle traditionnellement érigé à l'encontre de l'extraterritorialité des lois par les différents ordres juridiques pour défendre ce qui constitue l'assise même de leur territoire et l'assiette de leur richesse foncière : les immeubles. Ainsi qu'en témoigne l'unanimité des statutistes à son sujet, non démentie par l'approche nouvelle du jurisconsulte frison, la *lex rei sitae* tire sa force et sa pérennité de cette « police des sols » dont elle a en charge d'assurer la protection :

21. ... La seule force de la loi ne [peut] affecter des immeubles situés en d'autres territoires : comme ils constituent partie intégrante de chaque territoire, il ne peut se faire sans confusion que les lois d'un autre Etat fixent le régime juridique des choses du sol sises ailleurs.

22. ... les immeubles suivent les lois du lieu où ils sont situés ; les meubles, parce qu'ils ne font pas partie du territoire, mais sont attachés à la personne de leur dernier possesseur, suivent les lois du lieu dans lequel celui-ci avait son domicile.

24. Mais cette volonté expresse [d'un disposant ou d'un contractant, en vertu de la loi d'autonomie] ne peut aller contre les lois, qui, dans certains pays, sont spécialement imposées aux immeubles. Par exemple : un Frison a des biens fonds dans les Ommelandes voisines, où il n'est pas permis de tester sur les immeubles ; néanmoins, il veut laisser ces biens à un étranger conformément à notre droit. On se demande s'il le peut : il ne le peut. Les magistrats des Ommelandes ne reconnaîtront pas, en effet, son pouvoir de transmettre par testament ces immeubles à des étrangers, par une disposition faite à l'étranger que leurs concitoyens ne peuvent faire ; et ils ne seront nullement tenus par le droit des gens de permettre une chose contraire à leur gouvernement et à leur ordre juridique en vertu de

même ville à partir de 1607, puis conseiller à la Cour suprême de Frise à partir de 1636 (« Nauta (Gajus) », *Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek*, Deel 10, Leyde, 1937, p. 662). Ses *Decisien* furent complétées et publiées à titre posthume à Leeuwarden en 1779 par Anthonius Kahn. L'affaire fait également partie des cas les plus célèbres tranchés par la Cour suprême de Frise rapportés, un siècle plus tard, et en latin, par l'arrétiste Jean (Johannes) BEUCKER l'Ancien, qui y fut *procurator generalis*, dans ses fameuses *Rerum in Suprema Frisiorum Curia judicatarum fasciculus*, publiées à Leeuwarden en 1780 (par Simon Cocq) puis 1782 (par Bavius Voorda), au chapitre III.

⁶⁰² La distinction entre le statut et ses incidents ne s'est trouvée aucune postérité sur le Continent, y compris aux Pays-Bas, où la doctrine de Huber a suscité généralement peu d'échos. En revanche, elle a rencontré l'assentiment des juristes anglais, praticiens comme théoriciens, qui en ont fait l'une des pierres angulaires de leur système. Sur la distinction, voir l'article de Carleton Kemp ALLEN, « Status and capacity », *Law Quarterly Review*, n°46, 1930, pp. 277-310, et l'ouvrage de Ronald Harry GRAVESON, *Status in the Common Law*, Londres, 1953, spécialement les pp. 102-110. Sur la marque imprimée par Huber sur le Droit international privé anglais, voir David James LLEWELYN DAVIES, « The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law », *British Yearbook of International Law*, n°18, 1937, p. 49-78 (qui contient en appendice une traduction anglaise de la dissertation de Huber).

la troisième règle que, plus haut, nous avons considérée fondamentale⁶⁰³.

15. Nous avons dit et affirmé que le fondement de toute cette doctrine est la sujétion des hommes aux lois du pays aussi longtemps qu'ils y résident, d'où il résulte que l'acte valable ou non *ab initio* ne peut qu'être valable ou non ailleurs. Mais cette raison ne convient pas aux choses immobilières, quand elles sont considérées, non comme soumises à la libre disposition du *paterfamilias*, mais comme sujets portant certaines qualités à elles imprimées par la loi de l'Etat où elles sont situées ; ces qualités demeurent indélébiles dans cet Etat, quoi que les lois d'autres Etats ou les dispositions des particuliers prévoient de contraire ou différent ; en effet, ce ne serait pas sans un grand désordre et un grand dommage pour l'Etat de situation que pareilles dispositions pourraient contrarier les lois qu'il a établies pour ces choses. Dès lors, un Frison ne peut léguer les champs et les maisons qu'il a dans la province de Groningue où la loi interdit de disposer des immeubles par testament, le droit de Frise étant impuissant à régir des biens constituant parties intégrantes du territoire étranger. Mais n'est-ce pas contredire alors ce que nous avons dit auparavant, qu'un testament valablement fait selon le droit local doit avoir effet même sur les biens situés ailleurs où il est permis de léguer ? Nullement, parce que la diversité des lois en l'espèce n'affecte pas les immeubles et ne les concerne pas, mais se rapporte aux dispositions testamentaires ; là où il a été régulièrement fait, la loi de l'Etat n'interdit pas cet acte à l'égard des immeubles, pour autant qu'il ne touche ni n'affaiblit aucun des caractères qu'ils ont reçus de la loi de leur situation. Cette règle vaut aussi pour les contrats : les immeubles frisons vendus en Hollande d'une manière qui est prohibée en Frise, mais permise là où l'acte est passé, sont considérés valablement vendus ; il en va de même pour des choses qui, sans être des immeubles, sont attachées au sol ; ainsi, si du blé du sol frison est vendu en Hollande sur pied, comme on dit, la vente n'est pas valable, pas même en Hollande, quoique il n'y soit pas interdit de vendre ainsi ce blé, mais parce qu'en Frise, ce l'est et que ce blé est attaché au sol et en fait partie. Il n'en va pas autrement des successions *ab intestat* ; si le défunt est un *paterfamilias* dont les biens sont dispersés en plusieurs pays, en ce qui concerne les immeubles, il faudra suivre le droit du pays où ils sont situés ; quant aux meubles, il faudra suivre le droit du lieu où le disposant (*sic*) avait son domicile...⁶⁰⁴.

⁶⁰³ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°21 in fine : ... *sola vis legis alieni territorii non posset afficere res immobiles in alio territorio sitas : quia cum hae faciant partem subjectivam cujusque territorii, non posset fieri sine confusione, ut diversae Reipubl. Leges rebus soli, alibi sitis effectum juris imprimerent.*

Ibid., n°22 : ... *Immobilia sequi jus loci, in quo sita sunt ; Mobilia, cum non faciant partem territorii, sed affectionem ad personam Ultimi possessoris habeant, sequuntur jus loci, in quo ille domicilium habuit.*

Ibid., n°24 : ... *Verum haec expressa voluntas non potest operari adversus leges, quae in singulis civitatibus specialiter rebus immobilibus sunt impositae. Exempli gratia ; Frisius habet res soli in Omlandia nobis vicina, ubi non licet testari de rebus immobilibus. Vult ille tamen eas res extraneo relinquere jure nostro. Quaeritur an possit ; non potest. Magistratus enim Omlandici non patientur suae ditionis praedia ad extraneos testamento transferri, per dispositionem exterorum, quod suis civilis non licet ; neque tenentur ex jure Gentium permittere rem suo Regimini ordinique recepto adversam, vi regulae tertiae, quam habuimus supra, fundamentalem.*

D'après l'*Encyclopédie*, les Ommelandes sont « le nom qu'on donne au plat-pays qui est aux environs de Groningue, & qui, avec cette ville, forme une des sept Provinces-unies. Il faut donc savoir que la province de Groningue est composée de deux membres ; savoir, de celui de la ville de Groningue, & de celui du pays circonvoisin, qu'on appelle en flamand Ommelanden ; & ces deux membres font une province souveraine » (extrait de l'article de Louis de JAUCOURT, *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, 1ère édition, 1765, tome XI, p. 469).

⁶⁰⁴ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°15 : *Fundamentum universae hujus doctrinae diximus esse et tenemus subjectionem hominum infra Leges cujusque territorii, quamdiu illic agunt, quae facit, ut actus ab initio validus aut nullus alibi quaque valere nequeat. Sed haec ratio non convenit rebus immobilibus, quando illae spectantur, non ut dependentes a libera dispositione cujusque patrisfamilias, verum quatenus certae notae Lege cujus que Reipubli. Ubi sita sunt, illis impressae reperiuntur ; hae notae manent indeliberabiles in ista Reipubl. Quicquid aliarum Civitatum Leges aut privatorum dispositiones secus aut contra statuant ; nec enim sine magna confusione praejudicioque Reip. Ubi sitae sunt res soli, Leges de illis latae, dispositionibus istis mutari possent. Hinc Frisius habens agros et domos in provincia Groningensi non potest de illis testari, qui a Lege prohibitum est ibi de bonis immobilibus testari, non valente Jure Frisico adficere bona, quae partes alieni territorii integrantes constituunt. Sed an hoc non obstat ei, quod antea diximus, si factum sit Testamentum jure loci validum, id effectum habere etiam in bonis alibi sitis, ubi de illis testari licet ? Non obstat ; quia Legum diversitas in illa specie non afficit res soli neque de illis loquitur, sed ordinat actum testandi ; quo recte celebrato, Lex Reipublicae non vetat illum actum valere in immobilibus, quatenus nullus character illis ipsis a Lege loci impressus laeditur aut imminuitur. Haec observatio locum etiam in Contractibus habet : quibus in Hollandia venditae res soli Frisici, modo in Frisia prohibito, licet, ubi gestus est, valido, recte venditae intelligitur ; idemque in rebus non quidem immobilibus, at solo cohaerentibus ; ut si frumentum soli frisici in*

Ces deux extraits ont pour vocation première d'énoncer les règles de conflit relatives aux biens meubles et immeubles. Ils sont là pour témoigner qu'en la matière, Ulrich Huber reprend à son compte les solutions traditionnelles sans chercher à se distinguer de ses prédécesseurs statutistes. Mais leur ambition ne se limite pas à un simple rappel de la tradition. L'autorité de la *lex rei sitae* ne repose pas seulement, dans l'esprit de Huber, sur la justification classique selon laquelle cette loi serait la plus adéquate à asseoir la condition des immeubles situés sur son sol et à déterminer le régime des droits réels qui s'y attachent. La territorialité/exclusivité qui la définit, en la circonstance, tient à ce que la loi du *situs rei* revêt ici une dimension supérieure qui participe de l'ordre public territorial et de la « police des fonds ». La distinction entre constitution des droits acquis à l'étranger et effets restreints sur le territoire, mise en avant dans les deux extraits, se comprend dès lors parfaitement. En ce qui concerne les testaments et les contrats, la volonté d'un ou de plusieurs suffit, en vertu de la loi d'autonomie, à créer valablement des droits, réels et personnels, à l'étranger et à en demander, *ex comitate*, exécution à l'intérieur du territoire. La théorie des droits acquis, appuyée par le troisième axiome *in principio*, autorise pareil raisonnement. Mais les autorités du territoire demeurent maîtresses d'apprécier si ces actes juridiques sont susceptibles, par leurs effets, de violer l'ordre public, *lato sensu*, qui a cours sur ce même territoire, en vertu de ce même troisième axiome, pris *in fine*. Ainsi se justifie la réaction éventuelle des magistrats de la Province de Frise qui refuseraient de tenir pour valable un contrat de vente qui porterait du blé frison, qui, sans bénéficiaire, dans cette Province, de la qualification d'immeubles, se voient étendre le régime de protection institué pour ceux-ci⁶⁰⁵. Ainsi se justifie, encore, la réaction éventuelle des magistrats de la Province de Groningue qui refuseraient de donner suite à un testament frison portant sur des immeubles de leur province, au motif que l'exécution de ce testament irait à l'encontre de l'interdiction qui y a cours : « les magistrats des Ommelandes ne reconnaîtront pas, en effet, [à un Frison le] pouvoir de transmettre par testament ces immeubles [groninguais] à des étrangers, par une disposition faite à l'étranger que leurs concitoyens ne peuvent faire ; et ils ne seront nullement tenus par le droit des gens de permettre une chose contraire à leur gouvernement et à leur ordre juridique en vertu de la troisième règle que, plus haut, nous avons considérée fondamentale ». L'on ne saurait mieux retranscrire combien la *lex rei sitae*, à travers la sensibilité exclusiviste et impérative de ce troisième axiome, trouve sa raison d'être, non seulement dans l'évidence de son critère de rattachement, mais aussi dans cette double mission de préservation de la souveraineté étatique et de défense de la police immobilière qu'elle doit assumer indéfectiblement.

Hollandia secundum lastas, ita dictas, si venditum, non valet venditio, nec quidem in Hollandia secundum eam jus dicitur, etsi frumentum ibi non sit vendi prohibitum, quia in Frisia interdictum est et solo cohaeret ejusque pars est. Nec aliud juris erit in successioneibus ab intestato; Si defunctus sit Paterfamilias cujus bona in diversi(s) locis imperii sita sunt, quantum attinet ad immobilia servatur jus loci, in quo situs eorum est; quoad mobilia, servatur jus, quod illic loci est, ubi testator habuit domicilium...

⁶⁰⁵ L'exemple du *Frisicum frumentum* est déjà abordé par Ulrich HUBER, et en des termes similaires, dans le « De his quae exteri sibi invicem debent », *op. cit.*, au n°25. L'assimilation du blé frison aux immeubles est soulignée explicitement par l'auteur : « Il en va de même pour les choses mobiles par elles-mêmes, mais unies à des immeubles ; comme, chez nous, le blé en herbe, ou jusqu'à ce qu'il forme des épis, qui ne peut être vendu à forfait. Un tel blé de Frise est vendu en Hollande, où une vente de ce genre n'est pas prohibée ; cependant, ici, le contrat ne vaudra pas pour la raison à l'instant donnée à propos des immeubles » (*Idem producit ad res in se mobiles, verum immobilibus adnexas ; sicut apud nos, frumentum adhuc virens, vel dum adhuc in aristas nutritur, per aversionem vendi nequit. Venditur in Hollandia tale Frisicum frumentum, ubi scilicet ejusmodi venditio non est prohibita : Tamen heic non valebit contractus, ob rationem modo rebus ipsis immobilibus applicitam*).

§ 2. La réserve du troisième axiome de Ulrich Huber : la *fraus legis*.

S'il est établi que l'extraterritorialité des droits acquis, en matière d'actes juridiques et de statut juridique, relève de la *comitas gentium* exprimée par le troisième axiome, il appartient désormais d'apprécier la place qu'est appelée à tenir la réserve de l'ordre public *lato sensu* au sein du système huberien. La valeur et la portée de ladite réserve ne peuvent se mesurer qu'à l'aune des exemples concrets avancés par Huber lui-même et qui mettent en jeu les diverses règles de conflit. Sans qu'il soit possible de voir dans les exemples invoqués par l'auteur le reflet d'une jurisprudence constante et un témoignage de la pratique judiciaire frisonne de son époque, il n'en demeure pas moins que certaines des affaires évoquées ont réellement donné lieu à une décision en bonne et due forme, comme l'indiquent expressément les mentions faites par le jurisconsulte. Simples cas d'école ou contentieux avéré, cette mise en œuvre offre, au moins, l'avantage de confronter les affirmations toutes théoriques de Ulrich Huber à l'épreuve de la pratique. Dès lors, les questions qui se font jour sont les suivantes : dans quelles circonstances les autorités du for sont-elles amenées à réagir à l'extraterritorialité des droits acquis et quelles barrières peuvent-elles ériger pour la contenir, voire la rejeter purement et simplement ? Comment fonctionne, *in concreto*, la réserve du troisième axiome ?

La réserve de l'ordre public *lato sensu* réfère directement au premier axiome, marquant ainsi un retour au principe de souveraineté/territorialité, qui est le véritable socle du système de Ulrich Huber. Elle permet surtout de contourner les limites posées par l'aspect négatif de la souveraineté territoriale et les incidences pratiques qui peuvent en découler⁶⁰⁶.

En effet, en consentant à abandonner sa souveraineté dès lors que les limites de son territoire sont franchies, un Etat s'expose à devoir accueillir les actes et les décisions qui se sont valablement constituées sous l'empire d'un Etat, et d'une loi, sur lesquels il n'a aucune prise. La réserve du troisième axiome permet précisément de porter remède à cet état de fait inhérent au conflit de souverainetés. A ce titre, elle recouvre les divers mécanismes d'application territoriale – lois de police, exception d'ordre public, fraude à la loi – sollicités par le jurisconsulte frison et qu'il réunit indistinctement sous l'appellation générique de *fraus legis*. La situation que vise cette notion, prise dans son sens restreint, est bien connue et elle tire profit de l'aspect négatif de la souveraineté étatique. Dans pareil cas, la tentation peut s'avérer grande, pour le ressortissant d'un Etat, de se rendre dans un pays plus accueillant pour y prétendre au bénéfice d'une loi conforme au but qu'il entend atteindre et que, par hypothèse, il ne peut satisfaire en restant dans son Etat d'origine. Ce dernier, en abandonnant, *de jure gentium*, tout droit de regard sur les agissements de ses ressortissants à l'étranger, se trouve confronté à un enjeu qui met en cause directement sa souveraineté : l'hypothèse de la fraude à la loi territoriale, ou *fraus legis* entendue en son sens restreint. La rencontre de la fraude à la loi territoriale et de l'abandon, temporaire, de souveraineté de l'Etat d'origine sur ses sujets, donne lieu, néanmoins, à des figures juridiques complexes qui mettent aux prises les droits légitimement acquis par ces sujets à l'étranger et les stabilité sociale garantie par l'ordre juridique local : à travers la *fraus legis*, c'est toute l'impérativité des lois de police qui se déploie au détriment de la norme étrangère.

De surcroît, la valeur ajoutée de la démarche prônée par Huber ne tient pas tant à son adhésion au dogme de la souveraineté/territorialité qu'aux conséquences qu'il en tire, au niveau de

⁶⁰⁶ Sur l'aspect négatif de la souveraineté des statuts, voir, *supra*, pp. 181 (Rodenburg), 189-192 (Paul Voet), et 199-200 (Jean Voet).

la mise en œuvre de sa théorie, qui constitue la suite de sa dissertation. Le premier axiome illustre la crainte que nourrissent les Etats de voir leur souveraineté mise en échec sur leur territoire, dans les cas où une loi étrangère viendrait, d'elle-même, à sortir ses effets, *ratione personae* ou *ratione materiae*. La protection que cet axiome entend assurer vise, en effet, à interdire toute application *de plano* d'un droit acquis sous l'empire d'une norme étrangère. Pour éviter qu'il ne soit ainsi attenté à la souveraineté qu'elles incarnent, les autorités étatiques se réservent le contrôle de la régularité de tout acte ou situation juridique qui naîtrait à l'intérieur de leurs frontières ou de tout acte ou situation juridique qui, né ailleurs, y produirait ses effets : ce contrôle peut tout aussi bien intervenir *a priori* qu'*a posteriori*. L'enjeu se place dès lors sur le terrain de la reconnaissance accordée par l'ordre juridique du for à un acte, une décision ou un statut personnel étranger.

Par les conditions qu'elle pose vis-à-vis du droit acquis à l'étranger, la reconnaissance est le moyen privilégié d'empêcher que le ressortissant d'un Etat ne se réclame, dans le territoire soumis aux autorités du for, du bénéfice que lui procurerait l'application d'une loi étrangère, au mépris des intérêts qu'y défend l'ordre juridique local. C'est dans cette acception large qu'il faut entendre l'idée de *fraus legis*, qui a précisément pour fonction de cantonner le libre jeu de la *comitas gentium*. Ainsi comprise, cette « fraude à la loi » renvoie, certes, à la figure, classique et déjà évoquée, du ressortissant national qui a recherché l'application d'une loi étrangère matériellement plus conforme au but qu'il entend atteindre et qu'il lui serait interdit, par hypothèse, de satisfaire chez lui⁶⁰⁷. Mais une telle qualification sanctionne tout autant, chez Huber, les cas où une prohibition édictée par l'ordre du for serait déjouée par la création intentionnelle ou non, à l'étranger, d'une situation offrant l'avantage que refuse la législation du for. Le seul remède que l'on peut apporter à cette *fraus legis* est donc d'annihiler les effets impliqués par la loi étrangère et, partant, de refuser toute reconnaissance, et ce en vertu de la souveraineté/territorialité, conduisant ainsi le juge du for à réactiver pleinement l'exclusivité de la loi interne. La *fraus legis* devient, selon Huber lui-même, un instrument de contrôle dans les mains du juge du for, à chaque fois que les droits portés par la *comitas* risquent d'attenter à la stabilité de l'ordre public, comme en témoignent ces deux exemples :

19. ... Supposons que notre cité défende quelque fait et que des citoyens passent en un lieu proche hors de notre territoire et y accomplissent ce fait. Une action sera-t-elle donnée dans notre cité ? Non, il n'y en aura aucune. Pourtant, l'acte était licite là où il a été accompli. Je réponds : il tendait à frauder nos lois et à troubler notre ordre ; pour cela, les juges de notre pays ne sont pas tenus à ce point de donner exécution au droit d'un autre pays ; même si, ailleurs, ce genre de fait donne lieu à action. »⁶⁰⁸.

« 6. Titius avait, en territoire Frison, frappé au visage un homme qui mourut la nuit suivante, après avoir saigné d'abondance du nez et après avoir bien bu et bien dîné ; Titius, dis-je, s'enfuit en Overijssel. Arrêté là, selon son souhait semble-t-il, il est bientôt jugé et absous comme si la victime n'était pas morte de sa blessure. Le jugement est présenté en Frise et l'impunité pour le prévenu pardonné y est demandée. Bien que le motif d'absolution ne soit pas dépourvu de toute crédibilité, la Cour de Frise, malgré les demandes des Transisulaniens, répugne à accorder au prévenu le bénéfice

⁶⁰⁷ Pour un précédent de fraude à la loi énoncé par un jurisconsulte de l'Ecole Hollandaise, voir l'exemple que donne Christian Rodenburg d'une fraude au statut pénal d'Amersfoort, *supra*, pp. 181-184.

⁶⁰⁸ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°19 : ... *pone : Civitas nostra prohibet aliquod factum, cives abeunt in locum propinquum extra territorium nostrum, ibique factum illud exercent ; An inde erit actio, in nostras civitate ? Non erit. Atqui actus erat licitus, ubi institutus fuit : Respondeo, tendit in fraudem & turbamentum juris ordinisque nostri ; Ideoque non tenentur iudices nostrates ad exequendum hactenus diversi loci jus ; Verum alibi e tali specie facti dabitur exactio.*

Essentiellement présente dans le *De jure civitatis*, la fraude à la loi n'est pas absente du « De conflictu legum » des *Praelectiones*, mais elle ne s'exprime plus par l'emploi de l'expression *fraus legis*, mais par des périphrases de sens équivalent (ainsi aux n° 3-9 et 13-14).

de la chose jugée et du pardon. Parce qu'en un tel cas de fuite en pays voisin et de recherche du tribunal, il semble que la voie a été trop bien préparée pour échapper à la juridiction des Frisons, et là est le fondement de l'exception au troisième axiome. »⁶⁰⁹.

Qu'en est-il, alors, concrètement, de cette double conception, classique et extensive, de la *fraus legis*, portées par la réserve du troisième axiome ? C'est, précisément, tout l'intérêt de la démarche casuistique de Ulrich Huber : à chacune des deux règles de conflit susceptibles de désigner une loi étrangère, correspondent respectivement des applications concrètes, qui s'inscrivent dans ce double registre. Il s'ensuit donc que la réactivité des ordres juridiques, à chaque fois que les effets tirés d'une loi étrangère viendraient à attenter à leur intégrité, s'apprécie aussi bien en matière d'actes juridiques et de décisions judiciaires (A.) qu'en matière de statut personnel (B.). Le jeu naturel des règles de conflit ne produit, au fond, que les effets que l'ordre juridique de l'Etat de réception n'entend bien laisser produire sur son territoire.

A. La *fraus legis* en matière d'actes juridiques et de décisions judiciaires.

En bénéficiant de l'extraterritorialité *ex comitate*, les droits qui ont été valablement acquis en vertu de la mise en œuvre de la règle *Locus regit actum* – qui désigne, pour mémoire, la loi du lieu de conclusion en matière d'actes juridiques et la loi du lieu du tribunal compétent en matière judiciaire – sont susceptibles de faire naître, sur le territoire même de l'Etat du for, des situations qui heurtent directement les valeurs défendues ou violent frontalement les interdits posés par son ordre juridique. N'étant pas maître des droits qui se créent en dehors de ses frontières, l'Etat à qui l'on demande d'accueillir l'acte ou la décision en cause ne peut donc les empêcher de se produire, mais il peut empêcher, par l'entremise de ses agents, qu'elles produisent des effets à l'intérieur du territoire s'il le juge conforme à son intérêt ou à celui de ses ressortissants. Huber ne désigne pas autre chose lorsqu'il parle, à leur propos, de « préjudice »⁶¹⁰.

Ainsi, tous les cas de figure qui sont successivement étudiés par le jurisconsulte frison présentent tous en commun d'envisager un acte ou une décision qui, produit en territoire étranger en toute légalité, est appelé, par voie judiciaire ou extrajudiciaire, à étendre ses effets à l'intérieur des frontières de l'Etat d'accueil. La *fraus* se constitue à partir du moment où le droit acquis bascule d'un ordre juridique à l'autre : à chaque fois, c'est toujours la *lex* de l'Etat d'accueil qui se trouve prise à défaut par ce qui apparaît comme une menace indésirable. La réaction peut alors s'envisager à deux degrés différents d'intervention : soit *a posteriori*, lorsque la requête formée par une partie et demandant exécution de l'acte ou de la décision est connue du juge, soit *a priori*, lorsque l'Etat

⁶⁰⁹ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris civilis, op. cit.*, n°6 : *Titius in Frisae finibus homine percusso in capite, qui sequenti nocte, sanguine multo e naribus emisso, at bene potus atque cenatus, erat exstinctus; Titius, inquam, evasit in Transisulaniam. Ibi captus, ut videtur volens, mox indicatus et absolutus est, tanquam homine non ex vulnere exstincto. Haec sententia mittitur in Frisiam et petitur impunitas rei absoluti. Quanquam ratio absolutionis non erat a fide veri aliena, tamen Curia Frisiae vim sententiae veniamque reo polliceri, Transisulani licet postulantibus, gravata est.*

⁶¹⁰ Il ne peut s'agir, dans le cadre de notre étude, que des seules atteintes portées à l'ordre juridique de l'Etat de réception, qui, par hypothèse, est nécessairement distinct de l'Etat du lieu de conclusion de l'acte ou de reddition de la décision. Si l'acte ou la décision litigieux bafouent les dispositions en vigueur dans l'Etat dont ils sont originaires, le juge saisi, quel qu'il soit, trouvera alors secours dans la théorie des droits acquis. En effet, celle-ci porte déjà en elle une sanction, qui est la nullité de l'acte juridique, si celui-ci ne satisfait pas aux exigences posées par la loi du lieu de sa conclusion, mais cette sanction ne protège jamais que cette loi, qui est la seule à avoir été méconnue. Le droit n'étant pas, *ab initio*, valablement acquis, l'ordre juridique du for n'en subit lui-même directement aucun *praejudicium*. Ulrich HUBER illustre cette hypothèse par l'exemple des testaments et des solennités exigées pour leur validité, aux n°16-17 du « De his quae exteri sibi invicem debent » du *De jure civitatis, op. cit.* et au n°4 du « De conflictu legum » des *Praelectiones, op. cit.*

décide souverainement de dénier compétence à la loi étrangère et de soumettre toutes les situations en cause à l'empire de sa propre législation. Les deux séquences ne sont d'ailleurs pas nécessairement incompatibles, ni distinctes dans le fonctionnement du système de Huber. Au sein de ce dernier, les autorités du for se voient habilitées à intervenir, pour sanctionner pareilles violations de la loi, lorsqu'il est question des contrats en général (1.) et du mariage en particulier (2.).

1) La *fraus legis* et les effets des contrats en général.

Par cette catégorisation très générale et très casuistique, Ulrich Huber désigne les effets de différents contrats tels qu'ils sont accueillis en vertu de la théorie des droits acquis, pour être, suivant la sensibilité de l'ordre juridique du for, reçus ou rejetés par celui-ci. Voulant illustrer les vertus, mais aussi les limites de la théorie des droits acquis, l'auteur en vient à égrener un certain nombre d'exemples qui sollicitent directement son troisième axiome, considéré dans son ensemble et qu'il décline dans l'une et l'autre de ses dissertations.

Le premier exemple reprend ce qui est certainement l'une des plus emblématiques et des plus anciennes « lois de police » qui soient : la prohibition qui frappe le commerce de certaines marchandises. Le respect de l'interdiction édictée par les autorités d'un pays s'entend, par conséquent, des achats, ventes et livraisons qu'un ressortissant national ou qu'un étranger pourrait effectuer en contravention de la loi qui y a cours, et dans les limites de son autorité. La mise en œuvre de la théorie des droits acquis offre l'occasion à Ulrich Huber de se prononcer sur la valeur et la portée de ladite interdiction :

18. ... Voici l'exemple : dans notre Province, certaines marchandises sont interdites et un de nos concitoyens achète ailleurs ces marchandises où elles ne sont pas prohibées ; il est assigné [en paiement] devant nos juges ; il doit être condamné parce que le contrat était licite et juste là où il fut passé. *Quid* si notre concitoyen a acheté ailleurs de telles marchandises dans la vue de les livrer dans cette province ? Il ne jouira pas ici de la protection de nos lois parce que cette affaire trouble l'ordre reçu chez nous et enfreint ainsi la troisième règle⁶¹¹.

19. De là suit aussi que, si un étranger a vendu et livré ici des marchandises prohibées, de ce contrat ne naît aucune action, pas seulement ici, mais encore nulle part ; en effet, dès l'origine, ce contrat est illicite. Mais supposons que notre cité défende quelque fait et que des citoyens passent en un lieu proche hors de notre territoire et y accomplissent ce fait. Une action sera-t-elle donnée dans notre cité ? Non, il n'y en aura aucune. Pourtant, l'acte était licite là où il a été accompli. Je réponds : il tendait à frauder nos lois et à troubler notre ordre ; pour cela, les juges de notre pays ne sont pas tenus à ce point de donner exécution au droit d'un autre pays ; même si, ailleurs, ce genre de fait donne lieu à action⁶¹².

⁶¹¹ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *op. cit.*, n°18 : *Detur exemplum ; In nostra provincia certae merces prohibitae sunt, civis noster alibi emit tales merces, ubi non erant vetitae ; Convenitur apud nos ; damnandum est, quia contractus fuit licitus et justus illic, ubi inicitus est. Quid si noster civis emerit alibi tales merces, ut in hac provincia traderentur ? Non habebis heic juris effectum, quoniam ea res turbat ordinem apud nos receptum, & sic impingeret in regulam tertiam.*

⁶¹² Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *op. cit.*, n°19 : 19. *Hinc etiam sequitur, si peregrinus heic vendiderit tradideritque merces prohibitas, ex eo contractu non dari actionem, nec modo non hic, sed nusquam ; est enim contractus illicitus inde ab initio. Sed pone : Civitas nostra prohibet aliquod factum, civis abeunt in locum propinquum extra territorium nostrum, ibique factum illud exercent ; An inde erit actio, in nostras civitate ? Non erit. Atqui actus erat licitus, ubi institutus fuit : Respondeo, tendit in fraudem & turbamentum juris ordinisque nostri ; Ideoque non tenentur judices nostrates ad exequendum hactenus diversi loci jus ; Verum alibi e tali specie facti dabitur exactio.*

5. Ce que nous disons des testaments vaut aussi pour les *actes entre vifs* ; en conséquence, les contrats célébrés selon le droit du lieu de leur conclusion se soutiennent partout aussi bien en droit que *extra iudicium*, même là où, célébrés de cette manière, ils n'auraient pas été valables ; et il faut l'affirmer, non seulement pour ce qui est de la forme, mais aussi pour ce qui est du fond du contrat. Par exemple : en un endroit, telles marchandises sont prohibées ; si elles y sont vendues, le contrat est nul : mais, en vérité, si la même marchandise est vendue ailleurs, où le commerce n'en est pas prohibé, et si une demande de paiement est fondée sur ce contrat en des lieux où l'interdiction a cours, l'acheteur succombera parce que le contrat était valable *ab initio*. Mais, si les marchandises vendues étaient à livrer en un autre lieu, où elles sont prohibées, il n'y aura point condamnation ; parce que, d'après la réserve au troisième axiome, cela heurterait le droit et les intérêts de l'Etat qui interdit le commerce de ces marchandises. En revanche, si les marchandises étaient destinées à être vendues clandestinement, en un lieu où leur commerce est prohibé, la vente serait nulle *ab initio* et ne donnerait aucune action, en quelque lieu qu'on prétende exercer celle-ci, même à fin de délivrance : et dans le cas où, tradition accomplie, le vendeur ne voudrait pas payer, il y serait obligé non pas *ex contractu* mais *re*, dans la mesure où il prétendrait s'enrichir au détriment d'autrui⁶¹³.

Le lien avec le territoire constitue, en l'espèce, le critère décisif qui autorise le juge à y voir une *frans legis* et, partant, à recourir à la qualification de « loi de police » pour assurer le respect inconditionnel de l'interdiction de vendre ou de livrer ces marchandises à l'intérieur des frontières. Quiconque – ressortissant national ou étranger – entreprendrait de vendre ou de faire livrer des marchandises achetées en toute légalité à l'étranger sur le territoire contreviendrait à la prohibition édictée par le législateur du lieu. C'est à dessein que l'idée de fraude, explicitement invoquée en la cause par Ulrich Huber, vient au soutien de sa démonstration. Si elle incline naturellement à orienter l'attention sur l'élément intentionnel de l'opération, elle sert surtout à rappeler la finalité de la loi de police. En effet, quand bien même un ressortissant national se prévaudrait de l'autorité d'une loi étrangère pour obtenir gain de cause, la nature même de l'opération, portant sur des marchandises prohibées de la manière la plus absolue, conduirait, dans tous les cas, les autorités du for à lui étendre l'interdiction, fût-ce au détriment de la théorie des droits acquis. *A fortiori*, un étranger, même non suspecté de fraude, se heurterait tout autant à l'intransigeance de ces mêmes juges. La licéité de l'acte, même si elle est reconnue en certains pays, n'entre désormais plus en ligne de compte. En effet, la motivation de cette loi de police doit être recherchée, si l'on suit Huber, dans l'intérêt de l'Etat qui a édicté l'interdiction et entend n'en tolérer aucune dérogation : « d'après la réserve au troisième axiome, cela heurterait le droit et les intérêts de l'Etat qui interdit le commerce de ces marchandises » (« De conflictu legum », n°5)⁶¹⁴.

La deuxième série d'exemples présente cette utilité, pour Ulrich Huber, d'illustrer à la fois le jeu de la théorie des droits acquis et les limitations que la réserve d'ordre public est susceptible d'y apporter. Evoqués dans un même mouvement dans l'une et l'autre de ses dissertations, ces

⁶¹³ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°5 : 5. *Quod de testamentis habuimus, locum etiam in actibus inter vivos ; proinde contractus celebrati secundum jus loci, in quo contrahuntur, ibique tam in iurē quam extra iudicium, etiam ubi hoc modo celebrati non valerent, sustinentur; idque non tantum de forma, sed etiam de materia contractus affirmandum est. Ex. gr. In certo loco mercēs quaedam prohibitaē sunt; si vendantur ibi, contractus est nullus : verum si mercēs eadem alibi sit vendita, ubi non erat interdicta, et ex eo contractu agatur in locis, ubi interdictum viget, emptor condemnabitur; quia contractus inde ab initio validus fuit. Verum si mercēs venditae, in altero loco, ubi prohibitaē sunt, essent tradendae, jam non fieret condemnatio; quia repugnaret hoc iuri et commodo Reip. quae mercēs prohibuit; secundum limitationem axiomatis tertii. Ex adverso, si clam fuerint venditae mercēs, in loco, ubi prohibitaē sunt, emptio-vendito non valet ab initio nec parit actionem, quocunque loco instituat, utique ad traditionem urgendam : nam si traditione facta, pretium solvere nollet emptor, non tam ex contractu quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet.*

⁶¹⁴ Le parallèle peut être fait avec les raisons invoquées à propos de l'interdiction qui frappe le contrat de vente – sous certaines formes – portant sur du blé frison en territoire étranger, qui est étudiée par Ulrich Huber à propos des dispositions spéciales protégeant les immeubles et certains meubles assimilés : sur cette question, voir, *supra*, pp. 302-304.

exemples touchent à différents types d'obligations conventionnelles, que ce soit en matière d'hypothèque conventionnelle ou en matière de rapports patrimoniaux entre époux, tous les cas de figure ayant en commun d'impliquer la présence d'un tiers :

29. En effet, il est indiscutable, dis-je, que les autorités ne sont pas tenues de suivre le droit étranger en fraude de leur droit ou de celui de leurs sujets. Voici un exemple : en vertu du droit civil, un créancier hypothécaire peut réclamer les biens, même meubles, de son débiteur entre les mains d'un tiers possesseur, ce qui est admis chez nous. En Hollande, il en va autrement. Un créancier sur la base d'une hypothèque constituée en Frise veut agir contre le possesseur de la chose mobilière remise en gage à ce dernier en Hollande. Ce sera en vain, s'il y a possession de bonne foi fondée sur un juste titre ; parce que, dans ce cas, le droit réclamé au possesseur est ce qui ne peut lui être enlevé par les lois reçues chez nous, quoique le contrat y ait été passé⁶¹⁵.

11. Dans ce paragraphe est donnée une autre application de la limitation maintes fois évoquée ; les effets des contrats conclus en un certain lieu doivent être reconnus tels quels partout ailleurs, en tant que droits acquis si nul préjudice n'en résulte pour les ressortissants des autres pays ; à ces droits acquis, la souveraineté étrangère n'a ni le devoir, ni le pouvoir d'étendre le droit d'un autre territoire. Voici l'exemple : l'hypothèque conventionnelle la plus ancienne sur une chose mobilière donne la *πρωτοπραξίαν* ou *droit de priorité*, même contre le tiers possesseur selon le *Jus Caesaris* comme en Frise, mais non chez les Bataves. Dès lors, si, en Hollande, quelqu'un, en vertu de ce genre d'hypothèque, agit contre un tiers, il échouera parce que le droit acquis par ce tiers sur cette chose mobilière ne peut être lui être enlevé par le droit d'un autre territoire. Nous élargirons encore cette règle ; si le droit du lieu dans un autre Etat contredit les lois de notre pays dans lequel un contrat a été fait qui est inconciliable avec un autre contrat célébré ailleurs, il est préférable de suivre notre droit et non le droit étranger. Par exemple : en Hollande, le mariage est contracté avec la clause *ne uxor teneatur ex aere alieno a Viro solo contracto* [abritant la femme des dettes contractées par le mari seul] ; même fait en forme privée, le contrat est réputé valoir en Hollande et être opposable aux tiers créanciers envers lesquels le mari s'obligerait par la suite : en Frise, à moins d'être publiées, les clauses de ce genre ne valent pas et ne sont pas opposables à ceux qui se prévalent de leur ignorance légitime, ce qui est conforme au *Jus Caesarum* et à l'équité. Le mari contracte une dette en Frise, la femme y est poursuivie pour la moitié. Elle oppose son contrat de mariage ; les créanciers objectent que, selon le droit frison, la clause n'a lieu qui n'est pas publiée et ce moyen l'emporte chez nous à propos des contrats ici conclus, ainsi que je l'ai soutenu récemment dans une consultation. Mais ceux qui poursuivent en Frise, alors qu'ils ont contracté en Hollande, seront repoussés ; parce que le droit du lieu du contrat est seul et en entier pris en considération et non dédoublé⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *op. cit.*, n°29 : *Hoc enim indubitatum est, inquam, non teneri Potestates, sequi jus alienum in fraudem sui juris vel civium suorum. Sit hoc exemplum ; Jure civili creditor hypothecarius res etiam mobiles debitoris sui a tertio possessore potest avocare, quod apud nos observatur. In Hollandia secus. Creditor ex hypotheca in Frisia contracta vult agere contra possessorem rei mobilis sibimet oppignoratae in Hollandia. Nihil aget, si justo titulo bonaque fide res ibi possideatur ; quia tum jus ei possessori quaesitum est, quod ei per leges apud nos receptas, licet heic contractus sit celebratus, auferri non potest.*

⁶¹⁶ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°11 : *Datur et alia limitationis saepe dictae applicatio, in hoc articulo ; Effecta contractuum certo loco initorum, pro jure loci illius alibi quoque observantur, si nullum inde civibus alienis creatur praesudicium, in jure sibi quaesito, ad quod Potestas alterius loci non tenetur neque potest extendere jus diversis territorii. Exemplum : Hypotheca conventionalis antiquior in re mobili, dat πρωτοπραξίαν jus Praelationis, etiam contra tertium possessorem, jure Caesaris et in Frisia, non apud Batavos. Proinde si quis ex ejusmodi hypotheca in Hollandia agat adversus tertium, in ista re mobili quaesitum per jus alieni territorii non potest auferri. Ampliamus hanc regulam tali extensione ; Si jus loci in alieno Imperio pugnet cum jure nostrae civitatis, in qua contractus etiam initus est confligens eum eo contractu, qui alibi celebratus fuit : magis est, ut jus nostrum quam jus alienum servemus. Exemplum ; in Hollandia contractum est matrimonium cum pacto, ne uxor teneatur ex aere alieno a Viro solo contracto ; Hoc etsi privatim contractu valere dicitur in Hollandia, cum Praesudicio creditorum, quibus Vir postea obligatus est : in Frisia id genus pacta non valent, nisi publicata, nec obstant ingoratiam allegantibus justam, idque recte secundum jus Caesarum et aequitatem. Vir in Frisia contrahit aes alienum, uxor hic pro parte dimidia convenitur. Opponit pactum dotale suum ; Creditores respiciant, Jure Frisiae, non esse locum huic pacto, qui non est publicatum, et hoc praevallet apud nos in contractibus heic celebratis, ut neppurime consultus respondi. Sed qui in Batavia contraxerunt, etsi agentes in Frisia, tamen repellentur ; quia tum simplex unumque ; jus loci contractus, non duplex, venit in considerationem.*

Le droit acquis est, dans chacun de ces exemples, tenu en échec par la loi du lieu où le contrat est appelé à s'exécuter, pour cette raison que, même en s'appuyant sur la théorie des droits acquis, les effets du contrat mettent en péril la stabilité de l'ordre juridique local. La *fraus* ne se caractérise pas, en l'espèce, par la volonté de contourner les dispositions ayant cours dans l'Etat du for, qui peut être avérée ou non, mais bien davantage par les effets, à l'intérieur du territoire, d'une loi étrangère dont la compétence n'est pas, en théorie, discutée. La *fraus* doit donc s'entendre, non dans un sens strict, mais dans un sens large : il n'y a de *fraus legis* que parce que l'acte en cause donne naissance à ce qui apparaît aux autorités locales comme une « fraude de leur droit ou de celui de leurs sujets ».

En pratique, les droits acquis sur le fondement d'une loi étrangère se heurteront, par conséquent, au refus des autorités locales de les admettre à reconnaissance et de leur donner exécution. Qu'il s'agisse pour eux de procéder *a priori* ou *a posteriori*, l'intervention du mécanisme correcteur produit le même résultat : quoique réputée compétente, la loi étrangère est évincée et la loi locale s'y substitue, en s'appliquant aux faits de la cause. Ainsi, le créancier frison qui agit devant une juridiction hollandaise contre le tiers possesseur, et ce en vertu du droit de priorité attaché à l'hypothèque par le droit frison, doit être débouté de sa demande, puisque le droit hollandais fait ici obstacle à l'hypothèque telle qu'elle a été constituée en Frise : le créancier frison se retrouve, d'autorité, soumis aux dispositions hollandaises en vigueur en la matière. Ainsi, l'épouse hollandaise est tenue des dettes contractées en Frise par son mari, malgré la clause de son contrat de mariage (soumis à la loi hollandaise) qui l'en exonère, en raison du défaut de publication de ladite clause en Frise : l'épouse hollandaise se retrouve, d'autorité, soumise aux dispositions frisonnes en vigueur en la matière. Selon le témoignage de Huber lui-même, qui relaie son expérience personnelle de consultant, la loi du contrat semble entraîner dans son orbite la loi du régime matrimonial⁶¹⁷. En somme, la *comitas gentium* emporte toujours cette conséquence que, dès lors que les droits acquis se trouvent pris à défaut par les impératifs de l'ordre juridique du for, la loi de celui-ci retrouve sa compétence première. Comme le démontre à l'envi la « règle élargie » de Huber, corollaire du troisième axiome, la réserve dite d'ordre public constitue, en cela, un « retour au principe » défini par la souveraineté/territorialité du premier axiome.

2) La *fraus legis* et le mariage.

La doctrine de Ulrich Huber en matière de conflit de lois matrimoniales présente cette singularité qu'elle est la première et la seule, de toutes celles qui forment l'Ecole Hollandaise, à envisager de concert la dimension personnelle et la dimension patrimoniale du mariage. Si les effets patrimoniaux de celui-ci font l'objet de longs et fréquents commentaires de la part des auteurs, en particulier chez Rodenburg, il n'en va pas nécessairement pour la formation du lien matrimonial et pour ses effets personnels, qui ne retiennent guère l'attention de la plupart d'entre eux. Or, les sources de conflit ne sont pas moindres, dès lors qu'il s'agit de statuer sur une union conjugale qui s'est formée à l'étranger et qui est appelée à produire ses effets à l'intérieur du territoire du for, où,

⁶¹⁷ Les juridictions frisonnes seront, à en croire l'auteur, moins sensibles à l'atteinte portée à leur ordre juridique si le cas de figure s'inversait : en ce cas, les créanciers qui poursuivraient en Frise des époux hollandais pour une dette contractée par le mari en Hollande pourraient se voir, à bon droit, opposer par les époux la clause *ne uxor teneatur...*, même sans publication préalable de ladite clause. Le lieu de conclusion du contrat paraît donc être le critère décisif, aux yeux des juges frisons, pour apprécier s'il y a matière, ou non, à déclencher le mécanisme correctif qui vise à substituer la loi frisonne à la loi étrangère.

par hypothèse, les nouveaux conjoints ont décidé d'installer leur foyer. Le jurisconsulte frison s'avère particulièrement sensible à la nature contractuelle du lien matrimonial, qui, seule, lui importe dans les extraits qu'il lui consacre dans ses travaux. Il n'y a, dès lors, rien d'étonnant à ce que, fidèle à cette approche consensualiste, Ulrich Huber range le mariage, dans l'une et l'autre de ses dissertations, parmi la catégorie générale des « actes et opérations, judiciaires ou extrajudiciaires, à cause de mort ou entre vifs, régulièrement passés selon la loi d'un certain lieu » (pour reprendre les termes du « De conflictu legum », au n^o5).

Les enjeux en matière de *frans legis* se concentrent tout particulièrement sur les conditions de formation qui président à la formation du mariage. Ainsi qu'il en va pour les solennités de tout acte juridique, ces conditions sont régies par la loi de l'Etat dans lequel a lieu la célébration (ou *lex loci celebrationis*), en conformité avec la directive posée par la règle *Locus regit actum*. En raison de la gravité de l'acte et des engagements qui en sont issus, mais en raison, également, des enjeux qui dépassent souvent les intérêts des deux parties pour s'étendre à leur famille et à la société dans son ensemble, chaque Etat entend faire respecter à tous ceux qui se marient sur son territoire les règles qu'il a définies pour encadrer la célébration de leur union. Si le mariage demeure fondamentalement un contrat, il est également une institution d'ordre public que les autorités, religieuses ou civiles, se reconnaissent le pouvoir de régler. Or, dans un environnement européen marqué, à la fin du XVII^e siècle, par les Traités de Westphalie et le principe cardinal *Cujus regio, ejus religio*, mais aussi par la sécularisation croissante du lien matrimonial, la partition entre Etats catholiques et Etats protestants, tous pleinement souverains, ne fait qu'accentuer la diversité des ensembles législatifs en la matière.

Les développements de Ulrich Huber sur la *lex loci celebrationis* ne peuvent se comprendre qu'à la lumière d'un tel contexte, qui révèle au grand jour les risques accrus de *frans legis* qu'une mise en œuvre trop rigide de la règle de conflit pourrait induire. En théorie, la loi du lieu de célébration est seule compétente pour déterminer la validité du lien matrimonial et un mariage ne peut être considéré comme valable qu'à partir du moment où il satisfait aux exigences de cette loi. Mais, comme le souligne le jurisconsulte frison, l'union célébrée à l'étranger qui demande à produire ses effets sur le territoire du for, peut se heurter à des résistances de la part de l'ordre public qui y a cours :

20. À ce point, ceci [= *la théorie des droits acquis*] concerne aussi le mariage ; s'il y a eu justes noces là où elles furent contractées, elles valent en tous lieux ; sinon, elles ne valent nulle part. Ainsi en est-il à moins qu'il n'en sorte un dommage pour nos lois et pour l'ordre de la cité. En Brabant, avec dispense papale, on épouse la fille de son frère ; se transporte-t-on ici, on n'encourt aucune censure. Mais qu'un Frison, passant d'ici en territoire pontifical avec celle qui est sa nièce, issue de son frère ou de sa sœur, l'y épouse, il est difficilement concevable que ceci soit accepté ici, parce qu'une manœuvre de cette sorte tend à bafouer ouvertement notre ordre juridique⁶¹⁸.

8. *Le mariage* aussi relève de ces règles. Régulier au lieu où il a été contracté et célébré, il sera valable et aura effet en tout lieu, sous la même réserve qu'il ne cause dommage à autrui et, est-il permis d'ajouter, que son exemple ne fasse trop horreur - telle une union incestueuse de droit des gens qui se contracterait au second degré et serait admise partout, ce qui peut difficilement être imaginé devenir usuel. En Frise, il y a un mariage lorsque l'homme et la femme consentent à s'épouser et se

⁶¹⁸ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n^o20 : *Huc etiam refertur Matrimonium ; si justae sunt nuptiae, illic, ubi contractae sunt, valent ubique ; sin non valeant illic, nusquam subsistunt. Hoc ita ; nisi prajudicium nostris juribus ordinique Civitatis inde creetur. In Brabantia duxit aliquis filiam fratris cum dispensatione Pontificis ; Ille, si huc migret, non animadvertetur. Quod si Frisius hinc se in loca Pontificia conferens, cum nepte e fratre vel sorore, eamque ibi duxerit, vix est, ut heic tolerendus videatur, quia pertinet ejusmodi conatus ad manifestum juris ordinisque nostri contemptum.*

considèrent mutuellement comme époux, même si jamais ils ne sont unis devant l'Eglise : en Hollande, ceci ne serait tenu pour mariage. Cependant, sans aucun doute, les conjoints frisons jouiront en Hollande du statut d'époux, qu'il s'agisse de dot, de donations, de la succession des enfants, etc. De même, sera reconnu le mariage conclu au degré prohibé grâce à une dispense papale par un Brabançon qui viendrait ensuite s'établir ici ; toutefois, si un Frison allait en Brabant avec la fille de son frère pour l'y épouser et revenait ici ensuite, l'union ne semble pas devoir être reconnue, parce que, de cette façon, notre droit serait bafoué par les pires exemples ; et, là-dessus, importe l'observation suivante : il arrive souvent que des jeunes gens encore sous curatelle désirant sceller leurs secrètes amours par le mariage se rendent en Frise Orientale ou autres lieux où le consentement au mariage des curateurs n'est pas exigé conformément aux lois romaines, lesquelles, en cette partie, n'ont plus cours chez nous. Ils y célèbrent le mariage et regagnent aussitôt leur Patrie. Je suis d'avis que cette manœuvre manifestement ne tend qu'à la ruine de notre droit et qu'en conséquence, nos juges ne sont pas tenus par le Droit des gens de reconnaître pareilles noces et de les réputer valables ; et, de beaucoup, il vaut mieux affirmer que contreviennent au Droit des gens ceux qui, le sachant et le voulant, offrent aux ressortissants d'un autre Etat de partager, en raison de sa complaisance, un droit contraire aux lois de leur patrie.⁶¹⁹

Comme le montrent les développements qu'y consacre l'auteur, la logique propre aux droits acquis explique que le mariage soit une source fréquente de *fraudes legis*. Dans la mesure où cette union, par hypothèse régulièrement célébrée à l'étranger, l'a été sous les auspices d'une loi différente de la leur, les autorités locales ne sauraient être tenues, *nisi ex comitate*, de lui accorder le bénéfice d'une reconnaissance pleine et entière à l'intérieur d'un territoire soumis à une seule et unique loi. Partant de ce principe, Ulrich Huber offre à la considération de son lecteur deux situations différentes dans lesquelles se manifeste une *fraus legis*. Ces deux situations évoquent tout autant de purs cas d'école que de réels objets de contentieux, mais toutes, d'un point de vue didactique, méritent d'être exposées :

1° La première situation, pour être hautement irréaliste, est, à la fois, la plus simple et la plus grave. Il s'agit du cas où les autorités locales seraient confrontées à « une union incestueuse de droit des gens qui se contracterait au second degré [d'après le comput romain] et [qui prétendrait être] admise partout, ce qui peut difficilement être imaginé devenir usuel »⁶²⁰. Un tel mariage, offert en « exemple » aux membres d'une société à qui il serait interdit, serait trop contraire aux mœurs couramment admises dans les sociétés civilisées et ferait « trop horreur » à la collectivité (*si exempli*

⁶¹⁹ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris civilis, op. cit.*, n°8 : *Matrimonium pertinet etiam ad has regulas. Si licitum est eo loco, ubi contractum et celebratum est, ubique validum erit effectumque habebit, sub eadem exceptione, praedicti aliis non creandi ; cui licet addere, si exempli nimis sit abominandi ; ut si incestum juris gentium in secundo gradu contingeret alicubi esse permissum ; quod vix est usu venire possit. In Frisia matrimonium est, quando mas et foemina consenserunt et se mutuo pro conjugibus habent, etsi in Ecclesia numquam sint conjuncti : Id in Hollandia pro matrimonio non habetur. Frisii tamen Conjuges sine dubio apud Hollandos jure Conjugum, in lucris dotium, donationibus propter nuptias, successionibus liberorum aliisque fruuntur. Similiter, Brabantus uxore ducta dispensatione Pontificis, in gradu prohibito, si huc migret, tolerabitur ; at tamen si Frisius cum fratris filiae se conferat in Brabantiam ibique nuptias celebret, huc reversus non videtur tolerandus ; quia sic jus nostrum pessimis exemplis eluderetur, eoque pertinet haec observatio ; Saepe fit, ut adolescentes sub Curatoribus agentes furtivos amores nuptiis conglutinare cupientes abeant in Frisiam Orientalem, aliave loca, in quibus Curatorum consensus ad matrimonium non requiritur, juxta leges Romanas, quae apud nos hac parte cessant. Celebrant ibi matrimonium et mox redeunt in Patriam. Ego ita existimo hanc rem manifesto pertinere ad eversionem juris nostri ; ac ideo non esse Magistratus heic obligatos, e jure Gentium et ratas habere : Multoque magis statuendum est, eos contra Jus Gentium facere videri, qui civibus alieni imperii sua facilitate, jus Patriis Legibus contrarium, scientes volentes, impertiuntur.*

⁶²⁰ Le comput romain, qui est le seul qu'un jurisconsulte frison, romaniste de surcroît, puisse avoir en tête, est celui « où l'on compte par degrés en remontant à l'ancêtre commun avant de redescendre » (Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, au n°99, p. 137). Par ailleurs, c'est également celui que le droit civil français a fini par adopter à partir de 1804. Cela signifie donc qu'une « union au second degré » désigne l'union qui se nouerait entre parents et enfants. Ce cas de figure repose sur l'hypothèse qu'un tel mariage serait tenu pour régulier au lieu même où il a été célébré. Or, il apparaît peu concevable qu'un ordre juridique admette ou encourage de telles unions.

nimis sit abominandi) pour que les autorités n'en refusent purement et simplement la reconnaissance. La *fraus legis* se caractérise, en l'espèce, par une atteinte directement portée à l'ordre juridique du for et à sa souveraineté législative, qui répugne à faire preuve de *comitas* à l'égard d'une union si manifestement contraire au droit des gens. La loi étrangère et les effets qu'elle prétend emporter sont repoussés, tout ensemble, en dehors du territoire. Une telle réaction révèle combien la réserve du troisième axiome porte en germe la future exception d'ordre public, entendue, en pareille circonstance, de la manière la plus absolue. Mais, davantage encore, si l'on pousse le raisonnement de Huber dans ses derniers retranchements logiques, il apparaît probable que la loi étrangère qui consacrerait de tels mariages se heurterait fatalement à des considérations de police du for qui conduiraient à la réputer incompétente, malgré la théorie des droits acquis.

2° La deuxième situation sert, avant tout, à illustrer une hypothèse classique de « fraude à la loi matrimoniale ». En l'occurrence, la manœuvre consisterait, pour les deux futurs époux, à contourner sciemment une réglementation des conditions de formation du mariage trop contraignante au lieu initialement prévu pour leurs noces et à convoler sous des cieux plus bienveillants. La théorie des droits acquis ne peut pas bénéficier à ceux qui ne se marieraient dans un autre Etat que dans le seul but de braver l'interdit qui fait obstacle à leur hymen. Leur mariage serait, sans nul doute, tenu pour régulier au lieu même où il a été célébré, mais, s'ils faisaient leur retour dans leur pays, par exemple, pour y installer le domicile conjugal, leur union serait dépourvue de tout effet et tenue pour nulle à l'intérieur du territoire, en dépit du franchissement de la frontière et du changement de législation.

La diversité des ensembles législatifs ne peut qu'encourager ce type de comportements. A en croire Ulrich Huber, « si un Frison allait en Brabant avec la fille de son frère pour l'y épouser [grâce à une dispense accordée par l'Eglise] et revenait ici ensuite, l'union ne semble pas devoir être reconnue, parce que, de cette façon, notre droit serait bafoué par les pires exemples »⁶²¹. A dessein, le jurisconsulte met aux prises, pour les besoins de sa démonstration, une réglementation frisonne d'inspiration protestante et une législation brabançonne, marquée par le droit canonique. Ce faisant, étant lui-même issu d'une famille de fervents calvinistes et, à ce titre, peu suspect de complaisance envers le catholicisme, il se soucie certainement fort peu de vérifier si une telle dispense pourrait être accordée par l'Eglise pour permettre un mariage entre un oncle et sa nièce, en principe prohibé par le droit canonique⁶²². Mais l'essentiel ne tient pas à la véracité de l'exemple invoqué. Il importe, par-dessus tout, de relever que, même conforté par la théorie des droits acquis, un tel mariage ne peut aucunement être appelé à produire ses effets, par le biais de la reconnaissance, sur le territoire. Par conséquent, même des conjoints frisons se mariant en pays étranger devront respecter l'empêchement de parenté énoncé par l'autorité provinciale. La sauvegarde des valeurs défendues par l'ordre juridique du for en dépend. En effet, la gravité des intérêts en cause est telle que le législateur ne saurait permettre à ses ressortissants d'acquiescer à l'étranger un droit que, précisément, il leur refuse catégoriquement sur le territoire qui est soumis à

⁶²¹ La question de savoir si, par l'appellation très générale de « Brabant », Ulrich Huber fait allusion au Brabant-des-Etats, ancienne partie nord du duché de Brabant attachée désormais aux Provinces-Unies, ou au Brabant des Pays-Bas Méridionaux et demeuré, officiellement, catholique, peut se résoudre sans difficultés si l'on garde à l'esprit que, dans une partie comme dans l'autre de l'ancien duché de Brabant, la population est demeurée, en grande partie ou en totalité, fidèle au catholicisme. Le « Brabant » évoqué dans ce passage est sans doute un moyen commode pour Huber d'introduire la législation canonique dans son raisonnement.

⁶²² A la condition implicite que ses ressortissants frisons soient catholiques ou se convertissent au catholicisme, afin d'être astreints aux règles du droit canonique. Pour une étude plus complète susceptible d'éclairer, chez Huber, sa présentation du « mariage frison en Brabant », voir Nikitas E. HATZIMHAIL, *Pre-Classical Conflict of Laws*, op. cit., aux pp. 325-328.

son pouvoir, au risque, sinon, de vider de son sens l'interdit qu'il a lui-même édicté.

Dans le même esprit, la « fraude à la loi » s'observe, dans la province de Frise, de la part de ceux des mineurs de vingt-cinq ans qui, tenus, en raison de leur âge, d'obtenir le consentement de leurs *curatores* pour se marier, veulent se soustraire à cette formalité *ad validitatem* qui pèse sur eux et bride leur liberté matrimoniale⁶²³. Pour atteindre cette fin, la tentation est forte pour ces jeunes gens de se transporter dans des régions comme la Frise Orientale, où cette formalité n'est pas exigée pour y faire célébrer leurs noces⁶²⁴. Ainsi que le démontre leur retour immédiat au pays, le rattachement au *locus celebrationis* est de pure circonstance et de pure opportunité et ne diminue en rien la force des liens conservés par les époux avec leur territoire d'origine. C'est cette raison même qui justifie que leur mariage encoure les mêmes sanctions que celles qui seraient prononcées à l'encontre d'un mariage célébré dans des conditions similaires à l'intérieur du territoire. L'extranéité ne reposant que sur un artifice manifeste, seule la loi territoriale peut se donner compétence pour juger de la régularité ou non de cette union. Par conséquent, si un tel mariage, régulier dans l'Etat du *locus celebrationis*, doit être néanmoins annulé et privé de tout effet dans l'Etat du for, cela ne peut être que parce qu'il entre en contradiction avec la loi frisonne, et elle seule⁶²⁵. Le sentiment de Huber est donc d'exhorter les juges du for à faire barrage à de telles pratiques en recourant à la qualification de fraude à la loi et à en refuser non seulement la reconnaissance, mais également à en déclarer l'annulation : « je suis d'avis que cette manœuvre manifestement ne tend qu'à la ruine de notre droit et qu'en conséquence, nos juges ne sont pas tenus par le Droit des gens de reconnaître pareilles noces et de les réputer valables »⁶²⁶.

⁶²³ Le droit frison marque, une nouvelle fois, la plus grande révérence envers le droit romain, en reprenant le système de la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans qui avait été consacré par le droit du Bas-Empire. Sur cette curatelle, voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., n°326, pp. 407-409 et Jean GAUDEMET et Emmanuelle CHEVREAU, *Droit privé romain*, op. cit., pp. 85-86.

⁶²⁴ La Frise Orientale, terre d'Empire, ne fait pas partie de la province de Frise, dont elle est séparée par la province de Groningue et le Dollard, bras de mer qui, avec la rivière Westerwoldse Aa, marque historiquement la frontière septentrionale entre l'Empire et les Provinces-Unies.

Parmi les autres ensembles législatifs connus pour la particulière libéralité de leur droit matrimonial et prisés par les mineurs en mal de mariage, il faut également citer les régions des Ommelandes et d'Oldambt, toutes deux situées dans la province de Groningue, et la seigneurie de Vianen, en province d'Utrecht : voir Hans ANKUM, « Etudes sur le statut juridique des enfants mineurs dans l'histoire du droit privé néerlandais à partir du treizième siècle, IV, A, 1, Le mariage et les conventions matrimoniales des mineurs », TVR, n°46, 1978, pp. 203-249, spécialement p. 239.

⁶²⁵ Pour accentuer encore davantage le sentiment qu'une situation *a priori* internationale est, de la sorte, ramenée à une dimension purement interne, il convient de remarquer que l'annulation qui serait prononcée par un juge frison n'engage nullement les autorités des Etats voisins, qui demeurent libres, comme en Frise Orientale, de tenir le mariage pour valable. Ainsi l'exige le cloisonnement des ordres juridiques, postulé par l'Ecole Hollandaise, cloisonnement que le troisième axiome, pris dans son ensemble, s'efforce autant de mitiger que de conforter.

⁶²⁶ Si Ulrich Huber s'efforce ainsi de montrer, en doctrine, la voie à suivre aux juges de Frise, rien n'indique que ceux-ci aient jamais envisagé de recourir à la fraude à la loi pour faire obstacle à de telles manœuvres. En revanche, la postérité a rendu justice à la théorie soutenue par le jurisconsulte frison. En effet, ces mariages de Frise Orientale ne sont pas sans évoquer le cas de figure similaire que représentent les fameux « mariages de Gretna Green ». Cette petite localité d'Ecosse, située à quelques kilomètres de la frontière de l'Angleterre, est demeurée célèbre pour offrir, à la même époque, des conditions de mariage particulièrement favorables aux futurs époux, et, en particulier, aux mineurs, qui pouvaient légitimement, selon la loi locale, se passer du consentement de leurs parents pour s'engager dans une union légitime. Il suffisait donc aux jeunes Anglais désireux de se soustraire à l'opposition parentale de s'enfuir à Gretna Green pour y obtenir, sans délai, le scellement de leur union par le forgeron du village (le *Anvil Priest*, ou « prêtre de l'enclume », seule autorité habilitée à célébrer de tels mariages), et de retourner en Angleterre pour y jouir de la pleine condition d'époux légitimes. Pour combattre cette fraude manifeste de la loi anglaise, le Parlement finit par adopter le *Lord Hardwicke's Act* de 1753 (ou, de son véritable nom, *An Act for the Better Preventing of Clandestine Marriage*), qui rejetait le mariage purement consensuel et exigeait désormais des personnes domiciliées en Angleterre la publication des bans ou l'obtention d'une autorisation de justice, ainsi que, dans tous les cas, le consentement des parents pour les mineurs de vingt-et-un ans. La jurisprudence française, confrontée au XIX^e siècle à des cas similaires, a rallié sans condition la position de Ulrich Huber en s'appuyant sur la fraude à la loi, notamment à l'encontre de jeunes gens qui choisissaient

En l'occurrence, sens strict et sens large de la *frans legis* se rejoignent pour donner les plus solides fondements à l'intervention de la réserve du troisième axiome. Ainsi, la loi du lieu de célébration du mariage ne peut empêcher, en certains cas, la loi du domicile – d'origine des époux ou conjugal – de s'emparer entièrement de cet acte juridique si particulier pour en déterminer la régularité ou non, et cela dans les seules limites de son territoire. La coordination des différents systèmes de droit étatiques, que tente d'assurer la *comitas gentium*, ne saurait jamais jouer au détriment de l'un des Etats ou de ses ressortissants, car il ne peut être toléré de s'abriter derrière une souveraineté législative pour contourner ou blesser directement les dispositions d'une autre, sauf à mettre en péril la bonne entente qui doit présider entre les Nations.

B. La *frans legis* en matière de statut personnel : le testament du fils de famille majeur.

L'extraterritorialité des droits acquis, sur laquelle repose, toute entière, la règle de conflit énoncée par Ulrich Huber au titre du statut personnel, est systématiquement assortie par ses soins d'une restriction, destinée à réactiver, le cas échéant, la réserve du troisième axiome⁶²⁷. La fenêtre ainsi grand ouverte à la circulation des droits étrangers que suppose le fonctionnement de cette règle justifie, aux yeux des juristes de l'Ecole Hollandaise, qu'il y soit apporté les plus solides garde-fous. Cette précaution se vérifie particulièrement dans la matière des incapacités d'exercice, dans laquelle il importe de déterminer jusqu'où la protection qui s'attache à la personne, à raison des inaptitudes qui l'affectent, est censée la suivre et si le franchissement des frontières suppose nécessairement que ce régime de protection la suive partout. Pour répondre à cette question, le choix consiste à accorder sa préférence soit à la loi du lieu d'attribution ou d'acquisition de la qualité personnelle, soit à la loi du lieu de conclusion de l'acte juridique, dont l'accomplissement ou non dépend de ladite qualité. Le premier choix équivaldrait à privilégier la continuité du régime d'incapacité d'exercice, et cela en quelque lieu que se rende la personne protégée, et, par conséquent, à préserver l'unité du statut personnel. Cette continuité, seule la *comitas* pourrait alors la garantir. Le second choix, en revanche, reviendrait à morceler l'incapacité d'exercice, en lui appliquant, pour chaque acte, le régime d'incapacité d'exercice qui a cours dans le pays de conclusion. Dans cette hypothèse, la personne autorisée ou interdite à agir en un lieu peut parfaitement se voir interdire ou autoriser l'accomplissement du même acte à l'étranger.

Parce que, fidèle à sa sensibilité territorialiste, il adhère à la méthode de la localisation objective, Ulrich Huber ne peut qu'incliner vers la seconde solution : c'est là tout l'objet de sa fameuse distinction entre statut et incident du statut, dont nous avons déjà rapporté qu'elle reposait entièrement sur le postulat de la souveraineté/territorialité, en réduisant à rien l'intrusion d'une loi étrangère sur le territoire⁶²⁸. Mais ce parti-pris emporte fatalement une conséquence que la solution unitaire aurait permis d'éviter : la fraude à la loi, dans la mesure où le moyen est ainsi offert à la

de convoler à l'étranger pour n'être pas tenus de requérir le consentement des parents (pour les mineurs ou pour les majeurs de vingt-cinq ans) ou d'accomplir les actes respectueux dont ils sont tenus à l'égard de leurs auteurs (pour les majeurs de moins de trente ans). Sur le formalisme renforcé du Code civil français en matière de mariage, voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 196, n°144. Sur le recours à la fraude à la loi par la jurisprudence française postérieure au Code (et non démenti depuis), voir *Répertoire Dalloz, Supplément*, Paris, 1892, t. 10, V° « Mariage », chapitre 6, n°198-199, p. 409, ainsi que l'arrêt *Princesse de Bauffremont*, Cour de cassation, chambre civile, 18 mars 1878, et son commentaire dans les *Grands Arrêts*, n°6, pp. 47-59.

⁶²⁷ Sur la règle de conflit en matière de statut personnel et la restriction qui y est attachée, voir *supra*, pp. 298-302. Rappelons que la « loi personnelle » chez Ulrich Huber désigne, plus particulièrement, la loi du lieu d'attribution ou d'acquisition de la qualité personnelle.

⁶²⁸ *Eod. loc.*

personne protégée de se soustraire à son incapacité pour s'engager, dans un pays, dans un acte juridique qui lui est normalement interdit dans un autre.

Pour parer à ces manœuvres néfastes pour la sécurité des transactions et à la prévisibilité des solutions, la *frans legis*, fondée sur le troisième axiome, semble être le seul mécanisme correcteur à même de redresser une situation faussée par le simple franchissement des frontières. Or, un tel mécanisme renvoie directement à la souveraineté/territorialité du premier axiome. Ce dernier ne s'oppose pas expressément à l'application d'une loi étrangère à l'intérieur de l'Etat d'accueil par les autorités locales. La règle qu'il emporte tend surtout à garantir à ces dernières, dans l'étendue de leur territoire, la maîtrise exclusive du traitement à réserver au rapport de droit marqué d'un tel élément d'extranéité. Rien, dans le fond, n'interdit au juge local d'appliquer la loi étrangère, en vertu du jeu normal des règles de conflit, si l'un des facteurs de rattachement l'y conduit. Mais rien ne l'oblige à s'y soumettre inconditionnellement, car le juge du for n'est aucunement subordonné aux commandements d'une loi étrangère : ce serait méconnaître la souveraineté de sa loi nationale, celle-là même que postule le premier axiome. Aussitôt l'exemple du testament du fils de famille invoqué, Huber en tire la conclusion suivante :

29. En effet, il est indiscutable, dis-je, que les autorités ne sont pas tenues de suivre le droit étranger en fraude de leur droit ou de celui de leurs sujets.⁶²⁹

Cette conclusion est érigée au rang d'exception au troisième axiome, celui qui conditionne la mise en œuvre de l'application extraterritoriale d'une loi, dans le *De conflictu legum* :

3. Sauf cette exception cependant, que, si les autorités d'une autre nation devaient en souffrir un sérieux inconvénient, elles ne seraient pas tenues de donner force et effet à de tels actes et opérations, conformément à la réserve formulée dans le troisième axiome.⁶³⁰

Cette règle, qui n'est que la traduction concrète du premier axiome, sert à rappeler que la mise en œuvre des dispositions matérielles contenues dans une loi étrangère ne peut jamais constituer un renoncement de la part de la souveraineté territoriale de la *lex loci*. En toute logique, cette dernière se réserve toujours la faculté de prévaloir sur la loi étrangère, quand les conséquences que l'on entend faire produire à celle-ci sembleront inopportunes aux autorités locales chargées de son exécution. Les facteurs d'extraterritorialité qui marquent l'acte ou le fait en cause étant ainsi neutralisés, le juge du for doit, en toute hypothèse, s'en remettre au principe de souveraineté/territorialité, ramenant le cas d'espèce qu'il a à trancher à une dimension proprement interne. Ainsi, dans les premier et troisième exemples, qui touchent directement à la police de la province ou à la matière pénale, les juges frisons feront respecter, la prohibition du fait illicite ou puniront l'auteur des violences volontaires en vertu de leur propre droit, et ce au mépris de l'artifice qui consiste à rechercher l'auspice d'un élément légal - ou juridictionnel⁶³¹ - plus favorable. Cet élément légal, qui maintiendra sa pleine force là où il aura été acquis, est inopposable aux

⁶²⁹ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°29 : *Hoc enim indubitatum est, inquam, non teneri Potestates, sequi jus alienum in fraudem sui juris vel civium suorum.*

⁶³⁰ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°3 : *Sub haec tamen exceptione ; si rectores alterius populi exinde notabili incommodo afficerentur, ut hi talibus actis atque negotiis usum effectumque dare non teneantur, secundum tertii axiomatis limitationem.*

⁶³¹ Comme il l'a été noté par Bertrand ANCEL et Horatia MUIR-WATT, « Du conflit de lois différentes dans des Etats différents », *op. cit.*, pp. 13-14, note 55, la réaction des juridictions frisonnes vient, en l'espèce, censurer un cas de fraude à la loi par le moyen de la compétence (ou, plus simplement, de « fraude à la compétence »). L'élément légal s'instille à travers le bénéfice de la chose jugée et la demande de reconnaissance de la décision étrangère.

juridictions frisonnes. S'il n'y a rien, en la matière, qui n'ait déjà été vu et évoqué par les Ultrajectins, la mise en œuvre du premier axiome de Huber, par l'intermédiaire de la *fraus legis*, semble cependant conférer à la *potestas adjudicandi* et à la *potestas cogendi* un rôle au moins aussi déterminant que celui de la *potestas statuendi* dans la résolution des conflits de lois.

Le recours à la *fraus legis* n'est pas exempt d'ambiguïtés et l'usage d'une telle notion appelle à la plus grande prudence, comme l'atteste ce fameux exemple du testament du fils de famille frison, encore soumis à la *patria potestas*, mais déjà à la tête d'un patrimoine propre⁶³². Ce cas de figure, éprouvant directement la diversité de législations en la matière au sein des Provinces-Unies, réunit, en effet, tous les éléments susceptibles de caractériser une *fraus legis* :

28. ... Un fils de famille, riche et majeur d'âge, ne peut en Frise léguer ses biens ; en Hollande, il le peut. Donc, ce fils ou cette fille de famille des nôtres se rend chez les Bataves et, là, y fait un testament ; on se demande si celui-ci est valable. Il le semblerait ; toutefois, il ne vaudra pas en Frise, parce que, même si l'acte est valable en soi dès l'origine, il a été établi en fraude du droit frison, ce que les Frisons ne doivent pas admettre. De même, si un fils de famille hollandais rédige dans sa patrie un testament disposant de biens, même immeubles, situés en Frise, celui-ci vaudra ici ; parce que la volonté du propriétaire régulièrement exprimée selon le droit local doit être reconnue partout ; du moins, lorsque aucune fraude faite à nos lois ne peut être découverte, ce qui n'apparaît pas dans le cas d'espèce.⁶³³

13... Un fils de famille en Frise ne peut faire de testament. Il passe en Hollande et y fait un testament ; est-il valable ? Je pense qu'il vaut en tout cas en Hollande en vertu du premier et du deuxième axiome, selon lesquels les lois s'appliquent à tous ceux qui se trouvent sur leur territoire ; et qu'il serait infondé que les Bataves jugent d'après des lois étrangères, au détriment de leurs propres lois, des actes qui se sont faits chez eux. Toutefois, il est clair qu'il ne pourra avoir effet en Frise selon le troisième axiome car, de cette manière, rien ne serait plus facile pour nos concitoyens que d'échapper à nos lois, puisqu'ils pourraient y échapper tous les jours. Mais, ailleurs, pareil testament sera valable, même là où il n'est pas permis au fils de famille de le faire, car manquera la raison tirée du mépris des citoyens envers les lois de leur patrie ; parce qu'en un tel cas, il n'y aurait pas transgression.⁶³⁴

S'inspirant d'une lecture rigoureuse des principes de droit romain en matière de statut personnel, le droit frison décrète qu'un fils de famille majeur originaire de cette province ne jouit pas de la *testamenti factio* active, alors qu'à l'inverse, le droit hollandais accorde à ses fils de famille majeurs la capacité de faire un testament. En vertu des deux premiers axiomes et de la règle relative

⁶³² Voir, *supra*, aux pages 317 pour les textes français, extraits aussi bien du *De jure civitatis* que des *Praelectioniones*, et les notes 629 et 630 y afférentes pour les textes originaux. Voir aussi les (brèves) remarques à ce sujet de Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, p. 657, note 1.

⁶³³ Ulrich HUBER, « De his quae exteri sibi invicem debent », *De jure civitatis, op. cit.*, n°28 : ... *Filius familias utcumque dives & major annis non potest in Frisia legare de suis bonis ; In Hollandia potest. Proficiscatur igitur filius aut filiasam nostras in Batavos, faciat ibi testamentum ; quaeritur, an valeat. Videtur : Attamen non valebit hic in Frisia, quia licet actus in sese initioque sit validus, institutus tamen est in fraudem juris Frisici, quod Frisii approbare non debent. Proinde, si filiusfamilias Batavus in Patria sua condat testamentum de rebus in Frisia sitis, etiam immobilibus, heic valebit ; quia voluntas Domini secundum jus loci recte ordinata ubique rata haberi debet ; duntaxat, ubi nulla fraus Legibus nostris facta videri potest, quod in hac specie non apparet.*

⁶³⁴ Ulrich HUBER, « De conflictu legum », *Praelectioniones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°13 in fine : *Filiusfamilias in Frisia non potest facere testamentum. Proficiscitur in Hollandiam ibique facit testamentum ; quaeritur, an valeat. Puto valere utique in Hollandia, per Regulam primam et secundam, quod leges afficiant omnes eos, qui sunt in aliquo territorio ; nec civile sit, ut Batavi de negotio apud se gesto, suis legibus neglectis, secundum alienas judicent. Attamen verum est id heic in Frisia non habiturum esse effectum, per regulam tertiam, quod eo modo nihil facilius foret quam Leges nostras a Civibus eludi, sicut eluderentur omni die. Sed alibi tal etestamentum valebit, etiam ubi filiusfamilias, non licet facere testamentum, quia cessat ibi illa ratio eludendi juris patrii per suos cives ; quod in tali specie non foret commissum.*

Cet exemple est le seul commun aux deux œuvres de l'auteur.

au statut personnel qui en est dérivée⁶³⁵, le fils de famille frison qui se transporte en Hollande n'est donc plus assujéti aux lois frisonnes régissant sa capacité et se soumet, par le simple fait de sa présence sur le sol hollandais, aux lois de cette province. Dans la mesure où il passe subitement d'un régime d'incapacité à un régime de capacité, il lui est loisible de confectionner un testament, qui serait tout à la fois valable au regard de son statut personnel et de la loi du lieu de rédaction de l'acte de dernière volonté. Les droits acquis du simple fait de son séjour en Hollande justifient que le légataire en demande l'exécution sur les biens situés sur le territoire frison aux autorités provinciales, et ce en vertu du troisième axiome. Huber lui-même semble paver la voie à une telle solution, puisque, dans son *De conflictu legum*, rédigé postérieurement, il s'appuie sur un cas de figure fort similaire pour exposer l'articulation des trois axiomes entre eux :

4. En Hollande, le testament peut être fait par devant notaire assisté de deux témoins ; en Frise, il ne vaut que confirmé par sept témoins. Un Batave fait selon la coutume du lieu en Hollande son testament, duquel l'exécution est réclamée en Frise sur des biens qui y sont situés. Il est demandé si les juges Frisons doivent accorder l'envoi en possession selon ce testament. Les lois de Hollande ne peuvent obliger les Frisons : c'est pourquoi, d'après le *premier axiome*, ce testament ne vaudrait en Frise ; mais le *troisième axiome* fonde sa validité et fera droit. Mais si un Frison va en Hollande, y fait un testament dans les formes de la coutume du lieu mais non de celle de Frise, rentre en Frise et y meurt, le testament vaut-il ? Il vaudra par l'effet du *deuxième axiome*, parce que, lorsqu'il était en Hollande, quoique temporairement, il était lié par le droit local et l'acte valable *ab initio* doit valoir en tout lieu selon le troisième axiome, sans distinction entre meubles et immeubles comme il est de droit et observé. Un Frison fait, au contraire, chez lui, par devant notaire assisté de deux témoins, un testament qui est présenté en Hollande où sont situés les biens légués ; la demande échouera parce que le testament était nul *ab initio*, pour avoir été fait en contravention de la loi locale. Il en ira de même si un Batave rédige pareil testament en Frise, quoique valable s'il avait été fait en Hollande ; en effet, il est avéré qu'ainsi fait, il aurait été nul *ab initio*, selon ce qui a été dit à l'instant.⁶³⁶

Le rapprochement des deux textes, l'un extrait du *De jure civitatis* (§ 28) et l'autre du *De conflictu legum* (§ 4), qui, chacun, traitent du cas d'un testament valablement passé à l'étranger et qui, pourtant, préconisent deux solutions différentes, aurait de quoi surprendre s'il ne permettait de mettre au jour les raisons d'ordre public qui motivent, à titre d'exception au troisième axiome, l'intervention de la *fraus legis*. En principe, le jeu combiné des trois axiomes devrait donner l'acte de dernière volonté passé en Hollande, conformément aux règles de formes requises par le droit applicable en ladite province, l'assurance d'une reconnaissance par les tribunaux de Frise, où y est demandé l'envoi en possession. Néanmoins, dans un cas particulier, quand il est passé par un fils

⁶³⁵ En vertu de cette règle spéciale (voir *supra*, pp. 298-302), l'état de la personne est toujours, et en tout lieu, régi par la loi frisonne, loi de sa province d'origine, qui lui a attribué la qualité de fils de famille majeur, mais sa capacité à agir en cette qualité est, quant elle, dépendante de la *lex loci*, la loi du lieu où il se trouve au moment même où il agit. Ladite règle nuance sur ce point la directive soutenue par le deuxième axiome, de sorte à la rendre compatible avec le troisième.

⁶³⁶ HUBER, Ulrich, « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, n°4 : *In Hollandia testamentum fieri potest coram notario et duobus testibus, in Frisia non valet, nisi septem testibus confirmatum. Batavus fecit testamentum more loci in Hollandia, ex quo bona, quae sita sunt in Frisia, illic petuntur. Quaeritur, an iudices Frisii secundum illud testamentum vindicias dare debeant. Leges Hollandiae non possunt obligare Frisios, ideoque per axioma primum testamentum illud in Frisia non valeret, sed per axioma tertium valor ejus sustinetur et secundum illud jus dicitur. Sed Frisius profiscicitur in Hollandiam, ibique facit testamentum more loci contra jus friscicum, redit in Frisia ibique diem obit, valetne testamentum ? valebit, per axioma secundum, quia dum fuit in Hollandia, licet ad tempus, jure loci tenebatur, actusque ab initio validus ubique valere debet, per axioma tertium, idque sine discrimine mobilium et immobilium bonorum, ut juris est ac observatur. Frisius e contra facit in patria testamentum coram Notario et duobus testibus, profertur in Hollandia, ibique bona sita petuntur, non fiet adjudicatio, quia testamentum inde ab initio fuit nullum, utpote factum contra jus loci. Quin idem juris erit, si Batavus heic in Frisia tale testamentum condat, etsi in Hollandia factum valeret ; verum enim est, quod heic ita factum ab initio fuerit nullum, per ea, quae modo dicta fuerunt.*

de famille majeur originaire de Frise, le même acte de disposition peut se voir opposer un refus de la part des juges frisons pour des considérations d'ordre public. La validité de l'acte n'est nullement remise en cause en ce qui concerne les conditions de forme requises pour un testament, puisqu'il a bien été fait application de la loi hollandaise, compétente sur le fondement de la règle *locus regit actum*, en vertu du troisième axiome. Mais son efficacité se voit entravée par des raisons tirées de la *fraus legis*, qui s'attaquent à une des conditions de fond du testament : la *testamenti factio*, ou capacité de tester.

A suivre rigoureusement les directives exposées par l'auteur lui-même, le fils de famille frison, qui, lors de son séjour en Hollande, y fait son testament, se soumet aux lois du lieu où il passe son acte, y compris en ce qui concerne sa capacité, et ce par la force des deux premiers axiomes. L'interdiction édictée par le droit frison, qui frappe ce fils de famille d'incapacité testamentaire active, est censée s'arrêter aux frontières de la province de Frise. La pluralité des souverainetés législatives et le morcellement des ordres juridiques imposent d'accepter comme une fatalité qu'un fils de famille majeur, incapable de tester ici, puisse être considéré comme capable de tester là. En revanche, les juges du lieu d'exécution du testament se réservent toujours la faculté de débattre, non de la valeur même de l'acte, qui s'appuie sur les droits acquis valablement dans le lieu de conclusion, mais de l'opportunité d'y donner suite sur le territoire qui est soumis à leur *jurisdictio*. Huber suggère que la jurisprudence des tribunaux frisons répugne à donner droit aux légataires universels qui se prévaudraient des dispositions de dernière volonté émanant d'un tel testament, en raison de l'incapacité testamentaire active, qui, par la lecture restrictive qu'en font les tribunaux, prive le fils de famille frison, en tout lieu, de la faculté de faire un testament sur les biens composant son patrimoine. Si l'extraterritorialité de la capacité ou de l'incapacité des personnes avait été admise *de jure*, alors, la question se serait résolue d'elle-même, puisque le fils de famille frison aurait transporté partout avec lui son incapacité de tester, y compris en Hollande⁶³⁷. L'acte de disposition serait nul *ab initio* et cette nullité devrait être reconnue partout. Mais, dans la mesure où elle repose toute entière sur le troisième axiome et sur la théorie des droits acquis, l'extraterritorialité du statut personnel est dépendante des sensibilités des ensembles juridiques avec

⁶³⁷ Une grande partie de la difficulté vient de ce que, précisément, Huber refuse catégoriquement de donner une valeur extraterritoriale universelle au statut personnel et lui préfère la règle dite de l'incidence de statut, propre à la théorie des droits acquis. L'exemple du fils de famille testateur en constitue d'ailleurs l'illustration directe. Le « De conflictu legum », *Praelectiones juris romani et hodierni, op. cit.*, exprime le plus clairement la chose, aux paragraphes 12 et 13 :

« 12. Aux règles exposées au commencement se rattache l'axiome suivant : *Les qualités personnelles conférées par le droit à la personne en un lieu déterminé circulent en tout lieu et accompagnent la personne avec cet effet que celle-ci jouira et périra n'importe où de la condition dont les personnes semblables jouissent ou pâtissent ailleurs...* [Suivent des exemples concrets] ...parce que par courtoisie chaque Etat reconnaît effet à ce qui est établi par les lois et les jugements des autres Etats sur leurs sujets, à moins qu'il n'en résulte un préjudice pour son droit acquis ou celui de ses ressortissants.

13. Certains interprètent cette portée de la qualité personnelle de telle manière que celui qui en un certain lieu est majeur ou mineur, pubère ou impubère, fils de famille ou paterfamilias, sous curatelle ou hors curatelle, jouisse de cette condition ou en pâtisse comme il en jouit ou en pâtit au lieu où il l'a reçue et a été fait tel : dès lors ce qu'il peut ou ne peut pas faire en sa patrie, nulle part il ne lui sera interdit ou loisible de le faire. Ce propos me paraît dénué de raison car de chaque loi résulteraient une confusion de droits et une charge excessives pour les Etats voisins » (traduction Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT précitée ; texte souligné par les traducteurs) :

12. Ex Regulis initio collocatis etiam hoc axioma colligitur. *Qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circumferri et personam comitari, cum hoc effectu, ut ubivis locorum eo jure, quo tales personae alibi gaudent vel subjecti sunt, fruuntur et subjiciantur...* *Quia Legibus rebus que judicatis aliarum Civitatum insuos subjectos qualibet aliae potestas comiter effectum tribuunt ; quatenus sui suorumque juri quaesito non praepjudicatur.*

13. *Sunt, qui hunc effectum qualitatis personalis ita interpretantur, ut qui certo loco, major aut minor, pubes aut impubes, filius aut paterfamilias sub curatore vel extra Curam est, ubique tali jure fruatur eique subjiciatur, quo fruatur et cui subjicitur in eo loco, ubi primum talis factus est aut talis habetur : proinde, quod in patria potest aut non potest facere, id eum nusquam non posse vel prohiberi facere. Quae res mihi non videtur habere rationem, quia nimia inde suscipitur jurium et onus pro vicinis ex aliorum legibus oriretur.*

lesquels une personne doit composer, à raison de ses actes ou des faits qu'elle peut y commettre. En l'occurrence, les héritiers du fils de famille frison pourront obtenir l'exécution de son testament par les autorités hollandaises, pour les biens qui sont situés dans cette province. *A contrario*, en Frise, ils se heurteront à la considération invincible que l'incapacité testamentaire active des fils de famille est une raison suffisamment impérieuse pour discréditer les testaments que ceux-ci seraient tentés, ou contraints, de faire en pays étranger. Le droit de la succession testamentaire fait, seul, barrage à l'exécution du testament en Frise et déclenche l'exception d'ordre public, quand, en Hollande, fond et forme s'accordent à donner pleine validité à l'acte en question.

Suivant la jurisprudence que nous rapporte Huber, la condition tenant à l'intentionnalité de la *fraus legis* semble relativement accessoire, car, au fond, ce sont tous les actes de cette nature qui sont réputés passés « en fraude du droit frison », qu'ils l'aient été dans le but manifeste de contourner la prohibition posées par celui-ci ou qu'ils aient été de bonne foi. Si le fils de famille frison, séjournant en Hollande, vient à ressentir le besoin d'y faire dresser ses dispositions de dernière volonté, rien ne permet de présumer irréfragablement que cela l'ait été par volonté de bénéficier d'une loi permissive, et ce au mépris d'un statut personnel prohibitif. Quoiqu'il en ait été du dessein, supposé ou réel, du testateur de contourner les dispositions de sa loi personnelle, il n'en reste pas moins que la sentence évoquée par le jurisconsulte frison a très certainement trouvé sa motivation dans la fraude à la loi, dans l'exception d'ordre public, ou dans une loi de police personnelle attachée à la qualité de fils de famille frison. Les trois qualifications méritent d'être explorées et approfondies :

1° La fraude à la loi se caractériserait, en l'espèce, par la violation d'une disposition de fond du droit successoral, tenant à la capacité testamentaire, puisque les juges du lieu d'exécution refusent de reconnaître une *testamenti factio* à ce fils de famille frison, conformément au droit local. Ce faisant, ils estiment que le testament dressé en Hollande, valable aussi bien en ce qui concerne ses solennités (*locus regit actum*, premier axiome) qu'en ce qui a trait à la *testamenti factio* (deuxième axiome), et qui aurait dû être exécuté en Frise au nom de la *comitas* (fondée sur le troisième axiome pris *in principio*), n'existe que parce qu'il témoigne d'une *fraus legis frisicae* manifeste, *fraus* qui jouerait sur les effets que l'on entend faire produire à son statut personnel⁶³⁸.

2° Les titres de l'exception d'ordre public et de la loi de police personnelle à intervenir en la cause reposent, toutes deux, sur le postulat, fermement défendu par les tribunaux locaux, selon lequel le statut personnel attaché à la qualité de fils de famille, en Frise, est soumis à un régime strictement défini par le droit frison, auquel il n'est possible de déroger en aucune manière. La prohibition ainsi édictée est invinciblement liée à la condition des fils de famille frisons et ne concerne, en aucun cas, les fils de famille hollandais pour leurs immeubles situés en Frise. En effet, il importe, plus que tout, aux autorités frisonnes de préserver l'unité du statut personnel conféré par leurs lois aux fils de famille. La vigoureuse réaction de l'ordre juridique frison s'explique donc par la volonté de

⁶³⁸ Dans le cas où le testament serait dressé en Frise, devant deux témoins au minimum, sur l'initiative d'un fils de famille hollandais, le jeu combiné des trois axiomes aboutirait d'ailleurs à ce résultat absurde, que le testament ne serait jamais connu valable par l'ordre juridique frison et serait, donc, considéré nul *ab initio*, alors qu'il présenterait toutes les conditions formelles et matérielles de validité en Hollande et ne susciterait aucune objection de la part des juges hollandais. Cependant, dans l'économie du système de Huber, ce cas de figure ne devrait pas pouvoir se présenter, puisqu'en vertu de la théorie de l'incidence de statut (n°12 du « De Conflictu Legum »), la qualité de fils de famille est bien attribuée au majeur Hollandais par le droit de sa province d'origine, mais le régime qui y est attaché est toujours déterminé par la loi du lieu où il se trouve. Le droit frison s'opposerait donc à la passation d'un tel testament.

maintenir l'interdiction qui pèse sur les fils de famille majeur de tester sur leurs biens, indépendamment de l'élément d'extranéité que constitue le lieu de rédaction de l'acte⁶³⁹.

L'intervention de l'ordre public frison se justifierait, en l'occurrence, par le refus de donner effet, à l'intérieur du territoire de la province, à un testament passé sous l'empire d'une norme étrangère et tenu pour valable en vertu des deux premiers axiomes. L'exception d'ordre public a, traditionnellement, pour fonction de prémunir l'ordre juridique du for contre les conséquences jugées néfastes qui pourraient s'induire d'un acte, d'une décision ou d'une situation nés à l'étranger et présentant tous les atours de la validité. Mais, si tel était vraiment le cas, il serait, alors, difficile d'expliquer en vertu de quoi les juridictions frisonnes acceptent l'exécution, en Frise, du testament du fils de famille hollandais, dressé dans sa province, alors que ce même testament, serait-il, cette fois-ci, passé en Hollande par un fils de famille frison, tomberait sous le coup d'une contrariété à l'ordre public provincial. La réticence de l'ordre juridique frison ne s'adresse donc pas aux effets de l'acte en eux-mêmes, qui lui sont indifférents en vertu de la règle *Locus regit actum*⁶⁴⁰, mais à l'une des conditions de fond requises pour sa formation : la capacité ou l'incapacité de son auteur. Or, comme le rappelle la règle spéciale relative au statut personnel, cette condition de fond est de celles qui n'échappent pas à l'emprise de la loi de l'Etat d'origine⁶⁴¹. S'il y a bien une loi qui se trouve méconnue, c'est bien cette loi – qui attribue à son ressortissant la qualité personnelle de fils de famille ou de *sui juris*, de majeur ou de mineur, etc. – et non la loi étrangère, c'est-à-dire celle de l'Etat du lieu de conclusion ou passation de l'acte. La décision frisonne ne semble donc pas rentrer dans le cadre de ce qui serait, aujourd'hui, l'ordre public international.

La loi de police personnelle, qui se distingue d'une loi de police classique par son extraterritorialité d'exception, présente cette vertu majeure de ramener l'ensemble de la situation, indépendamment des éléments d'extranéité qui peuvent l'affecter, à une situation purement interne et d'y apporter la réponse que l'ordre juridique du for entend donner à la situation en question. L'objectif que doit remplir cette loi de police consiste à s'assurer que l'incapacité testamentaire active, élément du statut personnel, accompagne le fils de famille frison, en quelque lieu qu'il aille, et l'empêche de se prévaloir de dispositions étrangères qui lui ouvriraient droit à tester et dont les effets seraient amenés à s'exécuter sur le territoire frison. En effet, cette règle prohibitive serait en grande partie vidée de son sens s'il lui était loisible de tirer parti, ainsi, d'un acte qui demeure interdit à ses pairs demeurés au pays. Par dérogation aux principes défendus, par ailleurs, par Huber, toute qualité imprimée à leur statut personnel doit les suivre partout et en tout lieu, de sorte à s'imposer à des lois étrangères permissives.

De surcroît, le choix de la qualification de « loi de police personnelle », tout comme celle tenant à « l'exception d'ordre public », offre cet avantage d'expliquer que, à l'inverse des Frisons, les héritiers des fils de famille hollandais possédant des biens en Frise n'auront jamais à subir les foudres des juridictions frisonnes. La capacité testamentaire active leur étant pleinement accordée par le droit de la province de Hollande, le testament dont ils se prévaudront pourra s'exécuter sans que sa validité ne soit contestée. En ce cas, l'inflexibilité de l'ordre juridique frison se relâche au

⁶³⁹ La vigueur de la réaction frisonne semble concorder avec la défaveur que le droit romain attache, traditionnellement, aux testaments des *filijfamilias*, en dépit des prudents aménagements apportés par les empereurs romains au sujet des pécules *castrense* et *quasi castrense* : voir Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e édition, Paris, 1906, p. 813.

⁶⁴⁰ La règle en question est formulée au paragraphe 3 du « De conflictu legum » : voir *op. cit. supra*, p. 208, note 395, et pp. 294-295.

⁶⁴¹ La règle en question est évoquée au paragraphe 12 du « De conflictu legum » : voir *op. cit. supra*, p. 299, note 597 et p. 321, note 637.

profit des héritiers : l'acte en question ne met nullement en cause les prescriptions du droit frison relatives au statut personnel des fils de famille et la menace que le testament ferait peser sur ce statut est jugée bien moindre, voire nulle. En termes plus modernes, le testament en question bénéficierait de ce qu'il convient d'appeler de nos jours « l'effet atténué de l'ordre public »⁶⁴². Dès lors, toujours suivant la même interprétation, il ne serait même plus nécessaire de recourir à la détermination de l'élément intentionnel de la *fraus legis* : la réponse de l'ordre juridique frison serait la même vis-à-vis du testament du fils de famille frison, qu'il y ait eu volonté ou non de ce dernier d'en contourner sa loi prohibitive.

La *fraus legis* présente cet indéniable intérêt, aux yeux de Ulrich Huber, de donner véritablement corps à la réserve du troisième axiome. Parce qu'elle sert de tempérament et de garde-fou au libre jeu de la *comitas gentium*, à laquelle elle est invinciblement liée par la lettre du fameux axiome, elle en constitue le versant négatif, en offrant ainsi au juge du for de soulever un mécanisme efficace dont la mise en œuvre n'est pas sans annoncer celle des mécanismes plus contemporains. En effet, laissée à la discrétion de ce même juge, la *fraus legis* peut préfigurer les rôles aujourd'hui dévolus à une exception d'ordre public (notamment à travers le refus de reconnaissance d'un acte ou d'une décision étrangère), une loi de police ou une fraude à la loi selon les cas et selon l'objectif poursuivi par l'ordre juridique local. Sa plasticité la rend polysémique, interdisant de la réduire à un mécanisme particulier. Ainsi, si la loi de police doit trouver sa source, c'est bien dans les cas de figure où la *fraus legis* est chargée de ramener l'ensemble de la situation litigieuse à une situation purement interne, réglée par la loi qui a cours sur le territoire, au mépris, si besoin, des facteurs d'extranéité qui pourrait la rattacher à un ordre juridique extérieur. Construction théorique, certes, mais féconde par sa postérité, la *fraus legis* vient rappeler à tous que l'extraterritorialité des droits acquis n'est jamais que l'exception, quand la souveraineté/territorialité est le principe qui sert de soutènement à l'ensemble de l'édifice théorique huberien.

CONCLUSION DU CHAPITRE III :

La définition en négatif de la souveraineté législative, qui est au cœur de la doctrine hollandaise, suppose qu'une réponse soit apportée au double problème né du fonctionnement en vase clos des ordres juridiques nationaux, postulé par la souveraineté/territorialité. De la réponse apportée au premier problème, celui posé par la nécessaire extraterritorialité des actes juridiques et du statut personnel, dépend la solution du second problème, qui tient à la sanction qu'un Etat peut prononcer à l'encontre d'un droit valablement acquis sous l'empire d'une souveraineté étrangère. Ces réponses et solutions sont fonction des choix méthodologiques et des sensibilités de chacun

⁶⁴² La définition classique de l'effet atténué de l'ordre public est un des héritages de l'arrêt *Rivière* (Cour de cassation, chambre civile, 17 avril 1953, *Grand Arrêts*, n°26) : « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ». Cette définition souligne, fort opportunément pour notre propos, les liens de parenté qui unissent fraude à la loi et exception d'ordre public.

Par ailleurs, les éléments de discussion qui figurent sous l'arrêt (n°10-14) illustrent bien les difficultés à cerner les contours et à lever les ambiguïtés de notions pour la plupart contemporaines (effet atténué de l'ordre public, ordre public de proximité, fraude à l'intention de l'exception d'ordre public...) qui ne répondent pas toujours de la manière la plus satisfaisante aux problèmes que peut le statut personnel face à l'ordre public.

des auteurs de l'École hollandaise, mais la diversité des solutions ne doit pas masquer la profonde unité qui les caractérise en dépit de leurs singularités⁶⁴³.

Fidèle à une démarche statutiste des plus classiques, Christian Rodenburg voit dans la *necessitas facti*, à la fois, le facteur d'explication de l'extraterritorialité des statuts et le critère qui lui permet de répartir adéquatement les qualifications de statut personnel et de statut réel. Ces derniers deviennent, dès lors, les synonymes respectifs de statut extraterritorial et de statut territorial. Le jeu de qualification *ab effectu* mené par Rodenburg a, notamment, pour but de privilégier la force reconnue au statut territorial, et, donc, les intérêts qu'il est censé défendre, sur celle laissée au statut extraterritorial. Sous couvert de réalité, le statut territorial embrasse pleinement sa vocation de « police » et marque la supériorité de l'ordre public *lato sensu* sur l'*utilitas privatorum* relayée par les statuts extraterritoriaux.

Paul et Jean Voet, guère convaincus par une démarche qui leur semble laisser une part trop belle aux statuts extraterritoriaux, vont s'efforcer de répondre à Rodenburg, en bâtissant une construction théorique, qui, partant des mêmes bases statutistes, s'élabore autour de la notion de *comitas inter gentes*. Vecteur de l'extraterritorialité des statuts, cette « courtoisie » apparaît de prime abord comme une concession bienveillante de la part d'un législateur local qui consent à desserrer l'étreinte de sa souveraineté pour accueillir les statuts étrangers. Toutefois, si, incontestablement, elle ouvre au droit étranger les portes de l'ordre du for, il lui incombe de régler cet accès, ainsi fournissant, autant que le motif – la *ratio* –, la mesure de l'accueil que la souveraineté est prête à consentir aux effets des actes et décisions produits ailleurs. Toutefois, ce respect dû à la souveraineté étrangère a un prix, que rappelle invinciblement cette même notion de *comitas* : elle n'impose, en effet, aucune contrainte juridique à l'ordre juridique territorial, qui n'accepte l'application d'une loi étrangère (dégradée au rang de *factum* et non plus de *jus*) que sous la réserve de l'exercice, par le juge, des instruments de souveraineté qu'il a sa disposition. Ces instruments,

⁶⁴³ La doctrine n'est pas la seule à se retrouver confrontée à ce double problème. Certains arrêts issus des juridictions des Provinces-Unies, au XVIII^e siècle, confirment que l'inclination en faveur de la souveraineté/territorialité était partagée par les juges, quand bien même ceux-ci se souciaient fort peu de reprendre à leur compte les constructions dogmatiques des Hollandais. Il arrive même aux magistrats d'aller plus loin encore dans la sévérité. Ainsi que le relève Eduard-Maurits MEIJERS dans son « Histoire des principes fondamentaux » (*op. cit.*, pp. 669-670 et les notes), qui y voit un signe du conservatisme des tribunaux, Cornelis VAN BIJNKERSHOEK (1673-1743), lui-même président de la Haute Cour (Hooge raad) de Hollande et de Zélande de 1724 à sa mort, dans ses *Observationes tumultuariae*, évoque deux affaires où les juges hollandais ont refusé purement et simplement à la loi étrangère tout titre à s'appliquer. Ce refus de reconnaissance, qui n'a même pas besoin de s'appuyer sur la *fraus legis*, s'apparente de très près à la moderne exception d'ordre public.

Dans un arrêt de la Cour de Hollande du 13 mars 1702, confirmé par la Haute Cour de Hollande et de Zélande le 1^{er} octobre 1704, les juges ont considéré que le testament fait par un Hollandais à Venise en conformité avec la loi locale (qui admet que le testateur puisse remettre son acte de dernière volonté à un notaire, et ce devant deux témoins, sans qu'il l'ait lui-même rédigé ou fait dresser par le notaire) ne pouvait pas produire d'effet à l'intérieur de la Province de Hollande, en dépit de la règle *Locus regit actum* (van Bijkershoek qui siégeait alors à la Haute Cour s'était pourtant prononcé contre cette décision : *Observationes tumultuariae*, I, n°48, éd. Meijers *et alii*, t. 1^{er}, Harlem, 1926).

Dans un arrêt de la Haute Cour en date du 1^{er} octobre 1778, le gendre de van Bijkershoek et continuateur de son œuvre, Willem PAUW (1712-1787), lui-même président de 1784 à sa mort, rapporte que la juridiction suprême a annulé le divorce prononcé entre deux époux hollandais par le juge de Clèves (Royaume de Prusse), au prétexte que le juge avait accepté comme cause du divorce les *inimicitiae capitales* entre les deux conjoints, prouvées par les soins sans avoir besoin de recourir à une *causae cognitio*. Saisie de ce divorce par consentement mutuel, la Haute Cour justifie sa décision par une motivation des plus lapidaires : *satis esse manifestum perniciosissimi rem fore exempli si ejusmodi decretorum vel a Borussia vel ab aliis extraneis iudicibus haberetur ratio* (« il est suffisamment manifeste que l'affaire serait d'un exemple des plus pernicioeux si jamais l'on devait reconnaître les décisions de ce genre qui sont prises par les Prussiens ou par les autres juges étrangers », *Observationes tumultuariae novae*, n°1445). Sur van Bijkershoek, voir Boudewijn SIRKS, « Bijkershoek, as author and elegant jurist », TVR, n°79, 2001, pp. 229-252.

réunis sous la notion de *comitas*, réagissent aux mêmes ressorts que ceux qui meuvent, aujourd'hui, l'exception d'ordre public et les lois de police.

Enfin, Ulrich Huber se démarque des autres auteurs en s'affranchissant de l'approche statutiste qui été jusqu'alors la seule envisagée par les juristes. Sa doctrine entend désormais s'inscrire dans le cadre intellectuel fourni par le *jus gentium* et par une conception rénovée de la souveraineté étatique. Désireux d'assurer au mieux, pour chacun des Etats la pleine indépendance de leur ordre juridique respectif, il se distingue en défendant une approche nouvelle, fondée sur trois axiomes de droit des gens, dont il décline directement, à son tour, trois véritables règles de conflit de droit privé. Le troisième axiome s'articule autour de deux pôles opposés et, pourtant, indissociables : la *comitas gentium*, qui tente d'arbitrer les conflits de souveraineté et de justifier la théorie des droits acquis, et la réserve dite d'ordre public, ou *fraus legis*, mécanisme destiné à préserver chaque ordre juridique des effets portés par une loi étrangère à l'intérieur du territoire. La *fraus legis* est le garde-fou de la *comitas gentium* et en est le nécessaire complément. Elle recouvre, tout ensemble, des mécanismes qui, s'ils sont dorénavant clairement distingués – ordre public international, fraude à la loi, loi de police –, sont confondus volontairement, à l'époque de Ulrich Huber et dans l'environnement qui est le sien, derrière les considérations de souveraineté qui président au fonctionnement de cette fameuse réserve d'ordre public. Pour toutes ces raisons, et quel que soit le nom qu'elle prend au fil du temps (*necessitas facti*, *comitas inter gentes* ou *comitas gentium*), la tolérance envers l'extraterritorialité de la loi occupe une place centrale dans la réflexion juridique, autant par la diversité de ses définitions et de ses champs d'application que par les réactions territorialistes qu'elle suscite invariablement.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER :

Dans la seconde moitié du XVII^e siècle, l'effervescence intellectuelle, ajustée à l'esprit du temps, nourrit, au sein des Provinces Unies, une réflexion doctrinale sur les conflits de lois qui s'émancipe de la tutelle exercée depuis longtemps par la théorie des statuts et qui communique désormais sous les deux espèces des Etats-nations et de la souveraineté. Les travaux de juristes et de praticiens comme Christian Rodenburg, Paul et Jean Voet et Ulrich Huber témoignent de la volonté de conformer les méthodes de résolution aux impératifs de la souveraineté et de la territorialité, dans le prolongement des travaux de Bertrand d'Argentré et de Nicolas de Bourgogne, et dans un environnement beaucoup moins favorable à l'extraterritorialité des statuts et très attaché à la force du statut réel. La naissance et l'éclosion de cette Ecole dite « hollandaise » correspondent, à maints égards, à un tournant, ou, plus exactement, à un détour, significatif pris par l'histoire des conflits de lois.

Cette Ecole plonge ses racines dans les développements que le Breton Bertrand d'Argentré a consacrés au principe cardinal de sa théorie : la réalité/territorialité des coutumes. Interprétant la domination du statut réel comme une manifestation de la souveraineté absolue de la coutume et de l'autorité locales sur le territoire soumis à leur puissance, il assigne à ce statut la fonction de conserver l'intégrité de l'ordre juridique du for contre le risque d'intrusion des coutumes qui portent, avec elles, un statut personnel ou un acte juridique étranger. En effet, cet ordre juridique local est, tout à la fois, le garant de la conservation des biens dans les familles et de l'assise matérielle qui leur procurent leur rang dans la société : il a donc pour tâche de veiller au sort des immeubles qui forment l'origine des fortunes. Le refoulement de la norme étrangère peut s'effectuer soit *a priori*, en postulant une présomption quasi-absolue de réalité des coutumes, soit *a posteriori*, en

soulevant le statut réel prohibitif, à chaque fois qu'une coutume étrangère tente de s'introduire sur le territoire et de menacer un intérêt local.

Les Hollandais se montrent fidèles disciples de d'Argentré. Au commencement était la souveraineté/territorialité, envisagée par l'ensemble des auteurs comme le principe cardinal de résolution des conflits de lois et désignée par les auteurs sous les noms de *jus strictum* ou de *summum jus*. En effet, elle justifie, explique et traduit le double empire, territorial et personnel, que le législateur étatique exerce désormais de façon exclusive et incontestée sur ses ressortissants et sur les biens qui se trouvent à l'intérieur de son territoire. C'est dans les traductions concrètes de ce grand principe ordonnateur qu'il convient de trouver la première formalisation de ces mécanismes qui n'avaient été jusqu'alors que des émanations du statut réel : l'exception d'ordre public et les lois de police, aussitôt rejointes par la fraude à la loi. Le statut réel ne perd pourtant rien de son empire et constitue toujours le moyen privilégié d'assurer l'exclusivisme de l'ordre juridique. La constante se vérifie, de Christian Rodenburg jusqu'à Ulrich Huber : derrière la primauté du statut réel, qui se confond désormais avec le statut territorial, sur le statut personnel, ou extraterritorial, se dissimulent des considérations de police ou d'ordre public qui préservent ainsi les intérêts de l'Etat et de ses ressortissants. Mais ces considérations ne reposent plus uniquement sur le statut réel. Les outils mis à la disposition du juge du for pour refouler la loi étrangère ou la priver d'effets sur le territoire s'enrichissent et se complexifient, au fur et à mesure que la réflexion doctrinale progresse d'un auteur à l'autre. La notion de *comitas*, avancée par les deux Voet, puis récupérée et reconfigurée par Ulrich Huber, représente l'aboutissement de cette maturation intellectuelle.

Cette « courtoisie internationale » renvoie tout d'abord à l'esprit de libéralité et de tolérance dont chaque Etat accepte de faire preuve vis-à-vis de ses pairs, de ses lois et des effets dont ils réclament l'application transfrontière, au nom de l'intérêt commun des Nations. En cela, elle atténue et tempère l'exclusivisme auquel aspire le *jus strictum* ou le *summum jus*. En cela, également, elle constitue le fondement de toute extraterritorialité d'un statut, d'une coutume ou d'une loi, autorisée par la théorie des droits acquis que Huber reprend de Rodenburg pour lui donner son acception moderne. En cela, enfin, elle permet aux Hollandais de justifier des solutions en matière de conflit de lois qui demeurent, dans l'ensemble, parfaitement classiques, mais qui se trouvent ainsi ajustées aux exigences de la souveraineté/territorialité.

Mais elle révèle également, par sa plasticité, qu'aucun Etat ne saurait, sauf à se nier lui-même, abdiquer tout ou partie de sa souveraineté législative et juridictionnelle, en ouvrant trop généreusement ses portes à une loi ou une décision étrangère. Ainsi, il appartient à tout Etat qui se respecte de définir lui-même l'étendue de l'extraterritorialité qu'il concède à autrui et les moyens qu'il entend mettre en œuvre pour limiter les effets pervers de sa tolérance. La notion de *comitas* endosse cette fonction duale d'ouverture et de fermeture, en laissant toujours l'appréciation au soin de chaque Etat souverain et de lui seul.

La *comitas* des Voet comme la *comitas* de Ulrich Huber assortit systématiquement l'extraterritorialité des statuts d'une réserve d'ordre public. Cela implique nécessairement qu'il puisse être fait exception à la libre circulation des actes et des décisions – en un mot, des droits acquis – par un « retour au principe » : la souveraineté/territorialité. Dans les replis de la « courtoisie internationale », viennent se loger, au cas par cas, les différents mécanismes qui, désormais, se voient investis de la mission de contenir la loi étrangère dans les limites du territoire et d'en neutraliser, le cas échéant, les effets jugés pervers ou néfastes. Ces mécanismes, qui s'individualisent au fur et à mesure que les doctrines débattent et se répondent entre elles et qui se révèlent au fur et à mesure que les cas pratiques sont évoqués et résolus par les juristes néerlandais,

annoncent directement les mécanismes qu'une doctrine plus contemporaine va, fort d'un héritage plus ou moins consciemment assumé, reprendre à son compte. Ainsi, comme en témoigne la *fraus legis* de Ulrich Huber, la fraude à la loi, l'exception d'ordre public et les lois de police trouvent directement leurs racines dans la double inspiration, souverainiste et territorialiste, qui préside aux travaux des Hollandais.

L'accueil fait à l'École hollandaise et la postérité qui a été la sienne, en doctrine et en jurisprudence, ont été pour le moins inégaux. Au sein des Provinces-Unies elles-mêmes, la doctrine du XVIII^e siècle recueille, pour l'essentiel, l'héritage des quatre principaux auteurs de l'École hollandaise, mais se contente de reconduire, de manière plus ou moins heureuse et fidèle les principes et les solutions de leurs prédécesseurs⁶⁴⁴. La pratique, pour sa part, semble être restée largement indifférente devant les subtilités théoriques⁶⁴⁵.

A l'étranger, l'École hollandaise a connu des fortunes tout aussi diverses⁶⁴⁶. D'une part, le lien très fort noué entre les Universités néerlandaises et leurs étudiants écossais ont facilité l'exportation des enseignements de Jean Voet et de Ulrich Huber en Ecosse et, de là, en Angleterre et aux États-Unis, marquant durablement de leurs empreintes l'histoire du droit international privé anglo-américain⁶⁴⁷. D'autre part, la tradition continentale du conflit de lois, confrontée à la lente érosion du statutisme traditionnel, s'avère relativement peu perméable aux présupposés sur lesquels repose l'édifice théorique des Hollandais⁶⁴⁸. Toutefois, la circulation des œuvres et l'attrait toujours

⁶⁴⁴ La plupart des auteurs néerlandais qui portent intérêt à la question des conflits de lois au XVIII^e siècle, comme Jacobus Voorda, Henrik Jan Arntzenius ou Dionysius van der Keessel, ne tirent guère profit des enseignements de leurs prédécesseurs pour approfondir ou remettre en cause les fondations sur lesquelles ceux-ci avaient bâti leurs théories. Ils se contentent de signaler leur adhésion, plus ou moins fidèle, aux principes et les solutions des premiers Hollandais, marquant, selon leur sensibilité, une inclination soit pour la *comitas* des Voet (van der Keessel), soit pour le système huberien (Arntzenius), soit pour une synthèse des deux (Voorda). Toutefois, leurs œuvres témoignent d'un recul progressif de la classification des statuts et d'une attention plus soutenue à la territorialité et à la *comitas*. Ils n'apportent, en tout cas, rien de nouveau sur notre sujet. Sur cette postérité, voir Ellison KAHN, « The « Territorial and Comity School » », *op. cit.*, pp. 227 à 232 ; A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet*, *op. cit.*, pp. 386-396. Sur van der Keessel, en particulier, voir Eduard-Maurits MEIJERS, « Introduction à la publication d'œuvres inédites de Balde et de van der Keessel », *Revue critique*, n°35 (1940-1946), III-IV, 1946, pp. 203-219, spéc. pp. 214-219.

⁶⁴⁵ L'œuvre du président de la Hoge Raad (Haute Cour) de Hollande et Zélande, Cornelis VAN BIJNKERSHOEK (1673-1743), notamment au travers de ses *Observationes tumultuariae*, traduit bien cet esprit de défiance des juges envers les hardiesses dogmatiques. Il fut président de la Haute Cour de 1724 à 1743. Sur les *Observationes*, voir ce chapitre, *supra*, la note n°643, p. 324.

⁶⁴⁶ Le droit romano-néerlandais reçu en Afrique du Sud constitue, à cet égard, un cas de figure un peu particulier. La réception du droit romano-néerlandais, au sein du territoire de la colonie du Cap, s'explique par le lien qui rattachait celle-ci aux Provinces-Unies lors des XVII^e et XVIII^e siècles, avec cette particularité que la colonie se trouvait, alors, sous le gouvernement effectif de la VOC. Toutefois, ce n'est qu'après l'annexion par la Grande-Bretagne, en 1806, que les questions de conflit de lois se sont véritablement posées et qu'elles ont contraint les juges, tenus de respecter le droit propre aux ressortissants soumis au droit romano-néerlandais, à recourir, entre autres, aux œuvres de l'École hollandaise. Les apports concomitants du droit international privé anglo-américain n'ont pu que contribuer à y implanter l'héritage des Voet et de Huber. Sur l'histoire du droit international privé sud-africain, voir A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet*, *op. cit.*, pp. 474-516.

⁶⁴⁷ Sur le droit international privé anglo-américain et l'École hollandaise, voir, entre autres, pour l'Ecosse, Andrew Dewar GIBB, « International Private Law in Scotland in 16th and 17th Centuries », *Juridical Review*, n°39, IV, 1927, pp. 369-407 et A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet*, *op. cit.*, pp. 408-418 ; pour la Grande-Bretagne, David James LLEWELYN DAVIES, « The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* », *British Yearbook of International Law*, n°18, 1937, pp. 49-78, Peter NYGH, « The Territorial Origin of English Private International Law », *University of Tasmania Law Review*, 1965, n°2, pp. 28-40 et A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet*, *op. cit.*, pp. 422-447 ; pour les États-Unis, Gerhard KEGEL, « Story and Savigny », *American Journal of Comparative Law*, n°37, 1989, pp. 39-66 et A. Basil EDWARDS, *The Selective Voet*, *op. cit.*, pp. 418-422 et 448-464

⁶⁴⁸ Les deux plus fameux représentants de l'École allemande au XVII^e et XVIII^e siècles, le Brêmois Henri DE COCCEJI (Heinrich Freiherr von Cocceji, 1644-1719) et le Hessois Jean Nicolas HERT (Johann Nikolaus Hert ou Hertz, 1651-1710), défendent, chacun, une méthode statutiste de résolution des conflits de lois qui n'a rien à voir avec celles que développent, au même moment, leurs contemporains néerlandais. Les travaux de ceux-ci leur étaient

plus grand pour la souveraineté dans une Europe qui se dirige à marche forcée vers une Europe des Nations contribuent à infuser, même incidemment, les principes souverainistes et territorialistes des Voet et de Huber dans les écrits doctrinaux du XVIII^e siècle et du XIX^e siècle. En France, si la séduction exercée par ces principes se ressent avec une acuité particulière dans les œuvres de juristes tels que Louis Boullenois ou Jean Bouhier, le plus bel hommage rendu à l'École hollandaise le sera, sans nul doute, lors de la rédaction du premier alinéa de l'article 3 du Code civil de 1804, dont la lettre et l'esprit ne sont pas sans rappeler les trois axiomes de Ulrich Huber.

néanmoins connus : un auteur comme Hert témoigne, tout au long de sa dissertation intitulée *De Collisione Legum* (et parue à Augsbourg et Giessen en 1688), de la forte influence qu'il a reçue de la lecture du « De his quae exteri sibi invicem debent » de Ulrich Huber, qui date de 1684. Mais c'est pour mieux marquer son désaccord avec les trois axiomes établis par le jurisconsulte frison, axiomes qu'il rappelle et critique dans le troisième paragraphe de sa section IV : « Mais nous, pour le coup, nous doutons très fortement que cette affaire puisse être réglée par le Droit des Gens ou, si l'on préfère, par la bienveillance mutuelle, d'autant plus que, dans un seul et même Etat, cette collision est fréquente ; même les savants ont appris combien il est trompeur de prétendre établir le Droit des Gens par ces seules formules : si nous disons qu'il repose sur la seule convenance des peuples, quelle sera l'efficace du droit ? » (*Verum enim vero nos valde dubitamus num res haec ex jure Gentium mutua earum indulgentia possit definiri, praesertim cum in una eademque civitate collisio ista saepissime fiat : Norunt etiam periti ex solis exemplis jus Gentium adstruere quam sit fallax, tum si solâ populorum conniventia id niti dicamus, quae juris erit efficacia ?*, traduction de Bertrand ANCEL).

Au début du XVIII^e siècle, un auteur hessois, Jean Godefroid MEIER (Johannes Gottfried Meier ou von Meiern, 1692-1745) va néanmoins se placer sous le patronage de Paul Voet et de Ulrich Huber, témoignant, dans sa *Dissertatio de Statutorum conflictu, eorumque in exteros valore*, parue à Giessen en 1715, d'un intérêt croissant pour l'esprit nouveau soufflé par les Hollandais. C'est davantage à la *Dissertatio de statutis civitatum provincialium in successione ab intestato ad bona etiam alibi sita, secundum ius civile extendendis*, parue à Leipzig en 1741, du juriste saxon Godefroid Louis MENCKE le Jeune (Gottfried Ludwig Mencke der Jüngere, 1712-1762), qu'il revient de mettre en avant le rôle des mécanismes de territorialité comme l'ordre public, comme dans le paragraphe 5, qui se réfère explicitement à la loi *Sodales* (D. 47.22.4) qui autorise les parties à faire les conventions qu'il leur plaira, « à la condition de ne pas aller à l'encontre de la loi publique » (*ne quid ex publica lege corrumpant*). Cette disposition, formulée originellement dans un cadre de droit interne des contrats, connaît par là un avènement au sein des théories sur le conflit de lois.

Sur cette « Ecole allemande », voir Max GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, pp. 328-331 et sa *Geschichte, op. cit.*, pp. 177-218 et 219-235 (et 286-289 pour le résumé en français).

TITRE SECOND

LES LOIS DE POLICE ET DE SÛRETÉ ET LA SOUVERAINETÉ/TERRITORIALITÉ DANS LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE DE LA FIN DE L'ANCIEN RÉGIME (XVII^E-XVIII^E SIÈCLES)

C'est au XVIII^e siècle que les « lois de police et de sûreté », telles qu'elles seront reconnues et formalisées par l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil de 1804, apparaissent, pour la première fois, dans la doctrine des conflits de lois. L'avènement législatif que constitue leur insertion dans un code de lois civiles donné à la nation française, mais promis, par la suite, à un grand rayonnement international, ne fait, au fond, que parachever une longue histoire – et un développement continu – que matérialisaient les formes plus anciennes des statuts prohibitifs et des statuts pénaux. Pour comprendre par quel mouvement, et par quels détours, ces statuts territoriaux ont pu se transformer en « lois de police » (ou « d'ordre public », pour reprendre une terminologie concurrente qui eut cours jusqu'au XX^e siècle), il convient de revenir à la source même d'une telle consécration : la souveraineté/territorialité qui, portée par les vigoureux énoncés de l'École hollandaise, s'est diffusée dans les écrits des juristes français du XVIII^e siècle et a marqué profondément leur manière d'envisager le conflit de coutumes.

Alors que les juristes du Grand Siècle⁶⁴⁹ n'ont guère contribué, par la modestie de leurs ambitions et de leurs efforts, à arbitrer entre les propositions théoriques de Dumoulin et de d'Argentré, leurs successeurs, au XVIII^e siècle, ont pris conscience de la nécessité d'étudier et de remédier aux questions de droit qui naissent des conflits de coutumes, dont la complexité n'était pas sans laisser dans l'embarras bien des praticiens. La force d'un droit commun coutumier en plein essor, propre au Royaume de France, appuyé sur la vigueur d'une doctrine encline à conférer les coutumes entre elles, a réveillé, à cette époque, l'intérêt porté à ces questions dites « mixtes ». Parmi les avocats et magistrats qui tentèrent alors d'apporter des réponses, Louis Froland (1656-1746), Jean Bouhier (1673-1746) et Louis Boullenois (1680-1762) se distinguent par l'attention soutenue qu'ils ont portée au problème du conflit de lois – dans sa dimension intercoutumière comme, de manière plus exceptionnelle, dans sa dimension internationale – et par l'abondante

⁶⁴⁹ Si la doctrine française du XVII^e siècle est demeurée dans l'ombre portée des grands noms du siècle précédent, elle a souffert d'avoir été négligée par les quelques historiens de la discipline, qui ne leur ont guère consacré d'études. Il ne faut pas en déduire, pour autant, que leurs travaux manquent d'intérêt, ni même qu'ils ont méconnu le conflit de coutumes. Leurs œuvres, peu ambitieuses d'un point de vue théorique, ont beaucoup à dire sur les conflits de lois. Pour un premier aperçu de cette doctrine, il faut s'en remettre à l'étude détaillée qu'en a faite Armand LAINE, dans son *Introduction, op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 338-395, dans laquelle il présente les idées essentielles de chacun de ces nombreux auteurs, au nombre desquels il faut citer des commentateurs de coutumes : René Choppin, Henri Basnage, Gaspard Thaumassière ; des arrêtiéristes : Georges Louet, Job Bouvot, Julien Brodeau, Claude Henrys, Barthélémy-Joseph Bretonnier ; des auteurs de traités spécialisés : Jean-Marie Ricard, Philippe de Renusson, Denis Lebrun ; des compilateurs de maximes générales du droit français : Antoine Loysel, Louis Charondas Le Caron, Pierre de l'Hommeau, Paul Chaligne, Eusèbe de Laurière ; et, enfin, un auteur de dictionnaire, qui y a ajouté une dissertation sur la question : Denis Simon. Voir aussi Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales, op. cit.*, pp. 44-61.

littérature qu'ils y ont consacrée. Ils forment, à eux trois, par leur prépondérance, par les influences qu'ils recueillent et par la jurisprudence qu'ils rapportent et commentent à profusion, le cœur de la doctrine française des statuts au XVIII^e siècle. Le but que chacun d'entre eux, tour à tour, se propose de satisfaire est de fournir, à destination des juges et avocats, une construction d'ensemble qui soit à même de fournir les clés de résolution des conflits de lois, en réunissant la théorie statutiste à la pratique judiciaire. Mais, en réalité, leurs œuvres reflètent davantage les difficultés rencontrées que les progrès faits par la théorie des statuts et, en dépit de leur désir d'aboutir à une synthèse cohérente, peinent à concilier entre elles les multiples autorités, tant doctrinales que jurisprudentielles, qui les ont précédées.

L'enseignement des juristes hollandais a provoqué un regain d'intérêt pour la matière des conflits de lois parmi les juristes français de la fin de l'Ancien Régime et a encouragé ceux-ci à se livrer à une réflexion approfondie sur les principes fondamentaux les mieux à même d'éclairer une discipline que la diversité des coutumes ne cessait de rendre complexe. Parce qu'ils sont les deux auteurs les plus sensibles à cette influence hollandaise et parce qu'ils se sont convertis à la classification *ab effectu* des statuts promue par Paul Voet, en particulier, Louis Boullenois et Jean Bouhier ont incliné à assimiler le statut réel au statut purement territorial et le statut personnel au statut extraterritorial et à ranger toutes les dispositions coutumières en fonction de ce double critère. Cette démarche les a conduits, naturellement, à s'interroger sur les dispositions appelées à rentrer dans la classe des statuts réels *ab effectu* et caractérisées, essentiellement, par leur territorialité absolue. C'est ainsi que des dispositions qui n'ont, *a priori*, rien à voir avec les immeubles intègrent une catégorie désormais entièrement refondue. Au sein de cette dernière, les « lois » ou « règlements de police » trouvent naturellement leur place aux côtés des « lois pénales » au nom de la souveraineté/territorialité, qui s'ajuste à merveille à l'environnement qui est celui dans lequel évoluent ces juristes. L'absolutisme monarchique, après avoir mené à bien son entreprise d'unification politique du Royaume autour de la Couronne, entend bien encourager le lent et difficile processus d'unification du droit français, qui pourrait contribuer à lever bien des incertitudes perpétuées par la diversité des coutumes.

Du point de vue théorique, les statutistes français du XVIII^e siècle, s'ils se font également, dans une certaine mesure, les héritiers de Dumoulin et de d'Argentré, s'avèrent particulièrement sensibles aux thèses développées par les auteurs de l'École Hollandaise à la fin du siècle précédent : malgré leur respect pour la tradition, Bouhier et Boullenois ne sont pas fermés aux idées nouvelles. Parmi toutes les influences savantes qui s'exercent sur eux, c'est leur sensibilité aiguë à la souveraineté/territorialité et à la *comitas gentium* qui structure le plus profondément les pétitions de principe qui fondent leur pensée. La classification *ab effectu*, dont ils ont hérité des Hollandais, incite alors Bouhier et Boullenois à passer en revue les différents types de statuts « réels », c'est-à-dire strictement territoriaux, et, par conséquent, à intégrer dans cette catégorie très générale les dispositions d'ordre public que sont les « règlements ou lois de police » et les « lois pénales ». À côté de la double dimension publiciste et pénaliste traditionnellement attachée à ces lois et règlements, le droit privé est, également, bien présent. Malgré des approches différentes, Bouhier et Boullenois contribuent, l'un comme l'autre, à ériger, en doctrine, ces lois de police comme une catégorie autonome de statuts à l'intérieur de leur classification *ab effectu*.

Si les « lois de police et de sûreté » d'application impérative, le plus souvent strictement territoriales, apparaissent, pour la première fois, formellement, par l'intermédiaire de la doctrine internationaliste du XVIII^e siècle, il n'en demeure pas moins que cette dernière n'a pas cherché à cerner les contours de la notion avec rigueur, ni davantage à en donner une définition précise. A

lire Bouhier et Boullenois, l'impression persiste qu'il s'agit plutôt là d'un agrégat disparate et composite de dispositions diverses qui n'entretiennent guère de rapport entre elles et qui présentent comme seul trait commun d'assujettir aux mêmes règles les régnicoles et les étrangers, les ressortissants du détroit coutumier comme ceux qui lui sont extérieurs. Le XVIII^e siècle constitue, à ce titre, un point de départ, qui livre à la postérité un cadre dont il fallait, désormais, s'efforcer de mieux dessiner les contours et de remplir avec un matériau plus en adéquation avec les conflits de droit privé.

Inscrivant leurs œuvres dans la continuité des rares travaux des juristes du siècle précédent qui évoquent le conflit de coutumes, les auteurs du XVIII^e siècle se sont appuyés, en majeure partie, sur la jurisprudence des Parlements, qui fait état d'un abondant contentieux impliquant les différents ordres juridiques coutumiers, dans un contexte – celui de l'Ancien Droit – dans lequel les diverses coutumes se sont affermies et dans lequel le commerce juridique entre elles s'est, de beaucoup, multiplié. En rapportant et en commentant à profusion les arrêts qui leur ont paru les plus emblématiques sur la matière, Froland, Bouhier et Boullenois ont mis au jour la méthode adoptée par les juridictions du Royaume : l'approche conflictuelle qu'adopte ces dernières, et qui se défie soigneusement de toute allégeance trop marquée envers la théorie des statuts, leur évite de s'enfermer dans un système trop contraignant. Mais le statutisme n'est pas absent, pour autant, de leur méthode de résolution des conflits de coutumes. La jurisprudence des XVII^e et, plus encore, XVIII^e siècle, telle qu'elle nous est rapportée par les statutistes et autres arrêttistes, offre ainsi l'occasion d'apprécier, pour la première fois *in concreto*, la pénétration, dans la pratique judiciaire, du « statut prohibitif » de Dumoulin et d'Argentré ; elle reflète, en certains de ses arrêts portant aussi bien sur des questions réelles que personnelles, la mécanique inhérente à un « statut » dont la raison d'être tient à l'action rectificatrice qu'il déploie à l'encontre du jeu normal de la règle de conflit. Conjuguant, en termes modernes, les vertus de l'ordre public et la radicalité de la loi de police, la mise en jeu du statut prohibitif révèle, de manière concrète, les limites inhérentes à un ordre juridique intercoutumier (et, par projection, international), qui ne sont jamais aussi fortes que lorsque les différences entre les coutumes se font sentir et que l'un des Parlements estime que l'ordre social garanti par l'une des coutumes de son ressort est menacé par une situation née sous l'empire d'une coutume étrangère. Les répertoires de jurisprudence de la fin de l'Ancien Régime s'efforcent, avec des succès variés, de remplir leur rôle de courroie de transmission entre la doctrine savante et la pratique. Si la notion cardinale de souveraineté semble avoir trouvé sa place dans les articles de ces répertoires, les synthèses sur le conflit de lois sont assez pauvres et les divers mécanismes jurisprudentiels ne se croisent qu'au détour d'une entrée particulière. Cette difficulté, pour les non-spécialistes, à saisir le conflit de coutumes est, sans doute, pour beaucoup dans la réserve des rédacteurs du Code civil au moment d'envisager la codification des règles relatives au conflit de lois.

Les lois de police se sont imposées comme une évidence pour la doctrine du XVIII^e siècle sous l'influence des idées hollandaises, car elles leur ont paru être la traduction concrète de ces dispositions d'ordre public, d'application territoriale et impérative, qui forment la « police » ou « l'ordre public », tels qu'ils commencent à se dessiner à la fin de l'Ancien Régime. Plus classique, la jurisprudence des Parlements, pour sa part, s'en remet au « statut prohibitif », qui agit comme un mécanisme correctif du jeu normal de la règle de conflit, toujours dans l'intérêt supérieur garanti et protégé par la coutume du for. Les lois de police trouvent donc leur origine dans les statuts prohibitifs et les lois de police et lois pénales, telles que les envisagent Bouhier et Boullenois (chapitre I) et la jurisprudence (chapitre II).

CHAPITRE I – LES LOIS DE POLICE ET DE SURETE ET LA SOUVERAINETE/TERRITORIALITE DANS LA DOCTRINE FRANÇAISE DU XVIII^E SIECLE.

Confrontée, à travers son étude de la jurisprudence, aux statuts prohibitifs et à toutes ces « lois » dont l'application immédiate traduit l'irruption des valeurs portées par l'ordre public dans l'économie du conflit de lois, la doctrine française du XVIII^e siècle a, à son tour, été amenée à s'interroger sur l'existence et la teneur matérielle des règles, coutumières ou nationales, dont la territorialité était dictée par leur impérativité. En effet, c'est à cette époque, précisément, et à travers l'œuvre de deux des auteurs les plus importants de leurs temps en la matière, Jean Bouhier et Louis Boullenois, que se révèle, enfin, au grand jour la notion même de « lois de police » et qu'elle se trouve couplée aux lois pénales, qui font leur réapparition dans la doctrine des conflits de lois. Le XVIII^e siècle est, ainsi, une étape décisive dans la formalisation et la conceptualisation des lois de police et de sûreté et, par l'esprit de souveraineté qui la sous-tend, cette émergence doctrinale prélude à la consécration législative que lui apportera, quelques décennies après, la rédaction de l'article 3 du Code civil.

Les mérites et les défauts des entreprises simultanées – mais non conjointes – du magistrat bourguignon et de l'avocat parisien ne sauraient s'apprécier à leur juste valeur s'il est fait abstraction du contexte dans lequel ils ont rédigé leurs œuvres et, surtout, des influences qu'ils ont tenté d'agrèger, de manière plus ou moins heureuse, dans une construction intellectuelle qui se voulait cohérente. Si l'on en juge par les embarras et les contradictions dans lesquels ils s'enferment tout au long de leur œuvre, leur ambition est certainement loin d'avoir été satisfaite. Mais cet échec a retenu, à l'excès, l'attention des commentateurs et, en concentrant l'essentiel de leurs critiques, a contribué à brouiller durablement l'image que les deux auteurs ont laissée à la postérité⁶⁵⁰.

Longtemps présentés comme les seuls successeurs de Bertrand d'Argentré et, dans une moindre mesure, de Charles Dumoulin, leurs travaux – auxquels il est de coutume de rajouter ceux de Louis Froland, lesquels, toutefois, se sont toujours conçus comme un catalogue de doctrines et de jurisprudences plutôt que comme une œuvre de doctrine – n'auraient été, en fin de compte, que les dernières manifestations, sous l'Ancien droit, d'une « Ecole française des statuts », dont la figure tutélaire aurait été l'illustre commentateur des coutumes de Bretagne, et dont les accents territorialistes auraient été accentués par la fréquentation accrue et revendiquée des œuvres des auteurs de l'Ecole hollandaise. Or, si l'influence exercée par le juriste breton et par ceux qui sont ses seuls véritables héritiers, les Hollandais, est absolument indéniable, comme le prouve, précisément, l'émergence des lois de police et de sûreté que cette double autorité a patronnée, elle n'est qu'une, parmi tant d'autres, des sources qui ont nourri la réflexion et le regard critique de Bouhier et de Boullenois.

S'il existe une « Ecole française des statuts », c'est bien celle qui s'inscrit dans la lignée de la tradition qui, courant de Pierre de Belleperche et de Guillaume de Cun, aboutit à Jean Bouhier, Louis Boullenois et aux répertoires de jurisprudence du XVIII^e et du début du XIX^e siècle. Cette tradition est celle qui a érigé la distinction entre statut réels et statuts personnels comme *summa divisio* de la discipline et qui s'est nourrie, constamment, des enseignements de la jurisprudence des

⁶⁵⁰ Pour une étude, conjointe ou séparée, des travaux de Bouhier et de Boullenois, ainsi que de Froland, voir Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales op. cit.*, pp. 75-111 ; Luc SIRI, *Les conflits de lois, op. cit.*, pp. 383-428 et Bertrand ANCEL, *Éléments, op. cit.*, pp. 374-377 et 382-385.

Parlements pour y conformer leurs opinions⁶⁵¹. Là où, dans la théorie des statuts qui se construit autour de la figure de Bartole, cette distinction n'a jamais tenu qu'un rang secondaire, la dichotomie entre réalité et personnalité a toujours occupé une place fondamentale dans la pratique et la doctrine françaises, qui réfléchissent en termes de conflits de coutumes⁶⁵². Or, cette distinction a toujours été dominante, mais elle n'a jamais été exclusive, y compris chez Bertrand d'Argentré⁶⁵³. Bien loin de se cantonner à cette division bipartite (ou, formellement, tripartite), les juristes français n'ont jamais entendu réduire l'ensemble de la question des conflits de coutumes à cette simple distinction et ont toujours volontiers évoqué, à côté d'elle, les conflits de lois portant sur la forme des actes ou sur les contrats, voire les conflits de lois pénales : toutes sortes de catégories qui n'entrent pas, *a priori*, dans la définition étroite qu'ils donnent des statuts personnels et réels⁶⁵⁴. Néanmoins, ils n'ont refusé de se laisser enfermer dans cette définition *stricto sensu* que pour lui préférer une définition *lato sensu*, héritée de l'École Hollandaise, qui consiste à assimiler l'objet des statuts avec leur effet, c'est-à-dire à confondre, dans une même notion, réalité et territorialité, d'une part, personnalité et extraterritorialité d'autre part. La partie la plus discutable de leur démarche est d'avoir subverti et enrichi la distinction bipartite, sans jamais chercher à s'en affranchir, ni même à la dépasser : ce faisant, ils ont favorisé toujours davantage une confusion qui a pu contribuer à brouiller l'intelligence de leur doctrine.

La fameuse maxime : « Toutes coutumes sont réelles », érigée en brocard par Antoine Loisel⁶⁵⁵ et longtemps perçue comme l'emblème d'un territorialisme d'inspiration argentréenne, n'a donc pas eu, pendant longtemps, d'autre signification que celle de souligner que l'objet principal des dispositions coutumières est l'immeuble : elle résume, en une formule frappante, l'idée qui sert de fondement au statut réel. Ainsi, les juristes du XVII^e siècle l'emploient fréquemment pour désigner le statut réel par opposition au statut personnel, mais ils n'en font jamais un principe de solution en matière de conflits de lois et pas davantage l'expression d'une quelconque adhésion de leur part au dogme de la territorialité des coutumes⁶⁵⁶. Les juristes des deux derniers siècles de

⁶⁵¹ Voir, *supra*, pp. 174-176.

⁶⁵² Voir, à ce sujet, Pierre-Clément TIMBAL, « La contribution des auteurs et de la pratique coutumière au droit international privé du Moyen-Âge », *Revue critique*, 1955, pp. 17-32, suivi par Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, pp. 7-61.

⁶⁵³ Il ne faut pas se laisser prendre, à cet égard, et comme beaucoup l'on fait à la suite d'Armand Lainé, aux apparences d'exclusivité et d'exhaustivité qu'a bien voulu donner Bertrand d'Argentré à cette *summa divisio* dans la glose 6 de l'article 218 de la coutume de Bretagne. En réalité, le juriconsulte breton, bien loin de se cantonner à cette division bipartite (ou, formellement, tripartite), évoque volontiers, au cours de ses *Commentaires*, les conflits de lois en matière pénale, en matière de formes des actes ou encore de contrats. Voir, à ce propos, Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, pp. 38-42.

⁶⁵⁴ Voir les définitions qu'en donnent les auteurs du XVII^e siècle français, tels qu'ils sont rapportés par Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, pp. 49-54.

⁶⁵⁵ Antoine LOISEL, *Institutes coutumières, avec les notes d'Enseigne de Laurière*, éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, livre II, titre IV, article IV, p. 328 : « Car les coutumes sont réelles », qu'il faut impérativement relier à l'article III dont il est la suite : « Il faut tester selon les formes du lieu où on teste. Mais les dispositions prennent leur force par les coutumes des lieux où les choses sont assises ». La réalité dont il est question renvoie donc directement à la *lex rei sitae*. De Laurière le confirme encore au XVIII^e siècle dans sa note relative à l'article III : « La raison en est rendue dans la règle suivante. C'est parce que les coutumes sont réelles, et ont autorité sur les biens qui sont situés dans leurs territoires » (*eod. loc.*, pp. 326-328).

⁶⁵⁶ Pierre-Clément TIMBAL, « La contribution des auteurs et de la pratique coutumière... », *op. cit.*, spéc. p. 31 : « A la fin du Moyen-Âge, la territorialité est ainsi limitée aux immeubles et, lorsque Loisel écrit que « toutes coutumes sont réelles », ils veut dire que les coutumes disposent principalement en considération des immeubles, dont le rôle économique et social est toujours très grand, et non pas que les coutumes sont territoriales ; les juristes du XVI^e siècle, et notamment d'Argentré, font une distinction de nature entre la personne et les meubles d'une part, les immeubles d'autre part, et sur cette distinction vient se greffer une idée d'ordre public pour tout ce qui touche aux immeubles ; d'où les différences dans le domaine d'application des coutumes qui les régissent ». Voir aussi ID., *La coutume*, cours

L'Ancien Régime ne sont donc pas les héritiers directs de Bertrand d'Argentré, pour cette simple raison que celui-ci, derrière son territorialisme intransigeant, ne fait que se rattacher à la même tradition qu'eux. Si la maxime change de sens au XVIII^e siècle, ce n'est que sous le poids de l'influence et du prestige qui s'attachent aux écrits des auteurs hollandais, qui en ont accentué irréversiblement la portée territorialiste.

Au XVIII^e siècle, Jean Bouhier et Louis Boullenois se retrouvent ainsi à la confluence de plusieurs courants de pensée qu'ils vont tenter d'amalgamer et de conjoindre pour former une doctrine qui soit à même d'éclairer l'intelligence du conflit de coutumes⁶⁵⁷ :

1^o Le premier qui s'impose, naturellement, à eux est la tradition française qui réfléchit sur le conflits de lois en partant, sans s'y restreindre, de la distinction qui existe entre les statuts réels et les statuts personnels. A la suite de leurs prédécesseurs, ils marquent leur fidélité à la vénérable division des statuts en faisant entrer, de force si nécessaire, la plupart des statuts – à défaut de pouvoir le faire pour tous – dans ces deux classes. La prédominance du statut réel se marque, entre autres, par la permanence et la persistance des statuts prohibitifs, qui demeurent, à leurs yeux, d'utiles correctifs devant les excès supposés de l'extraterritorialité des statuts, personnels ou non.

2^o Le second est, de loin, le plus influent et il se pare, à leurs yeux, des attraits qui s'attachent à la nouveauté : Bouhier et Boullenois s'emparent, en effet, des enseignements de l'Ecole hollandaise pour refonder le droit des conflits sur les nouvelles bases que leur désignent les travaux de Christian Rodenburg et Paul Voet⁶⁵⁸. Séduits par la classification *ab effectu*, la souveraineté/territorialité et la *comitas*, ils se font les acteurs de la pénétration des théories hollandaises en France et l'accliment à la sensibilité française, en envisageant désormais aussi bien les conflits de coutumes que les conflits de lois internationales. La démarche *ab effectu* – qui vient se superposer à la classification par l'objet, parfois au prix d'une certaine confusion – explique ainsi que les lois de police et les lois de sûreté soient rangées au rang de « statuts réels » par Bouhier, qui est celui des auteurs qui s'approprie ouvertement cette nouvelle manière de penser⁶⁵⁹.

d'Histoire du droit privé, D.E.S. Histoire du droit, Faculté de droit de Paris, 1958-1959, pp. 154-188, et, dans le même sens, Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, pp. 55-60.

⁶⁵⁷ Le réveil de la science du conflit de lois en France, dans les premières décennies du XVIII^e siècle, trouve son origine – de l'aveu même des principaux intéressés – dans l'intérêt suscité, auprès des avocats du Parlement de Paris, par les « questions mixtes », qui occupèrent une place non négligeable des conférences tenues « en la Bibliothèque de Messieurs les avocats du Parlement » de 1710 à 1719 : parmi ceux qui y assistèrent figurent Louis Froland et Louis Boullenois, qui concurent alors, chacun, l'ambition d'y consacrer l'œuvre qui éclairerait de ses lumières une matière alors jugée fort complexe. Par un effet d'entraînement, Jean Bouhier, président à mortier du Parlement de Dijon, se prit d'intérêt pour ses questions et entama alors les lectures et les recherches qui devaient nourrir une grande partie de son œuvre majeure. De ces différentes initiatives, qui communiquèrent entre elles à défaut d'être toujours concertées, naquit une véritable littérature spécialisée, pour la première fois en France. Sur ce réveil initié par le testament de Maître de Riparfont, fondateur de ces conférences, voir, entre autres, outre Armand LAINE, *Introduction*, *op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 413-425, Charles BOUCHER, « La Conférence des avocats et le droit international privé au XVIII^e siècle », *Clunet*, n^o62, 1935, pp. 44-58, et, surtout, Bertrand LEMARIGNIER, *La conférence des avocats et les conflits de statuts concernant les effets du mariage au début du XVIII^e siècle*, Paris, 1961, pp. 7-13.

⁶⁵⁸ S'il ne fait aucun doute que les enseignements de l'Ecole hollandaise sont connus au XVIII^e siècle, comme en témoignent les citations, les reprises et les discussions qu'en donnent les juristes français de l'époque, il faut concéder, toutefois, que la réception demeure imparfaite. En effet, Froland, Bouhier et Boullenois se réfèrent essentiellement à Christian Rodenburg et à Paul Voet, voire à Abraham a Wesel ou à un Ultrajectin moins connu comme Jean-André Vander Meulen, contemporain de Paul Voet. En revanche, Froland et Bouhier n'ont pas eu vent des dissertations, plus tardives, de Ulrich Huber et de Jean Voet ou n'ont pu se les procurer. Dans sa dernière œuvre, le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, paru en 1766, Boullenois évoque, à de rares occasions, la première des trois dissertations de Huber, la seule à laquelle il semble avoir eu accès. Seule l'œuvre de Jean Voet semble être restée ignorée de la doctrine française.

⁶⁵⁹ Paradoxalement, comme nous aurons l'occasion de le voir à propos de Bouhier, celui-ci n'est pas le premier à avoir pris l'initiative d'associer la catégorie des statuts réels aux impératifs de police : déjà, en son temps, un Philippe de

3° Le troisième, à laquelle le président Bouhier, romaniste distingué, s'avère particulièrement sensible, est la théorie des statuts héritée des civilistes et canonistes de l'époque médiévale. En renouant avec la tradition qui voit dans le droit romain le seul droit commun de la France, Bouhier réactive, de manière presque anachronique, la figure des statuts odieux ou exorbitants pour la plaquer sur les réalités coutumières du Royaume. A l'inverse, Boullenois, grand connaisseur de la coutume de Paris, n'envisage jamais le caractère odieux ou exorbitant d'un statut qu'à l'aune du droit commun coutumier.

Héritiers de la théorie des statuts médiévale et de la tradition française, qui ont contribué, l'une après l'autre, à forger la notion de statut prohibitif, ces juristes, forts de leur immense culture, sont également, et peut-être avant tout, tributaires des auteurs de l'École Hollandaise, dont la lecture leur a permis de prendre conscience de la nécessité de ranger toutes les lois d'application territoriale dans la catégorie des statuts réels, mais envisagés selon leur champ d'application dans l'espace. C'est, précisément, cette classification *ab effectu* des statuts, directement transposée de cet esprit de souveraineté, qui les porte désormais, à raisonner principalement à partir de la territorialité ou de l'extraterritorialité d'une disposition. Emportés dans leur élan, ils ont ainsi voulu, dans un double souci de rationalité et d'exhaustivité qui n'est pas étranger à leur siècle, ranger toutes les coutumes dans des catégories prédéfinies *ab effectu*.

Le statut prohibitif, tel qu'il était mis en œuvre par la jurisprudence, est, avant tout, un mécanisme régulateur qui, par sa logique statutiste, vient corriger les effets pervers prêtés à la démarche conflictuelle. Cependant, il ne suffit, à lui seul, à remplir, au yeux de Bouhier et de Boullenois, le périmètre des « lois » qui sont d'application territoriale. Guidés par l'esprit de souveraineté de la loi – davantage pour Boullenois que pour Bouhier – et sensibles à l'élément impératif contenu dans les statuts, ils en ont déduit qu'il fallait nécessairement faire, aux côtés du statut prohibitif, une place aux « lois de police », qui, en tant que sous-catégorie du statut réel ou en tant que catégorie pleinement autonome, sont destinées à prendre à leur charge le bon ordre et la bonne administration d'un territoire, et aux « lois de sûreté », qui, elles, sont garantes de la bonne justice criminelle. Toutefois, si leur ambition est commune, la méthode qu'ils suivent n'est pas exactement la même. Le président Bouhier fait preuve d'un éclectisme à toute épreuve, oscillant entre la nostalgie à l'égard du droit romain et de la prédominance du *jus commune*, la fidélité marquée envers l'héritage du statutisme français et l'irrésistible séduction qu'exercent sur lui les enseignements de Paul Voet. Si ce dernier lui inspire l'idée d'ériger les lois de police et les lois pénales en catégories à part entière du conflit de lois, Bouhier peine à se dégager de la richesse de ses influences et, sacrifiant à une approche essentiellement casuistique, son travail de conceptualisation demeure inachevé (Section 1^{ère}). Louis Boullenois, quant à lui, se fait le défenseur intransigeant de la souveraineté monarchique et insuffle l'esprit de Rodenburg dans une démarche qui, en elle-même, contribue à acclimater la démarche *ab effectu* à un environnement marqué par la tradition française (Section 2nde).

Renusson, dont les écrits ont pu faire forte impression auprès de Bouhier et de Boullenois, avait subi l'influence de Nicolas de Bourgogne et, raisonnant aussi bien d'un point de vue matériel qu'*ab effectu*, avait dégagé une catégorie de statuts réels, où se rangeaient, selon lui, les dispositions coutumières « dans lesquelles les Législateurs ont voulu simplement borner et limiter le pouvoir de disposer en faveur des parents et héritiers du sang, ou pour quelque autre considération qui regarde la police de chaque coutume » (Philippe DE RENUSSON, *Traité de la communauté*, 1^{ère} partie, chapitre XV, n°30, *Œuvres de Philippe de Renusson*, Paris, 1760, p. 106).

Section 1^{ère}. Jean Bouhier : classification *ab effectu* des statuts et émergence de la catégorie des lois de police et de sûreté.

Renommé pour la richesse de sa culture et pour la dimension encyclopédique de son érudition, que nourrit une abondante et fameuse bibliothèque qu'il n'a eu de cesse d'enrichir tout au long de sa vie, Jean Bouhier, président à mortier au Parlement de Dijon, est une figure remarquable du XVIII^e siècle français, non seulement parce qu'il est l'un des derniers représentants de l'humanisme, mais aussi parce qu'il entretient un esprit de curiosité pour les choses et les hommes de son temps, comme en témoigne le réseau de connaissances qu'a pu tisser sa correspondance. Non content d'avoir su susciter l'admiration de ses contemporains, il a pu, par son aura personnelle, justifier les jugements laudateurs qu'ont portés à son égard les auteurs qui lui ont succédé et qui ont pu, presque injustement, porter ombrage aux mérites des œuvres de Froland et de Boullenois⁶⁶⁰.

Célébrée pour son originalité et la clarté de son exposition, mais tout aussi fameuse pour ses archaïsmes et son hétérodoxie, la doctrine du président Bouhier est entièrement contenue dans les chapitres XXI à XXXVI de ses *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, parues en 1742 à Dijon. Les deux premiers chapitres, préliminaires, se demandent « par quelles coutumes ou statuts sont liés les personnes ou les biens et si l'on peut y déroger » (chapitre XXI) et quel est « l'empire des statuts à l'égard de ceux qui ont transféré leur domicile en d'autres provinces » (chapitre XXII). Le chapitre XXIII contient une théorie générale des conflits de lois : « des statuts réels et personnels et des principes généraux qui servent à les distinguer », qui prélude à une partie spéciale. Celle-ci consacre cinq chapitres aux différentes catégories de statuts personnels (chapitres XXIV à XXVIII) puis sept chapitres, plus brefs, aux différents types de statuts réels. Le chapitre XXXVI conclut cette longue dissertation en envisageant, enfin, « si, dans le doute, un statut doit être tenu pour réel ou personnel ».

Oscillant entre la déférence due à la plus vénérable tradition et les aspirations à la modernité, l'œuvre de Bouhier se caractérise par un éclectisme méthodologique qui n'aide pas à la cohérence de l'ensemble et qui en obscurcit, sur certains points, l'interprétation. Elle se caractérise, dans la construction logique qu'elle entend établir, par les influences diverses et contradictoires qui s'exercent sur son auteur : de fait, tout au long de la dissertation, les archaïsmes le disputent aux hardiesses théoriques. En effet, l'auteur nourrit une haute ambition qui est de dominer la science du conflit de coutumes par une approche qui se veut, sans toujours y parvenir, rigoureuse et ordonnée. De son propre aveu, il entend rompre avec les errements du passé comme avec l'approche de ses contemporains Froland et Boullenois, auxquels il rend continuellement hommage, mais qu'il n'épargne pas de ses critiques. En refondant cette science sur les « principes fixes » qui lui sont inspirés par la raison et l'équité, il croit possible de se détacher des préjugés,

⁶⁶⁰ La doctrine de Jean Bouhier est l'une de celles qui a été le mieux étudiée dans la longue histoire du droit international privé et, certainement, l'une des plus connues. Parmi les travaux les plus remarquables, voir, entre autres, Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, pp. 53-68, qui a livré une étude très approfondie de sa classification bipartite, qui reste de consultation très profitable ; Luc HARTEMANN, *L'originalité de la doctrine du président Bouhier en droit international privé*, Mémoire D.E.S. Histoire du Droit, Lyon, 1965 (dactylographié) ; Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales, op. cit.*, pp. 75-109, qui, dans son étude de la doctrine française du XVIII^e siècle, réserve de longs développements au président Bouhier ; et, enfin, le long article de Hugues RICHARD, « La place du Président Bouhier dans l'histoire du droit international privé », *MSHDB*, n°32, 1973-1974, pp. 87-172, qui demeure un travail de référence sur le sujet. Sur la figure du président Bouhier, voir Michel PETITJEAN, « BOUHIER, Jean, dit le président Bouhier », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 152-153 et la bibliographie.

anciens ou récents, qui grèvent les travaux de l'École française et de résoudre l'ensemble des cas à l'aide de principes qui ont été profondément repensés⁶⁶¹.

Le système du président Bouhier repose entièrement sur la dichotomie entre statuts réels et statuts personnels pour mieux la réinterpréter à l'aune des enseignements de l'École Hollandaise. En effet, le magistrat bourguignon s'approprie complètement la classification *ab effectu* des statuts mise en avant par Paul Voet et redéfinit ceux-ci sur des bases exclusivement territoriales. De la sorte, l'effet dans l'espace devient le seul et unique critère départageant la « réalité » (c'est-à-dire la territorialité) et la « personnalité » (c'est-à-dire l'extraterritorialité) des statuts ou coutumes. C'est ainsi qu'il doit intégrer dans sa réflexion des statuts purement territoriaux, qui sont marqués du sceau de l'impérativité, comme le sont les règlements de police (chapitre XXXIII) et les lois pénales (chapitre XXXIV). Bouhier reprend, pour une très large part, les thèses de la souveraineté/territorialité voetienne sur le *strictum jus* et sur la *comitas* afin de justifier la territorialité ou l'extraterritorialité d'une disposition coutumière. Son adhésion est, pourtant, loin d'être totale. L'esprit dans lequel il conçoit son système est bien différent de celui de Paul Voet et il est conduit, pour sa part, à vouloir s'affranchir du carcan qu'impose la réalité/territorialité et à favoriser la personnalité/extraterritorialité. Ainsi que le démontre son chapitre XXVI, dans lequel il pose une véritable présomption de personnalité, il cherche juste, à travers son œuvre, à renverser le premier de ses principes pour lui substituer le second, qui lui semble plus conforme au droit commun, au bien commun et à la justice naturelle.

Ces dernières notions traduisent, à l'évidence, l'influence concurrente qu'exerce le droit romain à l'égard du président Bouhier. Tout au long de son œuvre, celui-ci professe sa foi dans le droit romain qu'il voit comme le véritable droit commun du Royaume. Cette position, qui résonne de manière quelque peu anachronique dans une France du XVIII^e siècle où la vigueur du droit commun coutumier ne peut plus être démentie dans les pays de coutumes, lui confère une place singulière et, à certains égards, marginale parmi la doctrine statutiste de son époque. Un attachement aussi indéfectible l'éloigne autant des positions classiques et modérées de ses contemporains Froland et Boullenois que des déclarations d'indépendance fièrement proclamées par les Hollandais. Mais le rôle rempli par le droit romain dans le système de Bouhier ne saurait être réduit à une simple afféterie nostalgique. La position de principe selon laquelle le droit romain sert de droit commun alimente, chez le magistrat bourguignon, la conviction qu'il existe un certain

⁶⁶¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXIII, n^o XIX à XXI, in *Œuvres de jurisprudence*, tome 1^{er}, Dijon, 1787, pp. 656-657 : « XIX. Est-il donc impossible de réduire cette matière à des principes simples et généraux, qui soient à portée de tout le monde, et dont l'application puisse aisément se faire à toutes les différentes questions qui se présenteront sur la réalité ou la personnalité des statuts ? Voici le fruit de quelques réflexions que j'ai faites sur ce sujet. XX. (...) Puisque, malgré les règles que tant de savants hommes ont voulu nous donner sur cette matière, ils y trouvent encore eux-mêmes des doutes qui les tiennent dans l'incertitude, et même des difficultés insurmontables, il faut qu'il y ait, du moins, quelques-unes de ces règles qui ne soient pas aussi sûres qu'ils se le sont persuadés. Il paraît donc nécessaire d'examiner de nouveau la matière sans prévention, afin de rejeter les principes dont on ne sera pas convaincu, et de tâcher d'en trouver d'autres sur lesquels on puisse compter plus sûrement ». La jurisprudence des tribunaux est la première visée par les critiques du président Bouhier : « XXI. Comme les arrêts qui sont intervenus dans les tribunaux sur ces sortes de questions, ont été rendus, pour la plupart, avant que cette matière eût été pleinement discutée par les auteurs, on doit bien se donner de garde de prendre indifféremment ces décisions pour règle. Je crois, au contraire, avec M^e Froland (*Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, deuxième partie, chapitre XXVI, n^o III, p. 1263), qu'il faut oublier, pour un moment, le respect et la déférence qu'on doit avoir pour les choses jugées. N'est-il pas, en effet, plus convenable de ramener la jurisprudence des arrêts aux principes, que de réduire les principes à la jurisprudence des arrêts ? ». Sur cette « méthode géométrique » dont se réclame le président Bouhier, voir Bernard D'ORGEVAL, « La méthode géométrique selon le président Bouhier », *MSHDB*, n^o 30, 1970-1971, pp. 93-151, spéc. p. 94.

L'édition de 1787 et sa pagination serviront aux références à l'œuvre de Bouhier dans les pages qui suivent.

nombre de valeurs, et d'institutions, communément partagées par les diverses provinces ou susceptibles de leur être étendues, en dépit des singularités de chacune. C'est donc à ce droit commun que Bouhier s'adresse pour envisager la personnalité/extraterritorialité ou la réalité/territorialité d'une coutume. Mais, plus encore, ce même droit commun sert de matrice référentielle pour déterminer l'équité et l'utilité publique qui sont, de l'aveu même de Bouhier, les sources de la *comitas* telle qu'il la conçoit. Le droit romain, en sa qualité de droit commun, sert ainsi de critère décisif pour étendre ou restreindre le champ d'application territorial d'une coutume.

La distinction des statuts réels et personnels *ab effectu*, qui se justifie par la volonté affichée de Bouhier de s'affranchir de la territorialité pour développer le nombre de statuts extraterritoriaux, ne peut faire l'économie d'une réflexion sur la souveraineté, territoriale ou personnelle, qui s'attache à la coutume. De cette classification *ab effectu*, héritage des Hollandais (§ 1.), le magistrat bourguignon, conformément à la logique du système qu'il a adopté, constate que certaines coutumes sont réelles, parce qu'elles sont invinciblement territoriales et parce qu'elles sont trop particulières à l'ordre juridique local pour mériter quelque extension en dehors des limites de celui-ci. Le statut prohibitif trouve naturellement sa place dans un tel système. Mais, lorsqu'il s'agit de répertorier les catégories spéciales de statuts réels qu'il a identifiées, il est conduit à réserver deux types de statuts qui correspondent directement à des dispositions d'ordre public, tout à la fois territoriales et impératives : le chapitre XXXIII traite, pour la première fois, de manière explicite dans l'histoire de la théorie des statuts, « de la réalité des statuts qui regardent la police » (§ 2.), tandis que du chapitre XXXIV aborde la question « de la réalité des lois pénales », qui s'inscrit dans la considération plus générale qu'il porte aux statuts exorbitants du droit commun (§ 3.), qu'il étudie dans son chapitre XXXV. La conscience de leur existence et de leur singularité fait que ces statuts s'imposent à lui comme une évidence dont il est bien en peine de livrer la théorie : force est de constater à l'examen que Jean Bouhier a davantage eu le pressentiment de cette catégorie spécifique qui se formalisera dans l'article 3, alinéa 1^{er} qu'il n'en est, à rigoureusement parler, l'initiateur.

§ 1. La classification *ab effectu* des statuts, héritage des Hollandais.

Dans le chapitre XXIII de ses *Observations sur la coutume de Bourgogne*, qui sert de théorie générale sur les conflits de statuts et dans lequel il livre sa définition des statuts réels et personnels, Jean Bouhier soumet à un examen critique toutes les distinctions que tous ses prédécesseurs et contemporains, depuis Bartole jusqu'à Boullenois, ont pu livrer à la postérité et en dénonce les insuffisances ou les incohérences. Leurs errements, soutient-il, tiennent à ce que chacun d'entre eux a cherché à livrer une définition des statuts réels et personnels en se déterminant à partir de leur seul objet – personne ou chose –, alors que tous auraient dû, dans le même temps, garder en tête la « différence essentielle » qui départage ces statuts : leur effet, territorial ou extraterritorial. S'autorisant du précédent de Paul Voet dans son *De statutis*, Bouhier construit toute sa théorie des statuts autour de la classification *ab effectu* qu'il emprunte au jurisconsulte ultrajectin et, dans les chapitres suivants, il envisage les diverses déclinaisons des statuts réels et personnels à partir de leur projection dans l'espace. La contrepartie est que le contenu même de ces statuts – ce qui en forme, à proprement parler, l'objet – devient secondaire dans la pensée de Bouhier et que ces grandes catégories regroupent, au final, des matériaux hétéroclites qui contribuent, fortement, à entretenir l'ambiguïté des notions de réalité et de personnalité.

Pour comprendre comment Jean Bouhier est arrivé à qualifier « statuts réels » certains

statuts – ceux relatifs à la police et à la sûreté ou encore ceux qu’il répute exorbitants du droit commun –, alors même que le lien avec les immeubles y est, la plupart du temps, inexistant, il faut remonter à la source même de sa théorie générale : la distinction entre statuts réels territoriaux et statuts personnels extraterritoriaux (A.). En effet, c’est dans le cadre de cette théorie générale des statuts et de cette distinction cardinale que se comprend le rôle qu’il entend faire jouer aux statuts réels prohibitifs (B.). En effet, le magistrat bourguignon les évoque dans ce même chapitre XXIII, où ils remplissent une fonction beaucoup plus classique de refoulement du statut personnel au bénéfice de l’application exclusive du statut réel immobilier local. Tels qu’il les envisage, les statuts réels prohibitifs, comme les statuts réels atypiques, constituent les véritables mécanismes de territorialité exclusive, dans un système qui vise, pourtant, à promouvoir la personnalité/extraterritorialité des statuts.

A. La distinction entre statuts réels territoriaux et statuts personnels extraterritoriaux.

Jean Bouhier, dans le chapitre XXIII de ses *Observations sur la coutume de Bourgogne*, part d’un constat : si les propositions doctrinales qui l’ont précédé, depuis Bartole jusqu’à Louis Boullenois dans ses *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, parues en 1732, se révèlent, à ses yeux, insatisfaisantes, c’est parce qu’elles ont, toutes, cherché à articuler la distinction des statuts réels et personnels autour du seul critère de l’objet. Le magistrat bourguignon, pour sa part, accepte sans réserve le principe d’une division bipartite entre statuts réels et personnels et rejette catégoriquement les statuts mixtes, qu’il considère inutiles. Il estime, toutefois, que le véritable fondement de la distinction n’a pas été pleinement perçu. S’il y a lieu de faire le départ entre les statuts, c’est entre ceux qui se renferment dans leur territoire et qu’il convient de qualifier de « réels » et ceux dont les effets s’étendent hors du territoire et qu’il est d’usage d’appeler « personnels » :

[XXIII] XXIX. ... Les jurisconsultes s'attachent moins à l'essence des choses qu'à leur effet. *Nec enim verba, sed effectum in statutis considerare oportet* (« En effet, ce ne sont pas les termes, mais l’effet qu’il convient de prendre en compte lorsqu’il s’agit des statuts »), dit avec raison Nicolas Burgundius⁶⁶².

XXX. Or, l'effet, qui constitue la différence essentielle entre les statuts réels et les personnels, consiste en ce que les premiers se renferment dans leur territoire ; au lieu que les personnels ont leur exécution au-delà même de leurs limites. *Haec planè discrimen ostendunt, quod personalia nullo territorio finiantur ; realia territorii omnibus* (« Et ces statuts personnels se distinguent simplement en ce qu’ils ne se contiennent en aucun territoire, tandis que les statuts réels se contiennent en tous »), dit Argentré⁶⁶³, lequel, en cela, est d'accord avec tous les autres qui ont traité cette matière [*Bourgogne, Rodenburg, Boullenois, Froland*] ; car, quand ils se donnent tant de peine pour savoir si un statut est personnel ou réel, ce n'est que pour reconnaître s'il doit être restreint, ou non, dans ses limites.⁶⁶⁴

Suivant l’approche qui est celle du président Bouhier, l’effet du statut, et non plus l’objet,

⁶⁶² Nicolas DE BOURGOGNE, *ad consuetudines Flandriae Tractatus controversiarum*, Anvers, 1666, premier traité, n° 1, p. 5.

⁶⁶³ Bertrand D’ARGENTRE, *Commentarii in patriae Britonum leges seu consuetudines*, article 218, glose VI, Paris, 1660, n° 16, pp. 605-606.

⁶⁶⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXIII, n° 29 et 30, p. 657 La graphie et la syntaxe des citations de Bouhier ont été modernisées pour faciliter le confort de lecture. Toutes les références (modernisées et, parfois, complétées) qui figurent au sein des citations issues des *Observations* sont de l’auteur lui-même, sans exception.

devient donc le critère fondamental de répartition dans la distinction bipartite. Cette approche, qui se réclame de juristes aussi sourcilleux des considérations de souveraineté que Nicolas de Bourgogne ou Bertrand d'Argentré, place ainsi le territoire au cœur même des réflexions sur les conflits de statuts : ces conflits ne sont donc plus essentiellement centrés sur l'objet des statuts, mais sur leur champ d'application dans l'espace. Défendant la classification bipartite, contre toute tentative de l'assortir d'une troisième branche, comme ont tenté, précisément, de le faire d'Argentré et Bourgogne, Bouhier livre ainsi son sentiment définitif, qui se trouve être, en même temps, la définition qu'il donne des statuts réels et personnels :

[XXIII] XXXVI. Cela étant, il semble qu'il n'y ait plus qu'à s'en tenir à l'ancienne division des statuts, en réels ou personnels, c'est-à-dire, comme je l'ai observé, en statuts dont l'empire ne passe point les bornes de leurs territoires ; et en statuts dont l'exécution s'étend (*sic*) sur les biens qui sont situés ailleurs⁶⁶⁵.

Cette répartition s'inspire directement de la classification *ab effectu* que livre le « savant professeur hollandais », Paul Voet, dans son *De Statutis*, pour compléter la définition matérielle qu'il donne dans ce même ouvrage et qui finit par s'y substituer presque entièrement. Constatant l'insuffisance de toutes les définitions qui ont été avancées jusqu'alors, Bouhier reconnaît, *in fine*, la dette qu'il a contractée à l'égard du jurisconsulte ultrajectin, dans un passage célèbre de son chapitre XXIII :

[XXIII] LIX. En attendant [*que le Souverain législateur ne se décide à imposer une réglementation uniforme des conflits de coutumes*], il faut, à mon avis, s'en tenir à une autre définition proposée par le même professeur hollandais, que j'ai cité ci-dessus⁶⁶⁶, et qu'il appelle *ab effectu*, parce qu'elle regarde uniquement l'effet qui résulte des statuts. Le réel, dit-il, est celui dont le pouvoir ne s'étend pas au-delà de son territoire et le personnel est celui qui étend son empire sur les biens de ceux qui lui sont soumis, en quelques lieux qu'ils soient situés.

LX. Dans le fond, en effet, quand on parle de statuts réels ou personnels, nous n'entendons communément autre chose que ce que dit le savant professeur. Nous attachons à la réalité des coutumes l'idée de leur restriction et à la personnalité de ces mêmes lois l'idée de leur extension ; c'est, sans doute, ce qui a fait dire sur cette matière à Dumoulin, *quod conceptio verborum non debet attendi, sed effectus* (« qu'il ne faut pas s'en tenir aux termes dans lesquels s'exprime le statut, mais à son effet »)⁶⁶⁷, et à M^e Froland⁶⁶⁸, *qu'il suffit que l'effet d'un droit dont la qualité est contentieuse soit réel en quelque chose, pour déterminer qu'il est réel.*⁶⁶⁹

Simple en théorie, une telle distinction s'avère beaucoup plus délicate à mettre en pratique.

⁶⁶⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n° 36. « L'ancienne division des statuts » se comprend par opposition à la nouvelle division qu'aurait introduite d'Argentré par sa classification tripartite.

⁶⁶⁶ Paul VOET, *De Statutis, op. cit.*, section IV, chapitre II, n°4 et 5. Voet n'est pas « hollandais », mais originaire d'Utrecht. Il n'est pas exclu que l'affirmation erronée de Bouhier ait pu contribuer à répandre, dans les siècles qui lui ont succédé, l'expression d'école « hollandaise » pour désigner les jurisconsultes ultrajectins et frisons qui ont traité du conflit de lois au XVII^e siècle et au début du XVIII^e siècle. Le juriste bourguignon ne fait que se conformer à cet usage courant dans la langue française qui consiste à désigner l'ensemble des Provinces-Unies par le nom de Hollande, par effet de synecdoque.

⁶⁶⁷ Charles DUMOULIN, *Notae in Commentaria Bartholemaei de Chasseneuz super consuetudinibus Burgundiae*, dernière glose sur la septième rubrique, douzième paragraphe, dernier numéro, in *Caroli Molinaei Omnia quae extant opera ex variis librorum*, tome 2^{ème}, Paris, 1681, p. 1104, colonne 2.

⁶⁶⁸ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la qualité et la nature des statuts*, Paris, 1729, tome 1^{er}, seconde partie, chapitre VI, n° IX, p. 452.

⁶⁶⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n° 59 et 60, p. 662.

En effet, elle conduit à enrôler sous une même bannière des statuts dont les objets sont de natures bien différentes, mais qui ont, tous, pour point commun d'être territoriaux ou extraterritoriaux : c'est au prix de cet artifice, et au risque de forger des catégories trop hétéroclites, que Bouhier parvient à ranger les dispositions statutaires parmi les statuts réels ou les statuts personnels. Mais c'est aussi cette distinction qui permet à Bouhier d'intégrer au sein des « statuts réels » les statuts de police et les lois pénales, qui n'y eussent pas trouvé leur place s'il avait fallu se borner à une classification matérielle.

Cette distinction devrait emporter logiquement comme conséquence que les statuts personnels sont relatifs, c'est-à-dire qu'ils ne regardent que les seuls domiciliés du lieu, et que les statuts réels sont absolus, en ce qu'ils étendent leur empire sur tous ceux qui se trouvent présents sur le territoire, domiciliés comme étrangers. En pratique, telle affirmation se vérifie dans la plupart des cas de figure, mais c'est bien ce que Bouhier se garde d'affirmer⁶⁷⁰, afin de laisser ouverte la possibilité pour un statut réel d'être, par exception, simplement relatif – ainsi de certaines lois pénales dont l'étranger serait exempté, quoiqu'elles fussent réelles – ou, cas de figure plus extraordinaire encore, pour un statut personnel d'être absolu. Le système de Bouhier est ainsi cousu main pour lui permettre de garder la plus grande latitude dans la détermination des statuts qu'il convient de qualifier de « réels » et de « personnels ».

Le système de Bouhier ne se contente pas de répartir les statuts selon leur extension extraterritoriale ou leur restriction territoriale. Il tente également de justifier les choix qu'il effectue dans ce cadre et, pour cela, il s'efforce de conduire une réflexion profonde sur les fondements qu'il assigne, de part et d'autre, aux statuts réels territoriaux et aux statuts personnels extraterritoriaux. De prime abord, cette réflexion a de quoi déconcerter : Bouhier, dès le chapitre XXIII, reprend à son compte les thèses souverainistes et territorialistes des juristes hollandais pour, tout au long de sa dissertation, développer une faveur marquée pour le statut personnel extraterritorial et dévoiler une authentique tendance personaliste qui le conduit, *in fine*, dans son chapitre XXXVI, à faire prévaloir le statut personnel sur le statut réel. Or, en consacrant une véritable présomption de personnalité en cas de doute sur la nature d'un statut, il nous contraint à nous interroger sur l'aménagement de son système et sur la manière dont il envisage les rapports entre statuts réels et statuts personnels⁶⁷¹ : sur quelles bases agence-t-il la réalité et la personnalité des statuts ? La réponse à cette question ne permet pas seulement de comprendre l'économie générale de la doctrine du président Bouhier, et les solutions particulières qu'il préconise ; elle permet aussi de mieux saisir le cheminement intellectuel qui le conduit à postuler la réalité des statuts de police et pénaux, ainsi que la tension permanente entre réalité et personnalité que mettent en jeu les statuts exorbitants du droit commun.

La pensée de Bouhier souffre d'inévitables contradictions, et la formulation de certaines règles prête indiscutablement à ambiguïté, mais, pour qui s'efforce de passer au crible ses pétitions de principe, il est loisible de discerner un fil directeur qui permette d'expliquer le glissement qui s'opère, sous sa plume, entre une souveraineté/territorialité d'inspiration hollandaise à une présomption de personnalité du statut. En effet, Bouhier accepte de partir de la réalité/territorialité des coutumes, qui est, selon lui, le système de résolution des conflits de coutumes en vigueur, et qu'il réinterprète conformément aux thèses de l'École Hollandaise (1.). Mais c'est pour mieux

⁶⁷⁰ Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, pp. 53-56, spéc. p. 54.

⁶⁷¹ Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, pp. 69-76, y avait discerné un témoignage des incohérences de Bouhier. Or, la question nous semble appeler une réponse plus nuancée.

appeler, au cours des différents chapitres de sa dissertation, à la diffusion de la personnalité/extraterritorialité et, par voie de conséquence, à l'accroissement notable de la catégorie des statuts personnels (2.). Dans ce système, le droit romain, en tant que droit commun, est nécessairement appelé à jouer un rôle moteur dans la diffusion de l'extraterritorialité, puisqu'il est, par contraste, le facteur qui permet de cantonner dans la territorialité la plus stricte les statuts qui en sont réputés « exorbitants » (3.).

1) La réalité/territorialité des coutumes : le système de résolution des conflits de coutumes en vigueur.

En accord avec les thèses promues par Bertrand d'Argentré et développées par les juristes de l'Ecole Hollandaise et, en particulier, par Paul Voet, dont il se réclame ouvertement, le président Bouhier part du postulat selon lequel l'autorité d'une norme se confine strictement aux bornes assignées à l'autorité qui l'édicte et que cette norme territoriale est la seule qui puisse s'imposer « de droit »⁶⁷². La souveraineté territoriale des coutumes est donc un postulat qu'il accepte de prendre comme point de départ de sa théorie, mais qu'il s'évertuera, dans la suite de sa réflexion, à mitiger en facilitant l'extraterritorialité des statuts personnels. Son œuvre révèle à quel point il est perméable à l'influence de la souveraineté/territorialité consacrée par l'Ecole Hollandaise, mais cela ne signifie pas qu'il y adhère aveuglément comme à un article de dogme. L'influence hollandaise n'est pas la seule qui s'exerce sur lui : elle ne fait que renforcer, voire pousser dans ses derniers retranchements logiques, la conception de la réalité/territorialité que se faisait, au XVI^e siècle, un Bertrand d'Argentré ou, encore à la toute fin du XVII^e siècle, un Philippe de Renusson et qui garde encore un empire certain sur le président Bouhier.

Ainsi, parce que la coutume n'est jamais que l'expression de la manifestation de volonté souveraine du peuple législateur, les dispositions qui lui donnent corps n'ont vocation à s'appliquer que dans les strictes limites de son territoire. Cette acception territorialiste de la coutume est toujours liée, dans l'esprit de Bouhier, à ses origines conventionnelles. En effet, produit d'un pacte que les trois Etats d'une province ont entendu conclure, elle s'impose aux seules parties, sans s'étendre à des tiers, ni dépasser les limites du territoire sur lequel résident les parties. C'est cette « considération importante » qui constitue le véritable point de départ de la construction doctrinale de Bouhier :

[XXIII] XXXVII. C'est que, régulièrement, aucun statut n'a droit d'étendre sa disposition sur les biens qui sont situés ailleurs. La raison est que le pouvoir d'une loi se mesure sur le pouvoir du législateur : or, ce pouvoir est renfermé dans les limites du territoire où le législateur a droit de commander ; cela est d'autant plus certain pour nos coutumes qu'on sait qu'elles sont fondées, pour la plupart, sur des conventions passées entre les trois Etats des provinces. Ainsi, elles ne doivent pas avoir plus d'effet que les autres conventions, lesquelles lient uniquement ceux qui ont bien voulu s'y soumettre. Tout le monde est d'accord de ce principe...⁶⁷³.

« Le pouvoir d'une loi se mesure sur le pouvoir du législateur » : cette formule, qui n'est pas sans rappeler la célèbre maxime de Bertrand d'Argentré⁶⁷⁴ – *finitae enim potestatis finita est virtus* – et

⁶⁷² Sur les thèses de d'Argentré, voir, *supra*, pp. 147-167. Sur les thèses de l'Ecole Hollandaise, voir, *supra*, pp. 168-328.

⁶⁷³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, pp. 658-659, n°36-37. Bouhier se réfère ensuite aux trois auteurs (d'Argentré, Rodenburg et Renusson), dont les passages concernés sont évoqués aux trois notes suivantes.

⁶⁷⁴ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 218, glose VI, Paris, 1605, n° 9, *in principio*.

qui se place également sous l'empire de l'École Hollandaise, par l'intermédiaire de Christian Rodenburg⁶⁷⁵, condense une idée qu'exprimait également, quelques décennies auparavant, Philippe de Renusson dans le *Traité de la Communauté* de 1692⁶⁷⁶, et sur laquelle il a déjà eu, plusieurs fois, l'occasion de revenir⁶⁷⁷. Dans un passage de son *Traité*, Renusson s'efforce de justifier l'empire exclusif et absolu de la *lex rei sitae* sur les immeubles qui s'y trouvent situés et il argumente en s'appuyant sur l'idée que « les coutumes sont réelles », à savoir qu'elles déterminent le régime juridique relatif aux immeubles qui forment leur territoire⁶⁷⁸. Or, la coutume est une « convention particulière », par opposition au droit naturel et aux droits des gens, en ce qu'elle est propre à un territoire et à un peuple donnés :

8. ... Les coutumes sont réelles ; chaque coutume a son territoire limité, et n'a pouvoir et autorité que sur les biens situés dans l'étendue de son territoire ; elle n'a aucun pouvoir sur les biens situés ailleurs et hors ses limites ; la différence des coutumes vient de la différence des peuples, et la différence des peuples vient de la société qui est naturelle aux hommes. Les peuples d'une contrée se font unis et associés ensemble, et se sont fait des limites pour se distinguer de leurs voisins qui n'étaient pas entrés en leur société ; ils se sont fait des lois et coutumes pour entretenir leur société : ainsi, la loi municipale et coutume d'une province est considérée comme un contrat et une convention faite entre les peuples de cette même province ; ils y ont assujetti leurs biens qui y sont situés. Si, dans la suite des temps, les peuples de différentes provinces ont été réunis sous une même domination par la force des armes ou autrement, leurs anciennes lois et coutumes dans lesquelles ils ont été maintenus, et qu'ils ont voulu entretenir, doivent être observées, c'est-à-dire chacune coutume doit être observée dans l'étendue de son territoire.

9. ... Le droit civil, le droit municipal de chaque peuple, de chaque Etat, de chaque contrée ou province a son territoire limité, et n'a point de pouvoir sur les biens situés hors ses limites ; c'est une convention particulière. Le pouvoir d'une coutume se règle par le pouvoir des législateurs qui l'ont établie et autorisée ; le pouvoir de la coutume ne doit pas être étendu au-delà du pouvoir des législateurs. Par exemple, les États d'une province qui ont établi leur loi municipale avaient leur pouvoir limité ; ils n'avaient point de pouvoir hors l'étendue de leur territoire⁶⁷⁹.

Ce passage de Renusson⁶⁸⁰ éclaire grandement l'inflexion prise par Bouhier pour justifier la réalité/territorialité des coutumes et le glissement de sens qui s'est opéré à propos de la maxime

⁶⁷⁵ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur ex statutorum, vel consuetudinum, discrepantium conflictu*, titre premier, chapitre troisième, n°1, Utrecht, 1653, p. 22. Voir aussi la traduction française de Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, p. 146.

⁶⁷⁶ Philippe de RENUSSON, *Traité de la Communauté*, première partie, chapitre quinzième, n°8 à 10, spéc. n° 9, in *Œuvres*, Paris, 1780, pp. 104-105.

⁶⁷⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitre II, n°41, et XXI, n°75 et suivants et n°167.

⁶⁷⁸ Philippe de RENUSSON, *Traité de la Communauté*, première partie, chapitre quinzième, n° 9, in *fine*, in *Œuvres*, Paris, 1780, p. 105 : c'est la conclusion à laquelle l'auteur parvient, dès lors qu'il est établi que chaque coutume est, par nature et par essence, strictement territoriale et qu'elle est a donc vocation à s'appliquer à la matière réelle immobilière : « En un mot, la maxime est établie que les coutumes sont réelles ; les immeubles se règlent suivant la coutume où ils sont situés. *Consuetudo extra territorium non disponit, statutum suo clauditur territorio* ; chaque coutume a son territoire limité ».

⁶⁷⁹ Philippe de RENUSSON, *Traité de la Communauté*, première partie, chapitre quinzième, n°8 et 9, in *Œuvres*, Paris, 1780, pp. 104-105.

⁶⁸⁰ Duquel il faut absolument rapprocher cet extrait du *Traité de la garde noble et bourgeoise* (1699), au chapitre VI, n°22, in Philippe de RENUSSON, *Œuvres*, Paris, 1780, p. 32 : « On pourra ajouter que les coutumes sont réelles et indépendantes les unes des autres. Une coutume est considérée comme un contrat et une convention expresse ou tacite entre les peuples qui demeurent dans l'étendue de son territoire, qui se font fait des lois pour entretenir leur société. Originellement, chaque province avait sa domination distincte et séparée ; et, quoique, dans la suite des temps, elles aient été réunies sous la domination d'un même Souverain, néanmoins, chaque province a conservé ses lois et ses coutumes, et les peuples y ont toujours été maintenus, et il est toujours vrai de dire que chaque coutume n'a de pouvoir que sur les biens de son territoire ».

« les coutumes sont réelles ». Au prix d'une relecture historique de l'origine des coutumes, les juristes se sont évertués à trouver un fondement à la compétence de la *lex rei sitae* en matière immobilière et ont, pour cela, brandi l'argument contractualiste. Celui-ci repose sur l'idée que la coutume, locale ou provinciale, n'est autre que le fruit de la manifestation de volonté des habitants du lieu ou de la province qui ont convenu, lors du pacte fondateur à l'origine de leur association, de s'y soumettre corps et biens. Il est alors loisible de prolonger la réflexion autour de cette sujétion volontaire et de la relier à la notion de souveraineté : celle-ci serait double, à la fois personnelle et réelle. En raison du domicile, l'habitant est soumis, à la loi du territoire où se trouve son lieu de résidence pour ce qui est de son statut personnel et, en raison de la situation même des immeubles, à la loi du lieu de situation pour ce qui est du statut relatif à ses biens. Si elles peuvent parfois sembler très générales, les affirmations de Philippe de Renusson ne devraient, théoriquement, pas prêter à ambiguïté : le jurisconsulte n'a jamais eu d'autre intention que de trouver un fondement à la territorialité qui lui semble inhérente au statut réel immobilier. Mais, prises, précisément, dans un contexte qui est celui du conflit de coutumes⁶⁸¹, elles peuvent encourager, pour qui choisit de défendre une approche *ab effectu*, comme Jean Bouhier, une assimilation presque parfaite entre la « réalité » et la « territorialité » des coutumes, le statut réel immobilier n'étant plus, alors, qu'un exemple parmi tant d'autres de statuts dits « réels » parce que territoriaux.

Dans la « considération importante » précitée, qu'il soumet à son lecteur en son chapitre XXIII avant d'entamer l'exposé approfondi de sa doctrine, Bouhier reprend à son compte le raisonnement développé par Renusson en y ajoutant les autorités de d'Argentré et de Rodenburg. S'il y est encore fait mention des biens, cet extrait ne se soucie plus guère de traiter, à titre principal, de l'empire de la *lex rei sitae* sur les immeubles situés sur le territoire, comme s'y évertuait encore Renusson, mais s'interprète bien davantage comme le témoignage d'une sensibilité accrue envers les thèses de la souveraineté/territorialité et comme la marque de l'influence qu'ont pu exercer les écrits de Rodenburg et de Paul Voet sur le magistrat bourguignon. C'est, en tout cas, dans le même esprit qu'il recourt, en bon juriste humaniste, à un argument historique qui lui semble expliquer, de manière pertinente, l'emprise de la réalité des coutumes :

[XXIII] XXXVIII. Ces raisons [*relatives à la souveraineté exclusive des coutumes*] étaient anciennement fortifiées par la situation où se trouvaient alors les provinces du Royaume. Comme elles étaient soumises à différents princes qui étaient souvent en guerre les uns avec les autres, il y avait peu de liaison entre les Etats voisins, et moins encore, par conséquent, entre ceux qui étaient plus éloignés ; cela rendait chacun de ces peuples jaloux de ses propres lois, en sorte qu'ils n'avaient garde d'admettre l'extension de la disposition d'un statut dans les limites d'un autre. Chacun voulait demeurer maître absolu chez soi ; et c'est la source de l'axiome vulgaire de notre droit français⁶⁸², que *toutes Coutumes sont réelles*, auquel Coquille⁶⁸³ a, mal à-propos, voulu donner une autre origine.⁶⁸⁴

⁶⁸¹ S'il n'a jamais livré une réflexion à part entière sur les conflits de coutume, Philippe de RENUSSON a, régulièrement, saisi, au fil de ses différents traités, l'occasion d'approfondir son point de vue en la matière, notamment dans le *Traité de la communauté* et dans le *Traité de la garde noble et bourgeoise*. Dans le passage cité à la note précédente du *Traité de la communauté*, Renusson appuie son opinion en citant d'Argentré et de Bourgogne. Voir aussi le *Traité de la garde noble et bourgeoise*, *op. cit.*, chapitre VI, n°17-36, spéc. n°23-25, p. 32, où la doctrine de d'Argentré est discutée par l'auteur. Sur Renusson, voir Franz-Joseph DUMOULIN, *Philippe de Renusson und das französische International-Privatrecht des 17. Jabrbunderts*, Cologne, 1958.

⁶⁸² Antoine LOISEL, *Institutes coutumières, avec les notes d'Eusèbe de Laurière*, éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, livre II, titre IV, article IV, p. 328 : « Car les coutumes sont réelles ». Voir, *supra*, note 271, p. 140.

⁶⁸³ Guy COQUILLE, *De la coutume de Nivernais*, chapitre XXIII, article XXVII, in *Les œuvres de Maître Guy Coquille*, Bordeaux, 1703, tome 2nd, p. 238.

⁶⁸⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXIII, n° 38, p. 659.

Confrontés à la règle traditionnelle qui postule que le statut réel n'a d'autre extension que le territoire formé par les immeubles qui en constituent le sol, les auteurs hollandais, et, à leur suite, Jean Bouhier, s'attachent à en rechercher la justification : c'est ainsi qu'ils vont discerner dans le motif qu'ils vont assigner à la règle – la souveraineté territoriale des coutumes – une raison de généraliser la solution à l'ensemble des statuts. L'interprétation que le magistrat bourguignon donne de la maxime « Toutes coutumes sont réelles », reposant sur un cloisonnement des divers ordres juridiques coutumiers, traduit bien ce glissement de sens. Chez Bouhier, la justification traditionnelle de la réalité des statuts cohabite avec l'esprit nouveau de la souveraineté, qui élargit nécessairement le spectre de la territorialité à des dispositions normatives dont le lien avec les immeubles est absent.

Au fil de ses *Observations sur la coutume de Bourgogne*, Bouhier va revenir sur ce principe directeur et le réaffirmer avec constance, en le mettant directement en rapport ou non avec le régime juridique applicable aux biens. Ainsi qu'il l'a lui-même démontré par les références qu'il fait à divers passages de son œuvre, le magistrat bourguignon est très attaché à la thèse de l'origine conventionnelle des coutumes, dans la mesure où il y voit la source de la double souveraineté, personnelle et territoriale, de la coutume. Dès le chapitre II, il relève que :

[III] XLI. Personne ne contestera sans doute cette proposition, que les coutumes n'ont aucune autorité coactive hors de leur territoire. La raison en est sensible. Ce sont des espèces de lois conventionnelles, *tacita Legum conventio*, dit Ulpien (D. 1.3.35)⁶⁸⁵ : ainsi, elles ne sauraient lier que ceux qui s'y sont volontairement soumis ; et c'est cela qu'on ne procède jamais à leur rédaction qu'après y avoir appelé les trois Etats du pays et pris leur consentement. Je n'en dirai pas davantage, parce que c'est un principe dont conviennent⁶⁸⁶ les plus grands partisans des coutumes ; ce qui doit néanmoins être entendu suivant les modifications dont il sera parlé au chapitre XXIII, aux numéros 37 et suivants⁶⁸⁷.

Dans la suite de ses *Observations*, au moment d'entreprendre l'étude du conflit de coutumes, Bouhier accorde de nouveaux développements à la théorie de l'origine conventionnelle des coutumes et à la double souveraineté qu'elles exercent sur les personnes qui sont domiciliées sur le territoire et sur les biens qui s'y trouvent. Le chapitre XXI, qui introduit la matière, débute précisément ainsi :

[XXI] I. Les coutumes étant les véritables lois dans l'étendue de leur territoire, il n'est pas douteux que les peuples qui y résident ne doivent s'y soumettre avec d'autant moins de répugnance qu'ils se les ont imposées eux-mêmes et que la confirmation des Souverains n'a fait qu'y mettre le sceau.

II. Il faut d'abord poser pour principe que les hommes sont naturellement soumis à la loi de leur

⁶⁸⁵ En réalité, *tacita civium conventio*. En effet, la loi *Sed et ea*, insérée dans le titre *De legibus* du Digeste, dispose ainsi : *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio, non minus, quam ea, quae scripta sunt jura, servantur* (« Mais les règles qui sont confirmées par le long usage qui en est fait et qui sont observées depuis plusieurs années, sont l'équivalent d'une convention tacite passée entre les citoyens et ne doivent pas être moins observées que les règles de droit écrit »).

⁶⁸⁶ Charles DUMOULIN, *Consilium LIII, Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome II, *consilium LIII*, n°12, p. 965 ; Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 218, glose VI, Paris, 1660, n° 12, p. 604 ; Claude DE FERRIERE, *Corps et compilation de tous les commentaires anciens et modernes sur la coutume de Paris*, tome I, Paris, 1692, Prolégomènes sur la coutume de Paris, n°21, 77 et 85, pp. V, IX et X.

⁶⁸⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre II, n°41, pp. 372-373. Le passage du chapitre XXIII des *Observations* auquel l'auteur se réfère a été évoqué et étudié, *supra*, p. 342.

domicile.⁶⁸⁸

En se prononçant en ces termes, le magistrat bourguignon avance l'idée que les coutumes sont les seules normes qui sont admises, de droit, à s'appliquer à l'intérieur d'un territoire donné, parce qu'elles sont les seules qui soient légitimes aux populations qui leur ont accordé leur consentement. Toutefois, à la différence des juristes de l'École Hollandaise, il se retient de leur conférer un champ d'application absolu et exclusif *de jure*, au nom d'une conception maximaliste de la souveraineté, qui viendrait soumettre à une seule loi l'ensemble des personnes, des biens et des actes, c'est-à-dire des rapports juridiques, du seul fait de leur présence ou de leur passation sur le territoire. La réalité des coutumes ne fait pas difficulté lorsqu'il s'agit d'immeubles situés sur le territoire. Mais la réalité/territorialité des coutumes a-t-elle vocation, *de jure*, à s'étendre à ceux qui, étrangers au territoire, s'y trouvent de passage ?

Jean Bouhier est bien conscient de la difficulté que suscite l'application d'une coutume locale à un ressortissant étranger et de l'incertitude au sujet de l'état et de la condition de sa personne qui en résulterait. Il l'aborde dès son chapitre XXI, aux paragraphes CLXVI et suivants, et distingue, à ce propos, entre statuts personnels et statuts réels :

[XXI] CLXVI. J'ai parlé jusqu'à présent des cas où les coutumes disposent par rapport aux personnes qui sont domiciliées dans leur territoire ; mais les étrangers peuvent-ils être liés pareillement par leurs dispositions ? C'est ce qu'il faut examiner présentement.

CLXVII. Un principe général sur cette matière est que, comme aucun juge n'a régulièrement (D. 2.1.20. ; C. 5.34.5. etc.) de pouvoir hors de son ressort, de même, aucun statut n'a de force, dans les règles, hors de son territoire, c'est-à-dire ni sur les personnes qui n'y sont pas domiciliées, ni sur les biens qui n'y sont pas situés. C'est le sentiment unanime des interprètes.⁶⁸⁹

CLXVIII. Cette règle a pourtant ses exceptions ; car, à l'égard des choses qui sont situées dans le territoire du statut, il est sûr qu'il lie les étrangers, comme les sujets qui lui sont immédiatement soumis.⁶⁹⁰

Après avoir énoncé la règle issue de la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20.), Bouhier en déduit, à la différence d'un Paul Voet dont il invoque pourtant l'autorité, que les sujets d'une domination étrangère échappent à l'emprise de la loi locale, dans la mesure où ils ne sont pas compris dans le cercle des assujettis qui lui a été assigné : *statutum non ligat nisi subditos*. Pour le juriste ultrajectin, il ne faisait aucun doute que l'étranger était soumis à la loi locale, par égard pour la souveraineté du territoire dans lequel il se trouve, possède un bien ou passe un acte, et que ce n'était qu'en vertu de

⁶⁸⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°1 et 2, p. 580.

⁶⁸⁹ Alessandro TARTAGNI (D'IMOLA), *Consilia seu Responsa Alexandri Tartagni Imolensis*, Venise, 1610, livre sixième, *consilium* XIX, n° 3, p. 14 verso, colonne 2 ; Paul VOET, *De Statutis, op. cit.*, section IV, chapitre II, n°7 « et une infinité d'autres ».

⁶⁹⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°166-168, p. 607. Il invoque, dans la suite du paragraphe CLXVIII, une série d'exemples qui montrent l'empire exclusif de la *lex rei sitae* sur les habitants du lieu comme sur l'étranger, parce qu'en ces différents cas, l'emportent les considérations de police immobilière : la défense faite par une coutume aux étrangers d'acquérir des fonds, la défense faite à un mainmortable de vendre ses héritages à un homme franc (article XCVI de la coutume de Bourgogne), la vente du fonds d'un mineur qui est toujours du ressort du *judex rei sitae*, la taille sur les héritages, les règlements sur les partages des fonds héréditaires, etc. Plus intéressant encore est le paragraphe CLXIX (*eod. loc.*, n°169), qui renvoie directement au chapitre XXXIV sur la réalité des lois pénales, en rappelant que la territorialité desdites lois comprend aussi bien les sujets que les étrangers : « Il est encore certain qu'en fait de délits ou de quasi-délits, le statut étend son pouvoir sur les étrangers qui délinquent dans son territoire ». Voir, sur le traitement du droit pénal par cet auteur, *infra*, pp. 401-420.

la *comitas* ou de l'*humanitas* que sa loi personnelle, quoique étrangère, pouvait prétendre sortir ses effets à l'intérieur du territoire. La courtoisie ou la bienveillance réciproque entre les Nations autorisait ce que le *jus strictum* interdisait. Or, le magistrat bourguignon se retient d'aller aussi loin. La règle vaut pour le statut réel, absolu et territorial, mais non pour le statut personnel, relatif et extraterritorial. Dans deux passages extraits du chapitre XXI de ses *Observations* et qui sont tous deux relatifs au statut réel prohibitif, il envisage le champ d'application respectif des statuts réels et personnels :

[XXI] LXXV. En effet, si la prohibition tombe sur la personne, elle s'étend sur tous ses biens, quelque part qu'ils soient situés ; non que le statut donne directement la loi aux fonds qui sont situés hors de son territoire, car il n'en a pas le droit, mais il est le maître de lier les mains aux personnes qui lui sont soumises, et par-là de leur ôter le pouvoir de contrevenir à sa défense, *propter officentiam personae*, comme dit Argentré⁶⁹¹ (« parce que la personne s'en trouve affectée »).

LXXVI. Que, si, au contraire, la prohibition ne tombe que sur la chose, alors, elle a les mêmes bornes que celle du statut, et ne s'étend point au-delà ; car, suivant le même Argentré⁶⁹², *finita potestatis finita jurisdictio est. Ideo et statuta extra territoria sua sine usu sunt, quum extra ea terreri nemo possit, quae territorii definitio est* (« là où s'achève le pouvoir s'achève la juridiction... car les statuts au-delà des limites de leurs territoires sont sans utilité, car personne ne peut contraindre au-delà de son territoire, ce qui est la définition du territoire »).

XXI] LXXIX. Comme le statut réel prohibitif ne regarde que les fonds qui sont situés dans son territoire, le statut personnel n'est aussi applicable qu'aux personnes qui y sont soumises. Car les statuts étant une espèce de contrat passé entre les peuples, qui demeurent dans l'étendue de ce territoire et qui se sont faits des lois pour entretenir leur société, comme dit un habile homme (Renusson, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, chapitre VI, n. 22)⁶⁹³, ils sont présumés n'avoir eu en vue que les personnes et les choses qui leur sont soumises et n'auraient pas même eu l'autorité de rien régler pour d'autres.⁶⁹⁴

Envisagées *ab effectu*, les coutumes sont donc à la fois relatives d'un point de vue personnel, en ne s'adressant qu'aux seuls domiciliés, et absolues d'un point de vue territorial, en réglementant de manière exclusive les fonds qui sont situés sur son sol, parce qu'elles sont relatives à une société donnée. Dans une formule que n'auraient sans doute pas renié les auteurs hollandais, Bouhier reconnaît que le statut personnel d'un étranger demeure sans effet sur un fonds situé sur le territoire, car « il n'en a pas le droit » : il n'en est pas le maître, il n'en est pas le souverain. Comme il le relevait déjà dans son chapitre XXI, le statut réel immobilier a naturellement vocation à étendre ses effets sur les ressortissants du lieu comme sur les étrangers, sans porter atteinte, pour autant, à l'état et à la condition de ces derniers. Le glissement de sens devient alors logique. Qualifier un statut de « réel » *ab effectu*, c'est non seulement délimiter son champ d'action au territoire, mais c'est également postuler qu'il s'appliquera aux sujets du lieu comme aux sujets étrangers.

La théorie de la double souveraineté, personnelle et territoriale, que défend encore Bouhier au XVIII^e siècle semble devoir davantage, à première vue, à d'Argentré et à toute une tradition qui

⁶⁹¹ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii in patriae Britonum leges seu consuetudines*, article 218, glose VI, Paris, 1660, n° 4, p. 603 (où il est écrit « officentiam » et non « afficientiam », attesté, en revanche, par l'édition de 1605, parue à Paris sous le nom de *Commentarii ad praecipuos juris britannici*).

⁶⁹² Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii*, *op. cit.*, article 218, glose VI, n° 11, p. 604 (traduction Bertrand ANCEL).

⁶⁹³ Sur ce passage de Renusson, voir, *supra*, p. 343, note 680.

⁶⁹⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXI, n°75-76 et 79, p. 592.

remonte aux statutistes italiens et à la maxime *statutum non ligat nisi subditos* qu'aux vues plus contemporaines développées par l'Ecole Hollandaise. Mais, à la différence de ses lointains prédécesseurs, il a choisi de suivre les juristes hollandais sur la voie de la classification *ab effectu*. En s'attachant à répartir les statuts en deux classes, celles caractérisées par la personnalité/extraterritorialité et la réalité/territorialité, il est insensiblement conduit à envisager les statuts selon leur champ d'application territorial et à confondre les immeubles avec le territoire dont ils sont l'assiette. A cet égard, certaines de ses affirmations relatives à la réalité/territorialité, souvent brèves et condensées, traduisent un infléchissement sensible envers les positions de l'Ecole Hollandaise et envers la souveraineté/territorialité. Il est, d'ailleurs, remarquable que ces affirmations posent toutes en principe l'absolue territorialité des lois et coutumes sans plus faire référence, du moins explicitement, aux immeubles, mais il est encore plus remarquable que la formulation même emprunte beaucoup à la rhétorique des juristes hollandais et, en particulier, celle de Paul Voet :

[XXIII]. LXII. Mais, avant toutes choses, il faut se souvenir (...) que la règle étroite [est] pour la restriction des coutumes dans leurs limites.⁶⁹⁵

[XXIV] CXXVI. Les lois d'une Nation n'ont aucune autorité hors de leur territoire.
CXXVII. Ce principe [est] certain à la rigueur...⁶⁹⁶

S'il faut se garder de voir, dans l'emploi de ces formules simples, une marque d'adhésion aux idées hollandaises, il n'en demeure pas moins que les termes n'ont pas été choisis par hasard lorsque l'auteur évoque, précisément, la « règle étroite » (c'est-à-dire le *strictum jus* de Paul Voet) de la réalité/territorialité des coutumes, dont il fait un principe « certain à la rigueur » (c'est-à-dire le *rigor juris* du même Voet). Dans les premiers temps de sa démonstration, Bouhier s'est évertué à chercher le fondement de la réalité des coutumes, qui lui semble constituer le système de principe de résolution des conflits. Il en a trouvé les justifications dans la théorie de l'origine conventionnelle des coutumes, qui l'a conduit à reprendre à son compte l'idée, plutôt traditionnelle, d'une double souveraineté, personnelle et territoriale, qui ménage l'état et la condition de la personne de l'étranger en la soustrayant à l'empire de la loi locale. Mais il en a également trouvé les raisons dans une conception plus agressive et intransigeante de la réalité des statuts, envisagés *ab effectu* : celle véhiculée par la souveraineté/territorialité de l'Ecole Hollandaise, et, particulièrement, de Paul Voet. Or, cette dernière théorie présente l'avantage d'être plus moderne et plus en consonance avec l'esprit de souveraineté si répandu au XVIII^e siècle. L'œuvre de Bouhier témoigne de cette double influence, qu'il s'efforce d'amalgamer et d'harmoniser, sans doute au prix de quelques maladresses ou d'approximations, et du changement de sens qui est en train de s'opérer au sujet de la maxime « les coutumes sont réelles ». D'où le caractère réel, c'est-à-dire strictement territorial, qu'il reconnaît aux lois de police (chapitre XXXIII) et aux lois pénales (chapitre XXXIV), malgré l'absence de lien avec le statut des immeubles : l'influence des Hollandais n'y est sans doute pas étrangère. Mais la prédominance du système fondé sur la réalité des coutumes lui semble, à tout le moins, préjudiciable dans un Etat unifié comme l'est le Royaume de France, unifié politiquement par une seule et même souveraineté et unifié juridiquement par la

⁶⁹⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n° 62, p. 662.

⁶⁹⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIV, n° 126 et 127, p. 689. Voir déjà *eod. op.*, chapitre I, n°31, p. 358 : le droit « coutumier, quoique l'autorité de ce dernier soit resserrée dans les limites de chaque province ».

domination du droit romain en tant que droit commun. C'est ce système qu'il propose d'amender en cherchant, cette fois, à discerner le fondement de la personnalité des coutumes et à promouvoir un règlement de conflit nouveau, basé sur la présomption de personnalité.

2) La personnalité des coutumes : le système de résolution des conflits de coutumes préconisé par Bouhier.

L'esprit d'indépendance revendiqué des différentes coutumes du Royaume de France est un phénomène qui heurte profondément la sensibilité du président Bouhier. Celui-ci déplore, en effet, un particularisme trop marqué dans un cadre politique et juridique qui est, à ses yeux, unifié autour de la souveraineté du Roi et du droit romain comme droit commun. Pour soutenir la refondation des conflits de coutumes qu'il entreprend dans ses *Observations*, il part du constat que la jurisprudence et la doctrine qui l'ont précédé⁶⁹⁷ ont eu une trop fâcheuse tendance à souscrire au dogme de la réalité/territorialité, celui prôné avec vigueur par Bertrand d'Argentré, et donc à enfermer la plupart des statuts dans une territorialité stricte qui a pour incidence d'encourager le cloisonnement des ordres juridiques coutumiers. S'il accepte sans problème de reconnaître en principe l'empire exclusif qu'exerce, de droit, une coutume sur son territoire et sur ses habitants, il regrette que ce particularisme coutumier soit encore entendu d'une manière aussi stricte et qu'il puisse encore entraver le commerce juridique entre les habitants des provinces différentes du Royaume ou encore entre un sujet du roi et un ressortissant étranger. Selon son point de vue, la doctrine de Dumoulin, qui s'attache à répartir équitablement les statuts réels et les statuts personnels, a fini par l'emporter et c'est le triomphe de cette doctrine bipartite auprès des juridictions qui le conduit à battre en brèche « l'axiome vulgaire de notre Droit français » selon lequel « toutes coutumes sont réelles »⁶⁹⁸.

En invoquant, comme il le fait dans son chapitre XXIII, un argument historique pour tâcher d'expliquer la maxime « Les coutumes sont réelles », qui serait, selon lui, le fruit du morcellement territorial induit par la féodalité et de la crispation des populations autour de leurs coutumes particulières, Jean Bouhier n'entend pas apporter à cette lecture souverainiste une adhésion pleine et entière. Il ne fait aucun doute que son interprétation est biaisée par l'attrait des idées de l'École hollandaise et qu'elle le conduit à faire consonner de manière exacte réalité et territorialité. Mais cette pétition de principe n'a pas, à ses yeux, valeur de vérité absolue. Elle lui sert essentiellement à expliquer le développement du système de résolution des conflits qui lui semble en vigueur en France. Elle lui sert également à en critiquer la rigidité et la désuétude, dans la mesure où le contexte historique et politique du Royaume appelle à s'extraire de l'héritage de la féodalité et à rendre, au nom du « bien public », plus aisés les rapports de droit qui se nouent entre les habitants des diverses provinces. En effet, il dénonce les « inconvénients de cette rigoureuse jurisprudence » et rappelle, un peu plus loin, que bien des raisons militent pour revenir sur cette

⁶⁹⁷ Dans le prolongement de la défiance qu'il a affichée envers la jurisprudence, au moment d'introduire son grand dessein de refonder la science du conflit de coutumes sur des principes rénovés, le président Bouhier n'hésite pas, au cours de ses *Observations*, à adresser de fortes critiques à l'encontre de la jurisprudence des tribunaux et des praticiens qui ont voulu s'y conformer. Voir Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n° 13 à 15, pp. 655-656, spéc. n°13 : « l'embarras de nos auteurs sur ce point vient de leur déférence trop aveugle pour la jurisprudence des arrêts, à laquelle ils ont voulu accommoder leurs jugements ».

⁶⁹⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n° 38 à 45, pp. 659-650, spéc. n°43 : « la doctrine de Dumoulin a enfin prévalu dans nos Tribunaux ; en sorte que rien n'est plus reçu aujourd'hui parmi nous que la distinction des statuts réels et personnels ».

sévérité :

[XXIII]. XLII. Ces raisons et plusieurs autres non moins remplies d'équité, qui seront exposées dans la suite, ont enfin fait reconnaître aux gens sensés qu'il y avait plusieurs occasions où le bien public paraissait exiger qu'on se départît de la règle de la réalité des coutumes ; ce qui convenait d'autant mieux aujourd'hui que, toutes nos provinces étant réduites sous l'obéissance du même Souverain, on n'y avait plus les mêmes raisons de s'obstiner à l'observation rigoureuse de cette règle, et que la réciprocité de l'usage de la personnalité des statuts rendait toutes choses égales entre les différentes coutumes⁶⁹⁹.

Par opposition à un système en vigueur qui est fondé « de droit étroit », c'est donc le bien public, conjugué avec l'équité, qui sert de vecteur et de justification au déploiement extraterritorial des statuts personnels à travers les diverses coutumes constituant la trame de la France coutumière. Ce choix de renouer avec la vieille notion d'*aequitas* afin de trouver un tempérament à la rigueur du droit replace Jean Bouhier dans le sillage des enseignements de l'Ecole Hollandaise, dont il assure à la fois la pérennité et la transmission, mais dans un esprit, cette fois-ci, bien différent du territorialisme intransigeant et sourcilieux qui caractérisaient les Paul Voet et consorts. Bouhier appelle à l'abandon de l'observation rigoureuse d'un système qui reposerait tout entier sur la « réalité des coutumes » et à un développement toujours plus libre de la « personnalité des statuts », sur le fondement d'une réciprocité qui était déjà entendue par les Hollandais comme l'expression de l'intérêt mutuel des Nations à laisser une loi étrangère produire ses effets sur leur territoire. Il se propose donc d'expliquer et d'approfondir un système de résolution des conflits qui, depuis Dumoulin, s'articulerait autour d'une division entre réalité/territorialité, qui serait l'expression de la force souveraine des coutumes, et la personnalité/extraterritorialité, qui, elle, serait soutenue par l'esprit d'équité et le bien public qui commanderait, au sein du Royaume, le respect de l'*utilitas privatorum*.

Cette démarche, que le président Bouhier met en application dans la suite de ses *Observations*, se comprend comme un progrès rendu nécessaire par l'attitude d'une jurisprudence encore trop frileuse et par la déférence trop marquée des juristes envers l'antique règle de la réalité des coutumes et envers le poids du passé. C'est pourquoi il entreprend de revenir sur le fondement même du statut personnel extraterritorial (a) et de mettre en avant les exigences d'équité et de bien public qui doivent favoriser son application transfrontière : ce faisant, il ne fait que transposer au cadre du conflit intercoutumier le mécanisme de la *comitas inter gentes* cher à Paul Voet. C'est pour cette raison, ensuite, que Bouhier, allant à contre-courant de solutions reçues à son époque, choisit délibérément d'écarter la qualification de statut réel impératif au sujet de deux statuts traditionnellement reconnus comme lois de police (avant la lettre) pour lui préférer celle de statut personnel (b). C'est pourquoi, enfin, et dans le même esprit, il préconise de lever les pesanteurs inhérentes à la règle de la réalité pour substituer à celle-ci son exact contraire : une présomption de personnalité des coutumes (c).

⁶⁹⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°42, p. 659. Parmi les « gens sensés » qu'il crédite d'avoir su tempérer un territorialisme trop étroit, il cite en exemple, dans le paragraphe suivant (*eod. loc.*, n° 43), Charles Dumoulin, qu'il voit à l'origine de la nouvelle doctrine, mais aussi d'Argenté, « tout prévenu qu'il était pour la réalité des statuts ».

a) Le fondement du statut personnel extraterritorial : *comitas*, équité et bien public.

C'est vers l'École Hollandaise et, particulièrement, vers Paul Voet qu'il faut se tourner pour discerner l'inspiration dans laquelle puise Jean Bouhier au moment de préciser le fondement du statut personnel extraterritorial. Certaines des affirmations que contiennent les *Observations* ne laissent guère de doute sur la profonde empreinte qu'a laissé le jurisconsulte ultrajectin sur la pensée du magistrat bourguignon et doivent se lire en miroir de la souveraineté des coutumes. La plus célèbre demeure certainement celle qui figure au chapitre XIII, au paragraphe LXII :

[XXIII]. LXII. Mais, avant toutes choses, il faut se souvenir qu'encore que la règle étroite soit pour la restriction des coutumes dans leurs limites, l'extension en a néanmoins été admise en faveur de l'utilité publique, et souvent même par une espèce de nécessité, comme on le reconnaîtra ci-après par divers exemples. Ainsi, quand les peuples voisins ont souffert cette extension, ce n'est point qu'ils se soient crus soumis à un statut étranger ; c'est seulement parce qu'ils y ont trouvé leur intérêt particulier ; en ce qu'en pareil cas, leurs coutumes ont le même avantage dans les provinces voisines. On peut donc dire que cette extension est fondée sur une espèce de Droit des gens et de bienséance, en vertu duquel les différents peuples sont tacitement demeurés d'accord de souffrir cette extension de coutume à coutume, toutes les fois que l'équité et l'utilité commune le demanderaient, à moins que celle où l'extension serait demandée ne contînt, en ce cas, une disposition prohibitive.⁷⁰⁰

Ce paragraphe condense remarquablement les enseignements de l'École Hollandaise. Après avoir rappelé que le principe de la souveraineté/territorialité des coutumes s'impose en vertu de la « règle étroite », qui coïncide ouvertement avec le *strictum jus* de Paul Voet, Bouhier l'assortit d'un tempérament, en faisant reposer la personnalité/extraterritorialité sur « l'utilité publique », « l'utilité commune », « l'équité », « une espèce de Droit des gens et de bienséance » et une « espèce de nécessité », pour reprendre les différents termes mêmes employés par l'auteur. Ce faisant, il ne se contente pas de reprendre la rhétorique des juristes hollandais. Il leur emprunte directement les concepts dont il entend user pour mettre en balance la territorialité, établie sur le *jus*, et l'extraterritorialité, fondée sur la *comitas* ou l'*aequitas*. A ces dernières, si chères à Paul Voet, il adjoint volontiers la *necessitas*, qu'il a pu trouver dans l'ouvrage de Christian Rodenburg, et qu'il leur assimile sans souci de distinction entre *necessitas juris* et *necessitas facti*.

La logique déployée dans cet extrait est la même que celle qui préside à l'œuvre de Paul et de Jean Voet, si l'on excepte l'esprit qui en est fort différent. Bouhier trouve dans les écrits de l'École Hollandaise les notions qui lui permettent d'expliquer le développement des statuts personnels extraterritoriaux, par entorse à la souveraineté/territorialité, mais il ne souscrit nullement aux *a priori* qui guident la pensée des Hollandais. En effet, par dérogation au *strictum jus*, l'extension d'une coutume dans le détroit d'une autre ressortit de « l'intérêt particulier » des provinces, qui, par le jeu de la réciprocité, deviendra un intérêt mutuel. En consentant à laisser produire sur son territoire les effets portés par une coutume étrangère, chaque peuple escompte que les peuples voisins accepteront d'en faire de même à son égard, en se plaçant sur le plan du « Droit des gens » et de la « bienséance ». Or, ceux-ci ne sont autres que la transposition littérale de la *comitas inter gentes vicinas* des deux Voet. C'est, précisément, en vertu de cette bienséance relevant du Droit des gens que l'extension extraterritoriale des coutumes repose sur une convention tacite passée entre les nations qui acceptent de desserrer le carcan de leur propre exclusivisme pour

⁷⁰⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°62, p. 662.

laisser une norme étrangère produire ses effets à l'intérieur de son territoire. Cette idée de convention tacite, qui doit encourager à une pratique raisonnée et assumée de la *comitas* entre les nations, rejoint les préoccupations de Jean Voet, qui appelait même à renforcer leur accord tacite par des « conventions spéciales » et des « usages invétérés valant convention »⁷⁰¹. Puisque le respect de l'indépendance de chaque nation exclut tout recours à la contrainte, c'est donc l'engagement volontaire dans la pratique de la *comitas* qui est encouragé, à la suite de Jean Voet, par Jean Bouhier.

Le magistrat bourguignon évoque également la nécessaire contrepartie de cette bienséance fondée sur le droit des gens : le respect de la préséance de l'ordre juridique local et de la supériorité du *strictum jus*, qui autorise ce dernier à refouler la coutume étrangère hors du territoire lorsque l'application de celle-ci serait de nature à mettre en péril l'un des principes essentiels d'organisation de la société. Il insiste, à plusieurs reprises, sur cette fonction d'ordre public. En effet, les peuples ne font jamais que « souffrir » l'extension de coutume à coutume, parce qu'ils ne se considèrent pas « soumis à un statut étranger », mais parce qu'ils y trouvent leur « intérêt particulier ». Que vienne à faire défaut cet intérêt et l'extension sera refusée sur le fondement de la souveraineté, rappelant qu'en droit, seule la coutume locale est d'application immédiate et impérative. Qu'il s'agisse d'une exception procédurale ou du jeu d'une loi de police, la réponse du juge n'en puise pas moins au même principe. C'est bien ce que le dernier membre de la dernière phrase laisse entendre, comme une conclusion qui enveloppe l'entier raisonnement : « à moins que (la coutume) où l'extension serait demandée ne contînt, en ce cas, une disposition prohibitive ». Bouhier, conscient de la force que conserve le statut prohibitif dans l'économie du conflit de coutumes, ne peut manquer de rappeler cette réserve traditionnelle.

La *comitas* n'est, aux yeux de Bouhier, qu'un expédient fort pratique qui lui permet de concilier son aspiration à un déploiement toujours plus grand des statuts personnels avec la souveraineté/territorialité des coutumes. La question du mécanisme qui est à l'œuvre dans l'extraterritorialité des statuts personnels est moins primordiale dans l'esprit du magistrat bourguignon que le fondement et le but que celui-ci lui assigne. La *comitas* d'inspiration hollandaise présente surtout l'avantage d'être un vecteur de l'équité et du bien public (ou de l'utilité publique), qui sont autant d'impératifs destinés à contrebalancer la toute puissance de la territorialité, comme l'atteste le paragraphe LXIII qui suit immédiatement l'exposé de la notion de *comitas*, mais aussi d'autres passages des *Observations*⁷⁰² :

[XXIII.] LXIII. Ces motifs d'équité et d'utilité publique sont les vrais fondements de la personnalité des coutumes⁷⁰³, comme l'a reconnu Dumoulin⁷⁰⁴ ; car il nous enseigne que

⁷⁰¹ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, livre 1, titre IV, 2, n°17. Sur ce passage, voir, *supra*, pp. 256-257.

⁷⁰² Les références au « bien public » ou à « l'honnêteté publique » – pour ne s'en tenir qu'à ces seules expressions – ne manquent pas dans la dissertation de Bouhier. Voir, entre autres, le chapitre XXII, n°12, p. 619 ; le chapitre XXIII, n°42, p. 659 ; n°62-65, pp. 662-663 ; n°71, p. 664 ; n°79, p. 666 et n°84, p. 666 ; le chapitre XXV, n°52 p. 709 (à propos de la personnalité des statuts regardant l'institution d'héritier) ; le chapitre XXVI, n°194, p. 742 (à propos de la personnalité des statuts concernant l'exclusion des filles dotées) ; n°227, p. 747 (à propos de la personnalité des statuts rendant les pères et maris responsables des dettes de leurs enfants et femmes) ; le chapitre XXVII, n°18, p. 753 (à propos de la personnalité des statuts relatifs à l'aliénation des fonds dotaux) ; le chapitre XXVIII, n°25, p. 768 (à propos de la personnalité de la règle *Locus regit actum* en matière testamentaire) ; le chapitre XXX, n°70, p. 800 (à propos de la personnalité des statuts autorisant les successions anormales) ; le chapitre XXXIV, n°2 (à propos des lois pénales) ; et le chapitre XXXVI, n°8-9, p. 820. Sur la notion romaine d'*utilitas publica*, voir, *supra*, p. 34.

⁷⁰³ Ici s'insère une note de l'éditeur, Joly de Bévy, qui renvoie au « chapitre XXXVI, n°3 et suivants ».

⁷⁰⁴ Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, pp. 554-557, spéc. p. 556 (traduction Bertrand ANCEL précitée) ; ID., *Notae solemnes ad Alexandri Tartagni consilios*, ad consilium XXIV, n°9, livre V, et ad consilium CLXXI, n°8, livre VII, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, pp. 958 et 1013. Voir aussi Paul VOET, *De*

l'extension du statut hors de ses limites se doit faire *quum fundatur in ratione boni universi, et in causa habente concursum iustitiae naturalis vel juris communis* (« lorsqu'il est fondé sur une raison touchant au bien commun et soutenue par la justice naturelle ou par le droit commun »). C'est à peu près la doctrine de Coquille⁷⁰⁵, qui tient pour personnel tout statut qui regarde les bonnes mœurs, l'honnêteté et l'utilité publique : *si consuetudo respiciat directè utilitatem, vel honorem, vel existimationem personarum* (« si la coutume regarde directement l'utilité, ou l'honneur, ou la considération des personnes »). Et c'est aussi le sentiment de M^e Jean-Marie Ricard^{706,707}.

Le président Bouhier puise aux sources les plus diverses la conviction que l'exigence tenant à l'équité et au bien public impose l'extraterritorialité de certaines coutumes, par dérogation au principe premier de la territorialité des statuts. En effet, il n'est pas certain que l'interprétation passive extensive reprise des bartolistes par le Dumoulin romaniste, et qui jauge l'extension d'un statut à la mesure de sa conformité au « bien commun, à la justice naturelle et à la raison du droit commun », puisse être aussi benoîtement rapprochée, même « à peu près », de la doctrine de Coquille qui, voyant dans la coutume le droit commun de chaque province, reconnaît à celle-ci le bénéfice de l'extraterritorialité par sa vertu propre, lorsque ses dispositions revêtent une valeur d'utilité publique⁷⁰⁸. Mais, suivant que cet ordre public se rapporte à un droit commun universel (le droit romain) ou à un droit commun propre à une province (la coutume), la volonté est présente chez tous ces auteurs d'assurer la continuité des statuts personnels du détroit d'une coutume à l'autre. Pour éviter que les droits qui sont nés légitimement sous l'empire d'une coutume, et qui sont inhérents à la qualité de la personne, ne soient repoussés par la coutume dont on sollicite l'accueil, il faut donc s'assurer que celle-ci ne voit aucun danger à en laisser se produire les effets sur son territoire. D'où l'appel à la déférence et à la bienveillance réciproques et la nécessaire réserve de la disposition prohibitive locale, qui n'aurait aucune peine à prévaloir sur la norme étrangère. Dans l'esprit de Bouhier, l'équité et le bien public ont partie liée avec la *comitas*.

Ce lien entre *comitas* et bien public est suffisamment fort pour se réitérer au cours des *Observations*. Le chapitre XXIII, qui fait office de théorie générale du conflit de coutumes dans l'œuvre de Bouhier, ne manque pas de démontrer, dans les quatre règles qu'il édicte à propos du statut personnel, de faire reposer la personnalité d'un statut sur l'impératif de bien public et l'intérêt des Nations à assurer l'extraterritorialité réciproque de telles dispositions. En effet, après avoir traité de l'extraterritorialité des statuts, Bouhier discerne cinq grandes catégories de statut personnel, qu'il s'emploiera, dans les chapitres suivants, à détailler et à développer :

1^o les statuts inhérents à l'état et à la condition de la personne⁷⁰⁹. A cette catégorie traditionnelle, viennent s'ajouter quatre autres « règles » qu'il pose dès ce chapitre XXIII⁷¹⁰ :

2^o les statuts relatifs aux droits incorporels et indivisibles (règle I, n^o LXIV-LXVIII)⁷¹¹ ;

Statutis, op. cit., section IV, chapitre II, n^o17 (paragraphe dans lequel le juriste ultrajectin érige la *comitas* en fondement de l'extraterritorialité d'un statut).

⁷⁰⁵ Guy COQUILLE, *Questions et réponses sur les articles des coutumes*, question CCXXVII, in *Les œuvres de maistre Guy Coquille*, Bordeaux, 1703, tome second, p. 275. Sur ce texte, qui doit être impérativement associé à la question CXXXI (*ead. loc.*, p. 211), voir Nicolas WAREMBOURG, *Guy Coquille et le droit français. Le droit commun coutumier dans la doctrine juridique du XVI^e siècle*, thèse Lille II, 9 mai 2005, pp. 116-123.

⁷⁰⁶ Jean-Marie RICARD, *Traité du don mutuel*, premier traité, chapitre VII, n^o325, in *Oeuvres de M. Jean-Marie Ricard*, Paris, 1754, volume second, p. 87. Voir aussi Filippo DECIO, *Consilia sive responsa*, Lyon, 1546, tome troisième, *consilium CCCCCLX*, n^o6, pp. 32 verso-33.

⁷⁰⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n^o63, pp. 662-663.

⁷⁰⁸ Sur ce point, voir Nicolas WAREMBOURG, *Guy Coquille et le droit français, op. cit.*, pp. 116-123.

⁷⁰⁹ Cette catégorie de statuts personnels fait l'objet du chapitre XXIV des *Observations*.

⁷¹⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n^o64-88, pp. 663-666.

⁷¹¹ Cette catégorie de statuts personnels fait l'objet du chapitre XXV des *Observations*.

- 3° les statuts fondés sur les conventions tacites des parties (règle II, n° LXIX-LXXIV)⁷¹² ;
 4° les statuts renfermant « une prohibition aux personnes qui lui sont soumises, pour quelque cause publique » (règle III, n° LXXV-LXXX)⁷¹³ ;
 5° Les statuts concernant les formalités extrinsèques des actes (règle IV, n° LXXXI-LXXXVIII)⁷¹⁴.

Hors de ces cinq grandes catégories, qu'il s'emploie à définir de la manière la plus large, point de salut : Bouhier le précise lui-même, en conclusion, au n° LXXXIX :

[XXIII.] LXXXIX. Les quatre règles dont je viens de parler renferment, si je ne me trompe, tous les statuts personnels, comme on le verra plus en détail dans les cinq chapitres suivants. Cela pourrait suffire pour l'entier éclaircissement de cette matière ; car tout statut qui n'est pas personnel est réel. La règle est infaillible.⁷¹⁵

« Tout statut qui n'est pas personnel est réel » n'est pas, comme on l'a trop longtemps cru⁷¹⁶, une contradiction en les termes avec la présomption de personnalité que tente d'établir Bouhier dans ces mêmes *Observations*. C'est la logique de son esprit de système qui le conduit à compartimenter tous les types de statuts en deux grandes classes. En effet, il cherche à agrandir au maximum le champ d'expression des statuts personnels, mais reconnaît, de manière logique et cohérente, que, lorsque les justifications font défaut pour ranger une disposition coutumière parmi les statuts personnels, c'est qu'elle est, fatalement, appelée à intégrer l'une des sept catégories de statut réel qu'il dénombre.

Les formules que Bouhier emploie pour justifier la solution qu'il préconise dans chacune des règles relatives au statut personnel semblent assez explicites. Dans le cadre de l'étude de la règle I, il prétend que l'extraterritorialité de ce type de statut est fondée « non seulement sur l'autorité des jurisconsultes et des Lois... mais encore sur la raison et l'utilité publique » (n° LXV). Prenant ensuite pour exemple l'âge de tester ou de la majorité, qui est soumis à la loi du domicile, il commente en ces termes, en fondant la solution sur la *comitas* :

[XXIII.] [Règle I.] LXVI. On a jugé qu'il était naturel de s'en rapporter aux rédacteurs de chaque statut pour fixer cet âge suivant la connaissance qu'ils avoient de l'esprit plus ou moins avancé de leurs compatriotes et que *cette déférence respective des peuples les uns pour les autres faisait l'avantage commun de tout le monde*.⁷¹⁷

De même, au sujet de la règle II, il défend l'idée que les statuts donnant valeur à une convention présumée doivent être équiparés aux statuts qui visent une convention expresse. Il s'en explique ainsi :

[XXIII.] [Règle II.] LXXI. ... Outre l'axiome vulgaire, que personne ne révoque en doute, savoir que *taciti et expressi eadem vis* (« les conventions tacites et expresses ont la même force »), on comprend que le bien public l'exige de la sorte ; car de pareils statuts n'ont été introduits que pour

⁷¹² Cette catégorie de statuts personnels fait l'objet du chapitre XXVI des *Observations*.

⁷¹³ Cette catégorie de statuts personnels fait l'objet du chapitre XXVII des *Observations*.

⁷¹⁴ Cette catégorie de statuts personnels fait l'objet du chapitre XXVIII des *Observations*.

⁷¹⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°89, p. 666.

⁷¹⁶ Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, pp. 70-72, se laisse prendre à l'illusion d'une contradiction, là où il eût peut-être fallu s'interroger davantage sur la cohérence que Bouhier a voulu donner à sa construction doctrinale. Voir, aussi, dans une moindre mesure, Michèle BEGOU-LEGUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales, op. cit.*, p. 78, qui y voit davantage une contrariété.

⁷¹⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°66, p. 663 (souligné par nous). Au n°65 qui introduit cet exemple, l'auteur précise que l'extraterritorialité de ce type de statut est fondée « non seulement sur l'autorité des jurisconsultes et des Lois... mais encore sur la raison et l'utilité publique ».

épargner aux particuliers la peine et les frais de passer de certains actes importants à la société civile, et qui sont d'un usage fréquent... Il est donc utile à cette même société qu'on donne à ces conventions tacites et présumées tout l'effet que produiraient des conventions expresses.⁷¹⁸

La règle III, qui traite des statuts renfermant « une prohibition aux personnes qui lui sont soumises, pour quelque cause publique », renoue ainsi expressément avec une idée chère à Coquille. En effet, elle s'appuie sur le principe général dans lequel s'inscrit, selon lui, l'essence même de tout statut personnel, ce qu'il rappelle en introduction du paragraphe LXXVI :

[XXIII.] [Règle III.] LXXVI. Cette règle est fondée sur la doctrine de Dumoulin, de Coquille et autres, rapportée au n° 62 ci-dessus, que les coutumes qui regardent le bien universel des peuples, les bonnes mœurs et l'honnêteté publique méritent d'être étendues hors de leur territoire. En effet, on ne saurait douter que ce ne soit le vœu commun des Législateurs des provinces, soit qu'ils l'aient exprimé, comme cela est arrivé quelquefois, soit qu'ils aient négligé de le faire. Ainsi, *par un intérêt mutuel, l'extension de ces sortes de coutumes, loin de trouver des obstacles dans les autres, doit y être extrêmement favorisée.*⁷¹⁹

La dernière phrase dudit paragraphe est l'une des expressions les plus révélatrices qui se puisse trouver chez Bouhier d'une *comitas* bien entendue, c'est-à-dire destinée à véhiculer hors du territoire les statuts personnels qui répondent à l'ordre public d'une province, parce que fondée sur la réciprocité et sur la « bienséance » entre les différentes coutumes. Par conséquent, les prohibitions et défenses *ratione personae* doivent avoir une « cause publique » et regarder « le bien général de la société » (n° LXXVII) : parce qu'elles traduisent une organisation particulière à une société et des valeurs essentielles que celle-ci entend faire respecter, elles sont « fondées sur le Droit public » (n° LXXVIII). L'incidence de cette défense d'ordre public se ressent sur le champ d'application territorial de la norme qualifiée de la sorte.

[XXIII.] [Règle III.] LXXIX. ...elle a lieu sur les biens qu'a cette personne sous un autre statut, non par un empire direct, mais par une déférence politique et louable des Magistrats, dont le zèle pour le bien public doit, en ce cas, se prêter à l'extension de coutume à coutume.⁷²⁰

La *comitas* permet ainsi d'obtenir l'exécution, dans le détroit d'une autre coutume, d'une disposition personnelle reconnue d'ordre public par la coutume d'origine, alors même que la coutume d'accueil contiendrait des dispositions différentes. La contradiction se lève à partir du moment où la coutume étrangère ne prétend pas exercer un « empire direct », car la disposition personnelle ne s'applique pas aux biens *indirecte, sed per consequentiam*, pour reprendre la formule de Guillaume de Cun, s'adressant au premier chef à la personne. La coutume étrangère sollicite donc, de la part des autorités dirigeantes de la province d'accueil, son application *ex comitate*. Or, ce procédé présente l'indéniable avantage de laisser les autorités (les « Magistrats ») libres de décider si la disposition étrangère doit être appliquée au nom du bien public et de l'équité ou si, au contraire, elle heurte les valeurs de leur ordre juridique. Tout dépend, en réalité, si ces autorités partagent, ou non, à l'égard de ces statuts la qualification de « bien public » que leur assignent les autorités de la province d'origine. Or, Jean Bouhier est d'autant plus attaché à cette bonne intelligence entre les coutumes qu'il fait partie de ceux qui croient en l'existence d'un droit commun à l'ensemble du Royaume. Cette conviction, et peu important que ce droit commun soit identifié au droit

⁷¹⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°71, pp. 663-664.

⁷¹⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°76, pp. 664-665 (souligné par nous).

⁷²⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°79, p. 665.

coutumier ou au droit romain, peut éventuellement renforcer le sentiment des juristes qu'il existe une communauté de valeurs et un contexte politique favorable à la « bienséance » entre les différentes provinces du Royaume⁷²¹. Mais lui-même n'est que trop conscient que certaines provinces refusent cet idéal du droit commun et il relève que ces provinces sont, précisément, celles qui font, trop souvent, prévaloir la réalité sur la personnalité⁷²². Cette divergence de vues se retranscrit particulièrement dans l'étude qu'il fait du sénatus-consulte Velléien⁷²³.

Enfin, la règle IV, qui traite des « formalités extrinsèques des actes et de leur authenticité », ne présente pas davantage de rapport avec l'état et la condition de la personne que la règle III et confirme bien que le critère premier retenu par Bouhier pour qualifier un statut de « personnel » est bien l'effet extraterritorial et non l'objet. Son intention, à travers cette règle, est de justifier l'extraterritorialité de la règle *Locus regit actum*, puisqu'il fait état du consensus quasi général des auteurs en faveur de la soumission des formalités des actes à la loi du lieu où ceux-ci sont passés. Il en conclut ainsi que :

[XXIII.] [Règle IV.] LXXXIV. La considération qui les a déterminés, et qui est, en effet, le véritable fondement de la personnalité des statuts, c'est l'utilité publique et les grands inconvénients qui naîtraient de l'avis contraire.⁷²⁴

La volonté du président Bouhier d'assurer la libre circulation des coutumes (et, partant, des personnes) dans l'ensemble du Royaume de France et de veiller à leur application équitable, sans risquer de censure par les autorités des autres coutumes, le conduit à mettre en avant, à travers la notion de *comitas*, une extraterritorialité réfléchie, qui repose sur une conception du bien public ou de l'utilité publique qu'il espère le plus communément partagée par les différentes provinces. L'appel à la *comitas* n'est pas tant une marque d'adhésion à l'Ecole Hollandaise, dont il réfute l'esprit de souveraineté trop impérieux, que le recours à un expédient quelque peu artificiel qui ménage les susceptibilités des ordres juridiques coutumiers et assure, dans le respect de leurs ordres publics particuliers, la mise en œuvre pacifique d'un statut extraterritorial. Cette manière de faire lui semble plus s'ajuster à un contexte d'une France politiquement unifiée, où la définition du bien public peut susciter une communion dans la plupart des provinces, mais juridiquement toujours aussi diversifiée. C'est aussi cette volonté qui explique certains partis-pris à contre-courant de l'opinion dominante à propos de certains statuts pourtant traditionnellement considérés comme impérativement territoriaux et des solutions qui reflètent davantage la faveur de l'auteur pour la personnalité qu'un état du droit positif de son époque.

b) La personnalité des coutumes confrontées aux dispositions de police : les exemples de la légitimation par lettres du Prince et du sénatus-consulte Velléien.

En choisissant de s'attaquer à la toute-puissance de la réalité/territorialité et d'en atténuer la rigueur en recourant à un usage toujours plus fréquent de la *comitas*, Jean Bouhier s'expose

⁷²¹ C'est le sens de l'observation émise au paragraphe XLII du chapitre XXIII, évoquée plus haut : voir, *supra*, pp. 349-350 et note 699.

⁷²² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°44, p. 660, dans lequel il regrette que se maintienne encore de son temps, en certains cas, « l'ancienne prévention pour la réalité des coutumes ». Et d'ajouter : « Il y a même aujourd'hui des provinces, comme la Normandie et la Bretagne, où la réalité l'emporte communément sur la personnalité ».

⁷²³ Voir, *infra*, pp. 358-360.

⁷²⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°84, p. 666.

nécessairement à se heurter à des solutions classiquement reçues par la doctrine, parce que couronnées par une jurisprudence allant en ce sens. Deux exemples, qui se rangent parmi les statuts de police, soit parce que strictement territoriaux, soit parce que leur impérativité connaît une extension extraterritoriale, retiennent particulièrement, parmi d'autres, l'attention de Bouhier, qui entend bien démontrer qu'ils sont, tout au contraire, des statuts purement personnels. Il n'est pas innocent de constater que, pour ce faire, il emploie l'artifice de la *comitas* pour desserrer l'étau de la souveraineté/territorialité imposée par la législation étatique ou la coutume, locale ou provinciale, et pour espérer rallier à son point de vue les juristes les plus réticents à sa manière de voir.

1. La légitimation par lettres du Prince.

Le premier exemple, qui a trait à la question de la légitimation par lettres du Prince, s'inscrit dans le contexte du chapitre XXIV intitulé : « De la personnalité des statuts qui règlent en général l'état et la condition des personnes et leur capacité ou leur incapacité »⁷²⁵, qui développe, précisément, la règle I posée dans le chapitre précédent. La jurisprudence – et la doctrine à sa suite – traite avec la plus grande rigueur une forme de légitimation qui est toujours envisagée avec méfiance, en raison des implications politiques, familiales et fiscales qu'elle peut emporter. Cette légitimation est donc vue comme une manifestation exorbitante de la toute puissance d'un Souverain et, comme telle, condamnée à se circonscrire dans les limites du territoire qui bornent le pouvoir de l'autorité qui l'accorde⁷²⁶. Mais cette opinion majoritaire n'est pas du goût du président Bouhier. Voulant élargir au maximum les bénéfices de cette légitimation, il tient pour acquis, avec une certaine tendance doctrinale, que les effets tenant à la condition d'enfant légitimé ont vocation à être reconnus partout⁷²⁷. Mais, surtout, espérant convaincre d'étendre cette règle aux effets tenant à l'état de la personne et à sa condition successorale, il développe un raisonnement qui s'appuie entièrement sur la mise en œuvre de la *comitas* :

[XXIV.] CXXVI. Il est vrai que nos auteurs⁷²⁸ croient que cette règle n'a lieu, ni pour les honneurs et les dignités que le légitimé par lettres pourrait prétendre dans une autre souveraineté, ni pour les successions qui pourraient y être ouvertes. La raison qu'ils en donnent est que les lois d'une Nation n'ont aucune autorité hors de leur territoire.

CXXVII. On pourrait, néanmoins, dire avec quelque apparence de raison que, quoique ce principe

⁷²⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIV, n°125-129, pp. 689-690.

⁷²⁶ Sur la jurisprudence et la doctrine dominantes en matière de légitimation par lettres du Prince, voir, *infra*, pp. 534-540.

⁷²⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIV, n°125, p. 689 : « Que, si le bâtard est légitimé par lettres du Prince, et qu'il ne s'agisse que de savoir si la tache de la bâtardise est effacée en sa personne, en ce cas, on ne doute point que la légitimation ne doive être reconnue partout, même dans les souverainetés étrangères. C'est le sentiment unanime de tous les Docteurs [dont Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii*, op. cit., article 218, glose VI, Paris, 1605, n°20, pp. 52-53, et plusieurs autres cités et suivis par Paul VOET, *De statutis*, op. cit., section IV, chapitre III, n°15, pp. 156-157] qui est fondé sur cette règle, qu'au moment de la légitimation le bâtard acquiert tous les droits civils et naturels [voir Charles DUMOULIN, *Commentarius in priores titulos antiquae Consuetudinis Parisiensis, titre I, § VIII, glose I sur le mot « Dénombrement »*, n°44, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome I, pp. 164-165] qui peuvent appartenir aux enfants légitimés ».

⁷²⁸ Antonio PEREZ, *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani*, Anvers, 1720, tome premier, livre V, titre XXVII, n°26, p. 400, et beaucoup d'autres allégués par Paul VOET, *De statutis*, op. cit., section IV, chapitre III, n°15, pp. 156-157 ; Henri VAN KINSCHOT, *De rescriptis gratiae*, in *Responsa sive consilia juris. Item de rescriptis gratiae*, Louvain, 1633, sixième traité, chapitre VII, pp. 104-105 ; Nicolas de BOURGOGNE, *Elucidatio juridica juris statutarii*, in *Opera omnia*, Bruxelles, 1718, chapitre X, n°38, pp. 47-48.

soit certain à la rigueur, il semble néanmoins que, par une espèce de Droit des gens, et par une courtoisie réciproque entre les Peuples qui sont amis, et où chacun trouve son intérêt, la rigueur en ait été tempérée en plusieurs occasions, et surtout *quand la police de chaque Nation n'en est point blessée*.⁷²⁹

La « courtoisie réciproque entre les Peuples qui sont amis » – pour reprendre l'expression qui reflète le mieux, dans cet extrait fameux, l'influence de l'Ecole Hollandaise sur le président Bouhier – est invoquée, dans ce contexte, afin de faire se relâcher la rigueur du droit, si prompte à restreindre territorialement, et à l'exclusion de toute autre loi, l'application de la loi locale, considérée comme souveraine. Elle est également invoquée afin de faire accorder le bénéfice de l'application extraterritoriale à une décision de légitimation qui, autrement, n'aurait aucun effet en dehors du territoire de l'autorité qui l'a prononcée. Le statut personnel permissif de celui qui n'est pas sujet du législateur local doit donc s'en remettre à la courtoisie – que l'on espère réciproque – pour espérer que son rattachement à un domicile étranger, et donc à la loi d'un autre Etat, soit reconnu dans le territoire du législateur local. Mais elle constitue également, aux yeux de l'auteur, un moyen commode et efficace d'argumenter en faveur d'une plus grande tolérance envers l'extraterritorialité d'un droit acquis. Ce que la rigueur du droit civil de chaque Nation refuse, les rapports fondés sur le Droit des gens peuvent l'accorder, par dérogation à un « principe certain » et parce que « l'intérêt de chacun » repose sur la réciprocité des bénéfices. La *comitas* remplit donc le rôle d'un expédient dont l'utilité consiste à nuancer l'intransigeance des ordres juridiques, provinciaux ou nationaux, et à convaincre les plus récalcitrants de se prendre au jeu des relations privées internationales.

En effet, il ne s'agit là que d'accommodements avec un principe qui est, ici, réaffirmé et consolidé : la souveraineté/territorialité de la loi de chaque Nation, qui fait partie intégrante de sa « police ». Or, en l'occurrence, cette police, qui est en mesure de s'opposer à ce qu'une décision étrangère déroule ses effets sur le territoire, remplit tout aussi bien le rôle d'une exception d'ordre public moderne⁷³⁰, qui priverait de tout effet sur le territoire un droit régulièrement constitué dans le pays de l'autorité qui en est à l'origine, que celui d'une loi de police. De fait, dans ce paragraphe CXXVII, la clause finale sur la loi de police/exception d'ordre public est formulée de manière suffisamment générale pour rappeler le principe premier, mais aussi pour mettre en garde contre l'accueil hostile qui peut être réservé à un droit étranger lorsqu'il heurterait trop les valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for. Elle évoque et annonce, tout à la fois, les lois de police et l'exception d'ordre public. Certainement conscient de la hardiesse de la thèse minoritaire qu'il s'acharne à soutenir, Bouhier doit ainsi s'en remettre au diptyque *comitas*-souveraineté/territorialité pour emporter la conviction de ses éventuels opposants.

2. Le sénatus-consulte Velléien normand.

Le second exemple est relatif à l'une des plus emblématiques « lois de police » de la France de l'Ancien Droit : le sénatus-consulte Velléien normand. Sur cette question de droit très fameuse,

⁷²⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXIV, n°126 et 127, p. 689. Sur ce passage, voir Hugues RICHARD, « La place du président Bouhier », *op. cit.*, pp. 123-124.

⁷³⁰ Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté*, *op. cit.*, tome 1^{er}, Bruxelles/Paris, 1956, chapitre 1^{er}, p. 32, voit, dans cette « police de la Nation » la préfiguration de l'ordre public international, le concept de police semblant, en l'occurrence, regrouper, selon lui, « certains principes qui mettent obstacle à l'application de la loi étrangère à laquelle renvoie la règle de conflit ».

la jurisprudence et la doctrine majoritaires s'accordent à reconnaître la dimension personnelle de la capacité ou de l'incapacité de la femme à se porter caution pour les actes d'autrui. Mais ils s'accordent également à protéger l'ordre juridique normand, notoirement hostile à toute forme de caution, de toute application sur son territoire d'un statut permissif. Pour ce faire, ils acceptent qu'il soit fait recours au statut réel prohibitif.

Jean Bouhier, lui, ne manque pas d'afficher sa réprobation envers la solution jurisprudentielle, qui tend à faire concourir les deux statuts, personnel et réel, pour résoudre la difficulté soulevée par l'hostilité normande. Il fait entendre une opinion pour le moins hétérodoxe au sujet de l'incapacité velléienne. Pour lui, celle-ci est l'exemple même d'une « prohibition (faite) aux personnes qui lui sont soumises, pour quelque cause publique », régie par la règle III du chapitre XXIII, et, logiquement, il la répute personnelle, comme la jurisprudence et la majeure partie de la doctrine. Mais il refuse de donner tout effet à un éventuel statut réel normand qui ferait obstacle à toute application sur le territoire de la province d'un engagement valablement contracté par une femme qui n'est pas soumise au Velléien et considère comme absurde toute idée d'une solution qui appliquerait concurremment un statut personnel et un statut réel. L'exposé qu'il en donne est donc davantage un plaidoyer d'opportunité en faveur de sa thèse qu'un reflet du régime juridique effectivement applicable au sénatus-consulte Velléien :

[XXIII.] [Règle III.] LXXX. Telle est la défense faite aux femmes de se rendre cautions pour leurs maris, portée par le Sénatus-consulte Velléien qui s'observe encore en Normandie ; car, quand il s'agit de savoir si cette défense s'étend sur les biens que les femmes ont hors de cette province, le Parlement de Paris ne fait aucune difficulté de juger pour l'affirmative ; quoique l'autorité du Sénatus-consulte soit abrogée dans son ressort. On peut voir ce que j'en dirai ci-après au chapitre XXVII⁷³¹, où je rapporterai d'autres exemples qui confirmeront la règle dont il s'agit.⁷³²

C'est, précisément, en ayant cet exemple en tête que Bouhier réclamait, dans le paragraphe précédent, cette « déférence politique et louable des Magistrats, dont le zèle pour le bien public doit, en ce cas, se prêter à l'extension de coutume à coutume », qui est une manière d'en appeler à la *comitas* en faveur de la disposition normande. Mais cette *comitas* doit, équitablement, souffrir la bilatéralité et jouer également en faveur des coutumes qui, ayant abrogé le Velléien, autorisent l'engagement de la femme lorsqu'elles prétendent s'appliquer à des biens situés en Normandie.

C'est parce qu'il la considère illogique avec ses propres principes qu'il manifeste, dans le chapitre XXVII, son indignation⁷³³ à l'égard de la jurisprudence qui autorise une exception à cette bilatéralité dans le cas de la Normandie, par considération pour les articles 539, 540 et 542 de la coutume de cette Province. Il fustige cette exception, fondée, selon lui, sur « l'ancien préjugé de la réalité des coutumes, qui s'est enraciné en Normandie plus que dans aucune autre Province, et qui s'est même communiqué quelquefois aux pays voisins »⁷³⁴. Il n'admet pas que des cours de justice et des auteurs, qui ont précisément admis la personnalité de l'incapacité velléienne, acceptent de se soumettre à l'exception de réalité que leur impose l'ordre juridique normand. Il ne voit pas dans les articles précités les marques d'une « prohibition réelle et absolue » de la part de la coutume de Normandie et il disqualifie même l'article 340 en statut exorbitant, le condamnant, dans la logique

⁷³¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVII, n°5-13, pp. 751-752.

⁷³² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°80, p. 665.

⁷³³ Sur l'hostilité qu'affiche Bouhier à l'égard de la position jurisprudentielle, voir Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne, XVII^e-XVIII^e siècles*, Mémoire de DES, Caen, 1972, pp. 96-100.

⁷³⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVII, n°8, p. 752.

de son système, à la réalité la plus stricte⁷³⁵. Il exhorte, enfin, les Normands, à se décider entre la personnalité et la réalité de l'incapacité velléienne et les encourage à se prononcer en faveur de la personnalité, qui « leur est plus avantageuse et beaucoup mieux établie »⁷³⁶. Cette manière de faire revient, surtout, à faire valoir aux Normands qu'ils retireraient, via la qualification de statut personnel, un grand bénéfice de la réciprocité vis-à-vis des autres coutumes du Royaume. C'est, en creux, faire valoir la supériorité d'un système qui repose sur « l'intérêt mutuel des peuples » et, donc, sur la *comitas*.

Au travers de ces deux exemples, les deux qui mettent le plus ouvertement en scène la *comitas*, Bouhier déploie sa science pour la mettre au service de sa conception du conflit de coutumes. La *comitas* est autant un vecteur de l'extraterritorialité qu'un instrument de combat en faveur de la personnalité dans un contexte encore marqué par la prédominance de la réalité des coutumes, instrument qu'il lui est loisible d'agiter dès lors qu'il entend renverser le principe premier de la territorialité et lui substituer un qui soit plus conforme à ses vœux.

c) L'achèvement de la théorie : la présomption de personnalité des coutumes.

C'est sans doute l'un des aspects les mieux connus et les mieux étudiés de la doctrine de Jean Bouhier. Conformément à ce qu'il avait annoncé à la fin de son chapitre XXIII, servant de théorie générale des statuts⁷³⁷, il consacre, au terme de ses *Observations*, un chapitre XXXVI et dernier à la question de savoir « si, dans le doute, un statut doit être tenu pour réel, ou pour personnel ». Dans son entreprise de refondation, le magistrat bourguignon a entendu faire prévaloir, contre le dogme de la primauté du statut réel, un système qui donne une juste place aux statuts personnels, en ayant recours à la « courtoisie réciproque entre les Peuples » pour contrebalancer la ferme emprise de la souveraineté/territorialité. Guidé par la conviction qu'il y aurait avantage, pour tous, à s'en remettre à la personnalité des coutumes dans un cadre politique et juridique qu'il estime désormais unifié et mûr, il va exposer, dans cet ultime chapitre, les raisons qui le conduisent à donner la préférence à ce dernier système et à rompre avec une logique qui, depuis d'Argentré jusqu'à son contemporain Boullenois, envisageait les conflits de coutumes à travers le prisme de la réalité.

Dans la réponse à la question qu'il pose en tête de son chapitre XXXVI, il s'évertue à défendre, contre l'opinion dominante, l'idée d'une présomption de personnalité, qui doit jouer en faveur de cette dernière en cas de doute. Son argumentaire se construit autour de la conviction que les statuts réels doivent s'interpréter strictement, tandis que, *a contrario*, les statuts personnels sont d'interprétation extensive. Se réclamant, une nouvelle fois, du Dumoulin romaniste des *Conclusiones*, il étaye cette conviction à l'aide de trois raisons qu'il allègue pour conforter l'idée de donner la primauté, en cas de doute sur la nature d'un statut, à la personnalité des coutumes, aux dépens de la réalité, c'est-à-dire trois raisons de reconnaître la supériorité des avantages qu'elle offre aux particuliers :

1° D'abord, les statuts qui trouvent leur fondement dans le Droit naturel ou dans le Droit commun sont personnels, parce qu'ils sont conformes à l'équité et à l'intérêt mutuel des peuples :

[XXXVI.] IV. La raison est que le droit naturel est la loi primordiale de toutes les nations. Et, à

⁷³⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVII, n°11, p. 752.

⁷³⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVII, n°13, p. 752.

⁷³⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°97, p. 667.

l'égard du droit commun, comme il est le droit ancien et foncier du Royaume... et qu'il est d'ailleurs fondé, presque toujours, sur les règles de l'équité, nous devons en faciliter le retour, ou, du moins, nous en rapprocher autant qu'il est possible : ce qu'on ne saurait mieux faire qu'en donnant la plus grande extension aux statuts qui y sont conformes. Car, en ce cas, les différentes lois des provinces doivent être considérées comme une seule et même coutume, suivant que le dit un fort habile homme⁷³⁸.

V. En effet, si la règle veut, comme on en convient, que les lois exorbitantes doivent être restreintes dans leur cas et dans leur territoire, il faut, par une raison contraire, que les lois conformes à l'équité naturelle et au droit commun aient un effet opposé... Quand on peut donner deux interprétations opposées à un statut, il faut préférer le parti qui tend le plus à favoriser le droit commun...⁷³⁹

Conformément à son idée que les différentes coutumes du Royaume doivent se fédérer autour du droit commun, qui leur est supérieur dans la mesure où il exprime le mieux le sens de l'équité et où il transcende les particularismes provinciaux, Bouhier considère qu'il est nécessaire de privilégier les coutumes « conformes à l'équité naturelle et au droit commun », afin de faciliter l'unification juridique du Royaume, et de marginaliser les coutumes qui en sont exorbitantes, en les restreignant dans leur territoire. L'exorbitance d'une disposition, précise-t-il, suffit à la ranger parmi les statuts réels.

2^o Les statuts étant principalement établis en faveur des personnes, et, accessoirement, en considération des biens, le doute doit toujours profiter aux statuts personnels plutôt qu'aux statuts réels :

[XXXVI.] IV. Cela peut être fortifié par cette considération qu'en concurrence de la personne et de la chose, la personne doit régulièrement l'emporter ; *quum personae rebus praepontantur*, dit Accurse⁷⁴⁰. Ainsi, dans le doute, le statut doit être plutôt présumé personnel que réel ; et cela est d'autant plus convenable que, suivant les jurisconsultes suivis en cela par Dumoulin⁷⁴¹, les lois sont principalement faites pour les personnes. Ce qui a fait avouer à M^e Froland lui-même⁷⁴² que la personne, comme plus noble, doit l'emporter sur les biens qui ne sont faits que pour elle.⁷⁴³

Le président Bouhier a toujours professé un grand respect pour la loi personnelle, la loi du domicile de la personne étant la loi la plus naturelle à l'homme selon lui, qui déclarait en préambule de sa dissertation que « les hommes sont naturellement soumis à la loi de leur domicile »⁷⁴⁴. Il cherche ainsi à favoriser largement l'extension de cette loi en dehors du territoire du domicile et il espère, par cet argument, convaincre de la nécessité de respecter l'empire de la loi personnelle en assurant l'exportation du droit acquis sous l'empire de cette dernière dans les territoires étrangers.

Cette ambition rejoint une autre préoccupation chère au magistrat bourguignon : l'intérêt des particuliers. Ainsi que le témoigne l'architecture de son système, l'*utilitas privatorum* lui importe davantage que les égards dus à la souveraineté/territorialité. La promotion du statut personnel, si

⁷³⁸ Philippe de RENUSSON, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, chapitre VI, n^o29, in *Œuvres*, Paris, 1780, p. 33.

⁷³⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXVI, n^o4 et 5, pp. 819-820.

⁷⁴⁰ ACCURSE, *Glossa ordinaria*, à la loi *Ob aes alienum* au titre *De praediis vel aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis* (C. 5. 71. 12), in *Corpus juris civilis Justiniani cum commentariis Accursi*, Lyon, 1627, 6 volumes, volume n^o4, livre 5, titre 71, 12, p. 1380.

⁷⁴¹ Charles DUMOULIN, *Consilium XVI*, n^o2, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome deuxième, p. 854.

⁷⁴² Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 1^{er}, première partie, cinquième chapitre, p. 101.

⁷⁴³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXVI, n^o6, p. 820.

⁷⁴⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n^o2, p. 580.

étrangère à la mentalité hollandaise, n'a d'autre but que de desserrer l'emprise de la coutume sur les personnes et les biens situés sur son territoire et de développer, via l'extraterritorialité, le commerce juridique entre les diverses provinces du Royaume ou entre Etats différents. C'est ce que démontre amplement l'exemple précité de la légitimation par lettres, dont Bouhier réclame l'extraterritorialité de l'ensemble des effets, sous réserve du jeu de l'ordre public du for : l'intérêt du légitimé seul le motive. Dans son œuvre, la *comitas* se met au service des particuliers, alors qu'elle n'est, chez les Hollandais, qu'une concession, entendue de la manière la plus restrictive et la plus modeste, destinée à souligner, par effet de contraste, la toute-puissance de la souveraineté.

3° Le bien public au sein du Royaume de France exige de prendre parti pour la personnalité des coutumes, tandis que le principe de réalité entretient une mauvaise intelligence entre les diverses coutumes, comme en témoignent les conséquences néfastes du morcellement des successions induit par l'application trop stricte de la *lex rei sitae* :

[XXXVI.] VII. Une dernière raison encore plus considérable pour se déterminer, dans le doute, en faveur de la personnalité des coutumes, c'est que le bien public demande qu'on l'étende le plus qu'il est possible. La raison est que, comme la réalité introduit dans une même succession divers patrimoines, il n'est pas concevable combien cette diversité cause d'embarras et de procès dans les partages des successions ; surtout dans celles des grandes maisons, dont les biens sont répandus dans plusieurs coutumes différentes : les inconvénients en sont souvent relevés par nos auteurs⁷⁴⁵ et le fait n'est que trop notoire.

VIII. On peut s'assurer, au contraire, qu'il n'en résulte aucun de la personnalité des coutumes ; car elle rend les partages simples et uniformes, et, par conséquent, exempts d'embarras et de procès. Toutes les provinces ont donc un mutuel intérêt de préférer ce parti à celui de la réalité des statuts. C'est précisément le cas du bien universel, dont parle Dumoulin ; et tout bon juge, tout bon citoyen, doit s'y porter d'autant plus volontiers que les règles bien entendues n'y résistent en aucune manière.

IX. A parler en général, il est fort indifférent aux peuples qu'un statut soit déclaré réel ou personnel ; car ce que les particuliers peuvent perdre dans l'un de ces partis, ils le regagnent dans l'autre : ainsi, tout devient égal. Cela étant, tout ce qui doit déterminer les juges à prendre l'un ou l'autre, c'est le bien public, quand il se trouve concourir avec le droit commun, et avec l'équité sur laquelle les règles de ce droit sont communément fondées. Voilà le véritable fil qui doit nous guider dans le labyrinthe des procès de cette espèce, comme je crois l'avoir suffisamment établi dans un autre chapitre (chapitre XXIII, n° 62 et 63).⁷⁴⁶

Cette troisième raison n'est, au fond, pas très éloignée des deux précédentes, comme le rappelle le paragraphe IX qui fait référence au droit commun et à l'équité. Elle rappelle que la finalité des statuts personnels, et de la *comitas* censée les soutenir en dehors des frontières, a toujours été le bien public et, par voie de conséquence, l'utilité commune des particuliers qui trouveront toujours avantage à une coopération entre les différents ordres juridiques provinciaux. Ceux-ci ont d'autant moins de motif à résister à la personnalité qu'elle ne leur est nullement préjudiciable et la réciprocité portée par la *comitas* est précisément destinée à ménager leur orgueil : « Toutes les provinces ont donc un mutuel intérêt de préférer ce parti à celui de la réalité des

⁷⁴⁵ Voir, entre autres, Jean-Marie RICARD, *Œuvres de M. Jean-Marie Ricard*, Paris, 1754, tome 2^{ème}, *Traité du don mutuel*, chapitre VII, n°328, p. 88 et Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 1^{er}, seconde partie, chapitre XXVIII, n°IX, p. 1321, et chapitre XXVII, n°2, p. 1290, et chapitre XXXI, n°11 et 12, p. 1513.

⁷⁴⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXVI, n°7-9, p. 820.

statuts » ; « il est fort indifférent aux peuples qu'un statut soit déclaré réel ou personnel ». Bouhier pointe du doigt, en l'espèce, l'une des difficultés les plus anciennes soulevées par la science du conflit de lois : le morcellement d'une succession en autant de successions particulières selon les lieux de situation des biens. Cette incommodité notoire, relevée et parfois dénoncée par les auteurs, n'a pu alimenter que les aspirations à l'harmonisation juridique au sein du Royaume – le « bien universel » – autour d'une règle de conflit unitaire, comme pourrait l'être, par exemple, la loi du dernier domicile du défunt. Il est donc difficile de s'expliquer que Bouhier ait pu, dans son chapitre XXX consacré aux successions légitimes, démentir ses inclinations personnalistes et prendre aussi résolument parti pour la réalité des coutumes en brandissant l'argument traditionnel de la conservation des biens immobiliers dans la famille et en faisant, cette fois-ci, recours à la maxime « Toutes coutumes sont réelles ». Cette contradiction manifeste⁷⁴⁷ reflète certainement une tension, présente dans l'œuvre de Bouhier, et qui n'est pas absente de celle de son contemporain Boullenois⁷⁴⁸, entre le droit positif de son époque, qui tient encore, en matière successorale, pour l'application exclusive de la *lex rei sitae* en matière immobilière, et l'aspiration à un droit positif en devenir, qui s'articulerait autour du principe de personnalité⁷⁴⁹.

3) Le droit romain comme droit commun du Royaume face aux coutumes, d'interprétation stricte.

Ce n'est pas un moindre paradoxe que l'un des traits qui aient le plus contribué à dessiner les contours de la doctrine du président Bouhier pour la postérité soit également l'un de ceux qui apparaissent, y compris pour son époque, l'un des plus originaux et les plus anachroniques. En effet, la dilection jamais démentie de l'illustre magistrat pour le droit romain et ses inlassables plaidoyers en faveur de sa reconnaissance comme droit commun de la France du XVIII^e siècle sont une affaire entendue⁷⁵⁰.

Les *Observations* lui offrent l'opportunité de revenir sur la question de la valeur et du rôle du droit romain au sein du Duché de Bourgogne et, plus généralement, du Royaume de France et de croiser le fer avec les « sectateurs » du droit commun coutumier⁷⁵¹. Il consacre les premiers

⁷⁴⁷ Déjà relevée par Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, p. 73.

⁷⁴⁸ Voir, *infra*, le pragmatisme de Boullenois sur cette question, pp. 475-476 et 486-487.

⁷⁴⁹ Sur le chapitre XXX relatif aux successions, voir Hugues RICHARD, « La place du président Bouhier », *op. cit.*, pp. 149-153. Le morcellement disparaît, en principe, avec le règlement-succession de l'Union Européenne n°650/2012 et la Cour de cassation l'a ramené à une exception à la solution de principe (Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 11 avril 2018, *Revue critique*, 2018, p. 877, note Bertrand Ancel).

⁷⁵⁰ Jean BART, « Coutume et droit romain dans la doctrine bourguignonne du XVIII^e siècle », *MSHDB*, n°28, 1967, pp. 141-171, spéc. pp. 150-159 et pp. 164-171, approfondit la question, références à l'appui. Jean Bouhier demeure un des noms les plus emblématiques de la résistance menée, au XVIII^e siècle, par les partisans du droit romain comme droit commun de la France, contre le droit commun coutumier : voir, entre autres, Vincenzo GUIZZI, « Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario », *TVR*, n°37, 1969, pp. 1-46, spéc. pp. 22-23, note 45, et 33-34, note 73 ; Hugues RICHARD, « La place du président Bouhier », *op. cit.*, pp. 101-116 ; Jean-Louis HALPERIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC*, 2000, n°52-4, pp. 717-731, spéc. pp. 717-718 ; Jacques KRYNEN, « Le droit romain, « droit commun de la France » », *Droits*, n°38, 2003-2, pp. 21-36, spéc. p. 34 ; Sylvain SOLEIL, « Les magistrats de second rang et la formation du droit français. Les *Règles du droit français* de Claude Pocquet de Livonnière, conseiller au présidial d'Angers », *Droits*, n°40, 2004-2, pp. 81-96, spéc. p. 87 ; Nicolas WAREMBOURG, « La notion de droit commun dans l'Ancienne France coutumière. Point d'étape », *GLOSSAE, European Journal of Legal History*, n°13, 2016, pp. 670-684, spéc. pp. 673-674.

⁷⁵¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre II, n°2, pp. 363-364 : « ... Pour ne rien négliger dans une affaire de cette importance, et où il s'agit de s'assurer une bonne fois quelles sont les lois auxquelles nous sommes soumis, au défaut des coutumes locales, j'ai tâché de traiter cette matière encore plus à fond. Je m'y suis même cru d'autant plus obligé que les sectateurs du droit coutumier n'augmentent que trop tous les jours parmi nous, malgré

chapitres aux différentes sources de droit en vigueur dans la province et dans l'ensemble du pays. C'est à cette occasion qu'il juge nécessaire de livrer les différents sens de la notion de droit commun et de contredire l'opinion de Dumoulin. Il en arrive alors à envisager le droit romain comme « le droit ancien et primordial des peuples, et qui fait comme la base et le fond de leur Jurisprudence » pour mieux dévoiler sa pensée :

[I.] XVI. Or, comme les lois romaines sont les plus anciennes de celles qui s'observent en Europe, et que, d'ailleurs, elles renferment les lumières les plus pures et les plus abondantes du bon sens et de l'équité sur toutes sortes de matières, c'est avec grande raison que tous les peuples se sont accordés, non seulement à leur donner le nom de *Droit commun*, mais encore à les distinguer, par ce nom, de toutes les autres lois postérieures.

[I.] XIX. ... Nos coutumes supposent elles-mêmes un droit commun, dont elles diffèrent, et ce droit, quel est-il donc, si ce n'est pas le droit romain ?

[I.] XXI. ... La thèse que je soutiendrai dans la suite ; savoir que le droit romain est le droit commun de la France.

[I.] XXIV. ... Il est constant que le nom de *Droit commun* est demeuré éminemment au Droit romain, comme embrassant lui seul presque toutes les choses qui sont le sujet des contestations des hommes.⁷⁵²

Après avoir établi « combien Dumoulin s'est équivoqué sur ce point » et combien se trompent tous les juristes qui, à la suite du célèbre avocat parisien, ont voulu voir dans les coutumes l'expression d'un droit commun national, Bouhier s'attaque précisément à la notion de « droit français », qu'il accueille bien volontiers⁷⁵³, mais pour mieux en exclure le droit coutumier. L'attaque est, de toute évidence, destinée à répondre à tous ces auteurs qui, sous couvert d'exposer le droit français, ont rempli leurs ouvrages de droit coutumier, tels Guy Coquille et son *Institution au droit des Français*, Louis Charondas Le Caron et Claude Pocquet de Livonnière avec leurs *Règles de droit français* ou encore Pierre de l'Hommeau et ses *Maximes générales du droit français*⁷⁵⁴. Son intention est de célébrer les vertus et la supériorité du droit romain⁷⁵⁵ et de reléguer à un rang inférieur la source coutumière, comme le prouve la conclusion de son chapitre I :

[I.] L. Le mal est que la plupart de nos auteurs confondent toutes ces choses [*relevant du droit français*] avec le droit coutumier, quoique la différence en soit essentielle ; car ce qui est du droit français lie généralement toutes les provinces, à moins que quelqu'une n'ait de justes raisons pour s'en exempter ; au lieu que l'autorité du droit coutumier est restreinte dans les bornes de la coutume des lieux, sans pouvoir s'étendre à d'autres, à l'exception de quelques cas : encore ne doit-

l'obligation particulière que notre propre coutume nous impose de suivre, et, par conséquent, d'étudier les lois romaines, qui sont devenues les nôtres, par l'acceptation volontaire que nos pères en ont faite. Plus le torrent devient fort et impétueux, plus il est important de lui opposer une digue capable de l'arrêter, et d'empêcher l'inondation générale dont nous sommes menacés »

⁷⁵² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre I, n°24, p. 357.

⁷⁵³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre I, n°30-50, pp. 358-363.

⁷⁵⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre I, n°31, p. 358, et n°34, p. 359, et chapitre II, n°28, p. 369.

⁷⁵⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre II, n°7-19, pp. 364-367, spéc. n°7 : « je tâcherai seulement, en faveur de ceux qui sont moins touchés des autorités que des raisons, d'observer ici celles qui fondent la supériorité du droit écrit sur le coutumier ». Ces raisons sont au nombre de quatre.

on le faire qu'au défaut du droit commun...⁷⁵⁶

Le chapitre I ne fait donc qu'inaugurer une longue série de chapitres introductifs qui tournent autour de la notion de droit romain comme droit commun et qui vont servir de ligne directrice pour les chapitres ultérieurs, y compris ceux qui sont consacrés aux conflits de coutumes. Le chapitre II n'entend-t-il pas vanter, jusque dans son titre « l'excellence du droit romain par-dessus celui de nos coutumes » ? La cause est trop chère au président Bouhier pour qu'il ne se sente pas obligé d'y revenir à maintes reprises et à multiplier les pétitions de principe, qu'il serait fastidieux et, sans doute, vain de vouloir toutes recenser⁷⁵⁷. Le chapitre IV, si fort opportunément intitulé « Que, de toute ancienneté, et presque jusques à notre temps, le droit romain a été reconnu pour le droit commun dans toute la France, sans en excepter les pays coutumiers », et qui constitue une véritable introduction historique au droit consacrée à l'aura et à la prédominance du droit romain en France, suffirait, d'ailleurs, à lui seul à lever toute ambiguïté sur le fond de la pensée de l'auteur. Il n'est donc guère étonnant de constater que, dans le chapitre XXXV qui traite précisément « de la réalité des lois qui sont exorbitantes du droit commun, ou manifestement injustes », figure la conclusion qu'il tire de la réalité de ces statuts :

[XXV.] II. Ce qui est une nouvelle preuve incontestable de ce que j'ai dit et répété plusieurs fois, et dont on ne saurait trop se souvenir, que les lois romaines sont véritablement le droit foncier et commun du Royaume, et que les coutumes, au contraire, étaient appelées (*sic*) *haineux Droit*, comme je l'ai observé ailleurs^{758,759}

En déniait, en termes acerbes, l'existence d'un quelconque « esprit général des coutumes »⁷⁶⁰, et en ne leur attribuant qu'un caractère particulier qui n'excède point les frontières de leur détroit⁷⁶¹, Bouhier refuse qu'il puisse être fait recours, en cas de silence d'une coutume, soit aux coutumes voisines, soit à la coutume de Paris. Il ne reconnaît pas la vertu propre d'une coutume à s'appliquer dans le détroit d'une autre et il cherche bien à démontrer que c'est là un privilège propre au droit romain. A l'exception des normes qui se rattachent au droit français, le droit romain est le seul droit, ès-qualités de droit commun, dont la force transcende les limites des coutumes et à se superposer sur l'ensemble du Royaume. L'intérêt réciproque des provinces et la communication entre les différentes coutumes qui y agissent doivent s'en remettre au droit romain qui a pour lui, non seulement sa perfection technique⁷⁶², mais également de représenter une tradition communément reçue et acceptée en France. En défendant aussi vigoureusement le statut de droit commun reconnu à ce droit, Bouhier souligne, par contraste, le rang subalterne occupé par les coutumes. Celles-ci, rapportées au Royaume dans son ensemble, ne sont que des droits particuliers qui ne peuvent être, tout au plus, qualifiés de « communs » que parce qu'ils fédèrent les

⁷⁵⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre I, n°50, p. 363. Voir, aussi, dans le même sens, le chapitre II, n°27, p. 369

⁷⁵⁷ Voir encore Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre VII, n°47, p. 424 et n°50, p. 425.

⁷⁵⁸ Voir Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre IV, n°56, pp. 393-394.

⁷⁵⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXV, n°2, p. 595.

⁷⁶⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre II, n°27, p. 369, n°33 et 36, pp. 370-371, et n°38, p. 372.

⁷⁶¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre II, n°41, pp. 372-373. Sur ce passage, voir, *supra*, p. 345.

⁷⁶² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre II, n°63, pp. 378-379 : « Rien n'est plus simple, ni plus commode, que de recourir au droit romain, qui est comme le grand océan de la jurisprudence, et où l'on trouve un fonds inépuisable de lumières sur toutes sortes de difficultés ».

habitants d'une province ou d'un lieu. Le droit romain apparaît, avec le droit français, comme le seul dénominateur commun qui lie et rapproche entre elles les coutumes du Royaume. Dans la perspective qui est la sienne, et qu'il aimerait voir restaurée dans la pratique de son temps, Bouhier considère que les coutumes sont, par nature, « de droit étroit », tandis que le droit romain est le « droit foncier et primordial de la France »⁷⁶³.

Renouant avec la sensibilité de la tradition statutiste envers le *jus commune*, Jean Bouhier fait ainsi du droit romain l'un des pivots autour duquel s'articule la personnalité et extraterritorialité d'un statut, puisque c'est de sa conformité ou de sa contrariété à l'ensemble de valeurs portées par ce droit supérieur que se jauge l'extension ou la restriction d'une disposition coutumière. Dans l'économie de son système, l'extraterritorialité d'une norme est admise lorsqu'elle est conforme à l'équité et lorsqu'elle répond à une nécessité de bien public. Les coutumes sont tout à fait habilitées à refléter le bien commun particulier à une province ou à un lieu, puisqu'elles sont le fruit d'une convention originelle des habitants et qu'elles reflètent l'ordre qu'ils ont entendu se donner, mais elles n'ont pas, pour autant, une vertu propre à assurer leur extraterritorialité : c'est tout le sens des propos de Bouhier lorsqu'il déclare qu'elles n'ont « aucune autorité coactive » hors de leurs frontières⁷⁶⁴. Le bien commun que prend à sa charge le droit coutumier est toujours un bien relatif, qui n'a aucune certitude d'être partagé par les autres provinces ou autres lieux⁷⁶⁵.

Puisqu'il n'est pas possible de s'adresser aux coutumes elles-mêmes pour y discerner les facteurs d'une fraternisation et d'une sympathie réciproques, Jean Bouhier se tourne naturellement vers le seul droit dont l'universalité est suffisamment assurée et unanimement acceptée pour former une référence pour toutes les normes qui lui sont inférieures : le droit romain. Or, le magistrat bourguignon a déjà eu, dès les premiers temps de ses *Observations*, l'occasion d'insister sur la relation profonde qu'entretient le droit romain avec l'équité. En effet, dans le chapitre II, il se sent tenu d'apporter un « éclaircissement » sur la notion d'équité, qui est, selon lui, mal comprise et invoquée à mauvais escient par ceux qui plaident en faveur d'un recours à la coutume de Paris en cas d'obscurité ou de silence d'une coutume⁷⁶⁶. Il prend bien soin de distinguer « l'équité naturelle », inscrite par la raison dans la conscience de tous, de « l'équité civile » qui se déduit de l'étude et de l'esprit des lois civiles, c'est-à-dire du droit romain. La première menace toujours de dégénérer en « équité cérébrine » source d'une « justice arbitraire et sujette à variations », lorsque la seconde incite à juger selon la règle de droit instituée par les législateurs et qu'expriment au plus haut point de perfection les lois civiles⁷⁶⁷. Or, le recours à la coutume de Paris, qui n'a pas une plus grande autorité que ses paires, et, par-delà même, à un chimérique droit commun coutumier porte les germes de la néfaste équité cérébrine. Aux yeux de Bouhier, seule l'équité civile constitue ce fonds communément partagé entre les différentes coutumes et juridictions de France. Le droit romain, en qualité de droit commun, et l'équité civile sont donc les deux seuls vecteurs d'extraterritorialité d'un droit né sous l'empire d'une coutume, puisque c'est de sa confrontation

⁷⁶³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre IV, n°56, pp. 393-394. Présenté ainsi, l'argument pourrait ne revêtir qu'une valeur purement historique, mais la conclusion du chapitre IV est sans ambiguïté sur les intentions de Bouhier de restaurer le prestige de la jurisprudence romain au détriment d'un prétendu droit commun coutumier : il y fustige cet esprit de « nouveauté », qui a conduit à substituer « un droit incertain et mal digéré à des lois méditées avec soin par les plus grands génies, et savamment interprétées » (n°96, p. 402).

⁷⁶⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre II, n°41, pp. 372-373. Sur ce passage, voir, *supra*, p. 345

⁷⁶⁵ Comparer avec les réflexions de Louis Boullenois sur le bien public, qui, malgré les différences qu'il relève entre la pensée de Bouhier et sa propre doctrine, rejoint celui-ci sur ce point, *infra*, pp. 470-472 et 492-493.

⁷⁶⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre II, n°42-51, pp. 373-375, spéc. n°43, p. 373.

⁷⁶⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre II, n°44-49, pp. 373-375.

avec ces deux types de normes supra-coutumières que se décide son extension, ou non, en dehors des frontières. Soit le droit coutumier se conforme à l'échelle des valeurs portées par les lois et l'équité civiles et, en ce cas, peut s'exporter ; soit il entre en contradiction avec lesdites valeurs et est condamné à la réalité la plus stricte. Il suffit de s'en référer aux trois raisons de préférer la personnalité à la réalité exposées par Bouhier en son chapitre XXXVI pour comprendre qu'il cherche à étendre les rapports intercoutumiers à l'aune du droit commun et de l'équité civile et à restreindre, jusqu'à les marginaliser, les coutumes trop contraires à l'esprit fédérateur des lois romaines à l'intérieur de leur territoire.

La conséquence en est que, parmi les statuts qui se voient cantonnés à la réalité à la plus stricte, figure une classe spéciale de normes coutumières envisagée au chapitre XXXV : les « lois qui sont exorbitantes du droit commun, ou manifestement injustes », classe qui semble résonner de manière anachronique dans la France du XVIII^e siècle, mais qui renoue à dessein avec la rhétorique des juristes médiévaux et qui ne se comprend que si elle est replacée dans l'économie générale de la doctrine du président Bouhier. Or, ce caractère exorbitant du droit commun doit être d'autant moins négligé que le magistrat bourguignon analyse les lois de sûreté à la lumière de ce critère.

B. Les statuts prohibitifs chez Jean Bouhier.

Les statuts réels prohibitifs ont une vocation naturelle à prendre place au sein du système de Jean Bouhier, dans la mesure où ils constituent l'expression ultime de la réalité/territorialité. A ce titre, ils se rangent à égalité avec les lois de police qui représentent une catégorie à part entière de statuts réels. En effet, Bouhier est bien conscient qu'un discours sur les conflits de coutumes doit nécessairement composer avec ces dispositions prohibitives édictées par chaque ordre juridique coutumier et qui empêchent l'exécution sur leur territoire d'un droit valablement créé ailleurs. Il livre son sentiment sur la question à deux reprises au cours de ses *Observations*. Dans le chapitre XXIII, il rappelle que la diversité et la contrariété des coutumes sont de nature à susciter des contradictions entre les différents types de statuts, personnel et réel, et qu'il est nécessaire d'établir des règles pour résoudre les contentieux dont ils peuvent être la source⁷⁶⁸. C'est donc à cette occasion qu'il s'approprie pleinement la règle qu'avait établie, quelques années plus tôt, Louis Boullenois dans la sixième de ses *Questions sur les démissions de biens* et dans le discours préliminaire de ses *Dissertations* : « le statut personnel qui permet une chose cède au statut réel qui la défend », maxime qui condense toute la force qui s'attache aux statuts prohibitifs⁷⁶⁹. Dans ce chapitre XXIII, Bouhier ne fait que reprendre les développements qu'il avait amplement dédiés aux statuts prohibitifs dans le chapitre XXI qui s'attache à expliquer « par quelles coutumes ou statuts sont liées les personnes ou les biens, et si l'on y peut déroger ». C'est au regard des éléments de théorisation des statuts prohibitifs livrés par Bouhier dans le chapitre XXI (1.) que s'éclairent les cas concrets étudiés par le magistrat bourguignon dans les chapitres suivants (2.).

⁷⁶⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXIII, n°90, pp. 666.

⁷⁶⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXIII, n°91, pp. 666. Il emprunte cette règle à Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 163, 4^e, et *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, discours préliminaire, p. XXI, règle XII : sur cette règle, voir, *infra*, pp. 474-475. Sur les statuts prohibitifs chez Bouhier, voir Hugues RICHARD, « La place du président Bouhier », *op. cit.*, pp. 116-117.

1) Les éléments de théorisation des statuts prohibitifs selon Jean Bouhier.

Dès le chapitre XXI, discutant de l'empire, réel ou personnel, des statuts, Jean Bouhier revient sur une *summa divisio* couramment reçue dans la doctrine française : celle qui distingue entre les statuts exclusifs ou négatifs, d'une part, et les statuts prohibitifs, de l'autre. Les premiers établissent une règle susceptible d'être écartée par les conventions contraires des parties⁷⁷⁰, tandis que les seconds, défendent, à peine de nullité, qu'il soit porté atteinte à la disposition qu'ils comportent :

[XXI.] LI. La loi prohibitive est beaucoup plus forte. On cite sur cela, communément, la fameuse Constitution des Empereurs⁷⁷¹ qui prononce la nullité de tout ce qui a été fait contre la prohibition des lois en cette sorte : *Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos volumus videri subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente*. Décision qui doit indubitablement s'appliquer à nos coutumes, puisque, dans leur territoire, elles n'ont pas moins de force que les autres lois.⁷⁷²

En usant de tout un jeu de sous-distinctions, Bouhier s'efforce de cerner les contours de la notion de statut prohibitif :

1° Dans un premier temps, il s'interroge sur la portée de la sanction que la constitution impériale semble imposer à tout acte qui contreviendrait à l'interdiction qu'elle assigne à une règle prohibitive. Faut-il y voir une nullité, comme le laisse entendre sa formulation très générale, ou est-il loisible d'en déduire une simple inefficacité ? En cas de nullité, *quid* de la nullité relative ? Est-elle soumise au même régime que la nullité absolue ?

Pour Bouhier, il existe effectivement des « lois prohibitives, qui n'empêchent pas que l'acte fait contre la prohibition ne subsiste par lui-même »⁷⁷³ : ainsi en serait-il, pour lui, des sénatus-consultes Macédonien⁷⁷⁴ et Velléien⁷⁷⁵, dont les défenses n'atteignent pas un acte qui leur serait contraire à sa racine. La force de l'interdiction s'arrêtant aux bornes mêmes de l'autorité qui l'édicte, l'acte, inefficace ici, pourra déployer ses effets ailleurs, où la prohibition n'existe pas. La vigueur du Velléien normand, par exemple, n'empêche pas l'acte d'engagement pour autrui de la femme domiciliée à Paris d'agir dans le détroit des coutumes ayant abrogé le Velléien : l'effet de la prohibition est purement relatif. Mais il existe bel et bien des lois prohibitives qui prononcent la nullité ou qui l'induisent dans ces termes : en ce cas, « il est constant qu'il n'est pas permis aux particuliers d'y déroger par aucunes conventions »⁷⁷⁶. Bouhier trouve trois exemples de dispositions coutumières qui prononcent de manière explicite une nullité à l'égard des actes qui dérogeraient à

⁷⁷⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°49, p. 588.

⁷⁷¹ CODE JUSTINIEN, livre I, titre XIV, 5 (loi *Non dubium*) : « Nous voulons qu'aucun pacte, aucune convention, aucun contrat ne puisse être tenu pour valable entre ceux qui contractent lorsque la loi interdit de contracter » (rescrit des empereurs Théodose II et Valentinien III rendu le 7 des ides d'avril 439).

⁷⁷² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°51, p. 588.

⁷⁷³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°52, p. 588.

⁷⁷⁴ Sur le sénatus-consulte Macédonien, voir Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVII, n°3, p. 751.

⁷⁷⁵ En effet, l'interdiction portée par le Velléien est, généralement, considérée comme personnelle et extraterritoriale. Le simple fait de se heurter à un statut prohibitif dans le détroit d'une coutume qui veut y soustraire les biens qui sont situés sur son territoire n'entraîne pas l'annulation de l'acte. Mais il faut réserver le cas de l'interdiction velléienne en Normandie, puisque la jurisprudence, parisienne comme normande, semble interdire à tous, purement et simplement, par le jeu d'une loi de police avant la lettre, la faculté de disposer des biens situés sur le territoire normand. Sur ce particularisme, voir, *infra*, pp. 554-563 et, *supra*, pp. 358-360 pour connaître l'opinion de Bouhier, défavorable à ce traitement de rigueur infligé par l'ordre public normand.

⁷⁷⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°53, p. 588.

l'interdiction qu'elles posent. Deux de ces exemples sont, précisément, extraits de la coutume de Normandie et renvoient à un principe dégagé en jurisprudence :

[XXI.] LIV. ... Les statuts qui défendent de déroger à leurs dispositions sont plus rares : on en trouve quelques exemples dans la coutume de Normandie. C'est ainsi que, par l'article 330, elle ordonne que : *quelque accord qui ait été fait par contrat de mariage, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari, que ce qui leur appartient par la Coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger*. Or, par cette coutume, il n'y a point de communauté entre les conjoints, et la femme n'a que quelque droit léger aux conquêts, soit en propriété, ou même en usufruit seulement, suivant qu'il est réglé par l'article précédent. Pareillement en l'article 371, il est dit que la femme ne peut avoir douaire plus que le tiers de l'héritage, *quelque convenant qui soit fait au traité de mariage*. Cette défense me paraît aussi forte que si ces articles avaient exprimé la peine de nullité, et c'est l'avis des commentateurs de cette coutume.⁷⁷⁷

Toujours dans le cadre de cette question, Bouhier reprend une question agitée par un certain nombre d'auteurs avant lui et s'interroge, ainsi, sur la nécessité du caractère exprès de la prohibition portée par la coutume. Selon lui, c'est de l'esprit de la loi et de l'intention des législateurs, et non de la lettre même, qu'il convient de déduire son caractère prohibitif :

[XXI.] LVII. Il n'est pas même toujours nécessaire, pour opérer la nullité de l'acte fait contre la prohibition, qu'elle soit précisément prononcée par la loi, ou qu'elle défende expressément d'y déroger ; il suffit qu'elle s'explique d'une manière qui donne à entendre que c'est son intention, et que *son esprit est exclusif*, pour me servir de l'expression d'un habile homme^{778,779}

D'où le troisième exemple qu'il cite à l'appui de sa démonstration, et relatif, cette fois, à l'article 27 de la coutume de Bourgogne sur le « douaire divis »⁷⁸⁰ : ce douaire préfix, inclus dans le contrat de mariage, ne peut excéder le douaire coutumier, sous peine d'être réduit à celui-ci. La présence de cette dernière sanction « rend la disposition prohibitive », comme l'avaient déjà remarqué Dumoulin et Boullenois.

Fidèle au fil directeur qui est le sien, c'est-à-dire de toujours privilégier l'intention du rédacteur de la loi à la lettre même de la règle, Bouhier inscrit dans le cadre de l'étude de cette question relative à la nullité, ou non, qui résulterait d'un statut prohibitif la fameuse distinction entre nullités absolues et nullités « respectives », c'est-à-dire relatives⁷⁸¹ :

[XXI.] LXII. ... Comme il y a deux sortes de nullités, les unes absolues, et les autres simplement respectives, on ne peut juger que par le motif de la loi si, en ce cas, elle est absolument prohibitive

⁷⁷⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°54, pp. 588-589.

⁷⁷⁸ Pierre HEVIN, *Consultations et observations sur la coutume de Bretagne*, Rennes, 1734, consultation n°100, p. 464 : « Quand donc il n'y aurait pas de disposition précisément négative, il suffirait que l'esprit de la coutume fût exclusif du douaire propre pour en induire que la convention des parties ne peut être supplétive d'une chose à laquelle la coutume ne laisse pas le moindre jour ».

⁷⁷⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°57, p. 589.

⁷⁸⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°58-59, p. 589. L'auteur relève ensuite que l'usage contraire a, depuis, prévalu et que le renversement de la règle était préconisé lors de la réformation de la coutume qui fut envisagée en 1569. Pour lui, cela n'ôte en rien le caractère prohibitif de l'article 27 que ses rédacteurs ont entendu lui donner : *eod. loc.*, n°60-61, pp. 589-590.

⁷⁸¹ Bouhier fait partie, avec François-Ignace Dunod de Charnage, des deux auteurs qui, au XVIII^e siècle, ont contribué le plus fermement à l'avènement définitif de la distinction entre nullités absolues et nullités respectives/relatives. Dans le chapitre XXI de ses *Observations*, il renvoie, précisément, à la démonstration qu'il a tenue à ce sujet au sein du chapitre XIX, aux numéros 11 à 16, pp. 526-527. Sur cette question, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 1^{ère} édition, Paris, 2002, n°578, pp. 841-843 et Axelle PARIS, *Nullités relatives et nullités absolues, histoire d'une distinction, XVII^e-XIX^e siècle*, Mémoire DEA Histoire du Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 1999.

ou non ; cette distinction est la même que celle que font d'autres auteurs⁷⁸², entre les statuts purement négatifs et les négatifs prohibitifs.⁷⁸³

Cette distinction appelle, de nouveau, à un grand sens des nuances. D'une part, les nullités absolues se justifient pour cette simple raison que certaines lois répondent à des impératifs d'ordre public qui exigent d'être respectés de la manière la plus inconditionnelle et elles se rencontrent dans un certain nombre de cas :

[XXI.]. LXIII. Il résulte de là que, si les lois ont pour fondement quelque cause publique ou politique, leur prohibition doit passer pour absolue, en sorte qu'il n'est permis à aucun particulier d'y déroger, non pas même dans des contrats de mariage⁷⁸⁴, quelque privilégiés qu'ils soient ; car c'est une règle inviolable que *Juri publico privatorum pactis derogari non potest*⁷⁸⁵.

[XXI.]. LXIV. Du nombre de ces lois sont, par exemple, celles qui prohibent aux fils de famille de se marier sans le consentement des pères et des mères, et à la femme, de contracter sans l'autorité de son mari ; et aux testateurs, de tester dans d'autres formes que celles qui sont prescrites par les coutumes ; et au mineur, d'aliéner ses fonds sans permission des juges, etc. Il y en a une infinité d'autres semblables.⁷⁸⁶

A travers des exemples bien connus de la jurisprudence, comme l'interdiction du mariage des fils de famille sans le consentement des parents⁷⁸⁷ ou la capacité de la personne protégée à disposer de son patrimoine⁷⁸⁸, Bouhier met en évidence des règles – qui peuvent provenir de sources diverses – qui ont pour elles d'endosser un rôle d'ordre public, national, provincial ou local, et dont la raison d'être tient à des buts supérieurs que la volonté des particuliers ne peut mettre à mal. Il est à noter, d'ailleurs, que, parmi les « prohibitions (faites) aux personnes qui lui sont soumises, pour quelque cause publique », qu'il évoque à la règle III du chapitre XXIII⁷⁸⁹, figure l'incapacité velléienne et qu'il faut logiquement en déduire que l'interdiction qu'elle édicte à l'égard de la personne à protéger est absolue⁷⁹⁰.

D'autre part, les nullités respectives, ou relatives, ne sont pas « si rigoureuses » que les nullités absolues, mais il convient, pour autant, de les scinder en deux cas de figure. En effet, le cas où la nullité « ne regarde que l'une ou l'autre des parties contractantes » ne suscite pas de difficultés

⁷⁸² Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, question XIII, p. 238 [en réalité, p. 239] ; Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 2nd, seconde partie, chapitre XXIV, n°12, p. 1153.

⁷⁸³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°62, p. 590.

⁷⁸⁴ Denis LE BRUN, *Traité de la communauté entre mari et femme*, Paris, 1734, livre premier, chapitre troisième, n°5 et 6, pp. 29-30 (qui traite des clauses insérées dans un contrat de mariage qui seraient faites contre le droit naturel ou les lois fondées sur un intérêt public).

⁷⁸⁵ Voir le paragraphe *Privatorum* de la loi *Neque Pignus* du Digeste (D. 50.17.45.1.), ainsi que les lois *Ait praetor* (D. 2.14.7.) et *Jus publicum* (D. 2.14.38.) du Digeste. Voir aussi Paul CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, pp. 332 et 351.

⁷⁸⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°63-64, p. 590.

⁷⁸⁷ Sur cette question en jurisprudence, voir, *infra*, pp. 522-528.

⁷⁸⁸ Sur cette question en jurisprudence, voir, *infra*, pp. 519-520.

⁷⁸⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°75-80, pp. 664-665. Voir aussi le chapitre XXVII, pp. 751-764, ouvertement dédié à ces prohibitions. L'évocation de la « cause publique » n'est pas sans évoquer la « nullité fondée sur une cause publique » que distinguait, au XVI^e siècle, Bertrand d'Argentré par rapport à la nullité relative à un intérêt privé, et qui prélude à la fameuse distinction que la doctrine du XVIII^e siècle saura mettre au jour. Mais le magistrat breton n'est, au mieux, qu'une référence parmi beaucoup d'autres dans le chapitre XIX des *Observations* (qui aborde la question des nullités) et encore Bouhier ne semble-t-il pas lui accorder une importance particulière. Sur d'Argentré, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n°578, pp. 841.

⁷⁹⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°80, p. 665.

particulières, dans la mesure où il est permis à un particulier de déroger à une règle établie en sa faveur : selon la loi romaine « chacun peut renoncer au droit qui a été introduit en sa faveur » et il faut en conclure alors que « la loi laisse à l'homme cette liberté dans tous les cas où il n'y a pas de justes raisons pour le gêner⁷⁹¹. Ainsi, comme il n'y en a aucune de l'empêcher de renoncer à ce qui a été réglé à son avantage, on lui en a conservé le droit avec grande raison »⁷⁹². Mais il n'en va pas de même lorsque la nullité est « prononcée en faveur des personnes tierces »⁷⁹³. C'est dans ce dernier cas, et uniquement ce dernier, que Bouhier juge qu'il n'est pas possible de déroger au statut qui édicte cette nullité et il le démontre en avançant des exemples concrets :

[XXI]. LXVIII. ... quand le motif de la loi regarde le profit d'un tiers qu'elle a voulu gratifier... il y a une autre règle inviolable⁷⁹⁴, qu'on ne peut, par aucune convention, faire tort à un tiers : *Res inter alios acta nemini potest nocere*.

LXIX. C'est sur ce principe qu'il a été perpétuellement jugé qu'on ne saurait déroger au statut qui porte qu'on ne peut tester que du quint de ses propres, ni à celui qui dit qu'on ne peut, par testament, faire d'inégalité entre ses héritiers présomptifs ; ni à la disposition de notre coutume, qu'on ne peut exhériter ses vrais héritiers, qu'on ne leur laisse leur légitime, ni à cette autre de la même coutume, qu'un parent ne peut aliéner au profit d'un étranger le droit de retrait d'un héritage ancien en sa famille ; ni à celle-ci, qu'on ne peut mettre cens sur cens, au préjudice du premier seigneur censier ; ni à une infinité d'autres semblables qu'il serait trop long de détailler.⁷⁹⁵

Si les situations évoquées par Bouhier ont, sans nul doute, pu se rencontrer devant les tribunaux, il est certain que quelques-unes de ces jurisprudences ont été, au même titre, relayées par les statutistes⁷⁹⁶. Les dispositions coutumières qui sont ici visées se voient investies d'un caractère prohibitif, ou d'ordre public, qui explique que l'interdiction peut revêtir un caractère personnel, s'attachant invinciblement à leur personne, quel que soit le lieu où leurs biens soient situés, ou un caractère réel, dès lors que la *lex rei sitae* s'oppose, inversement, à ce qu'une personne étrangère au lieu fasse usage d'une liberté que son propre ordre juridique refuse à tous. Nul ne doute que la nullité, relative, cette fois-ci, aux tiers, n'agisse de la manière la plus absolue. Mais cette question permet également d'introduire la deuxième grande distinction que l'auteur émet à propos des statuts prohibitifs.

2° L'étude des statuts prohibitifs conduit presque naturellement Bouhier à revenir aux sources de la notion en envisageant, sur le modèle de Bartole⁷⁹⁷, leur répartition entre statuts prohibitifs

⁷⁹¹ Antoine FAVRE, *Rationalia in secundam partem Pandectarum*, [Genève], 1626, sur la loi *Neratius* (D. 11.7.20. pr.), p. 2117.

⁷⁹² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXI, n°65-66, p. 590. Voir aussi, *eod. loc.*, n°67, et la note 12, la réserve tenant à l'ordre public local dont Bouhier assortit le principe : « Les dérogations dont je viens de parler sont d'un grand usage, et surtout dans les contrats de mariage, où elles sont très favorisées quand la coutume n'y met pas un obstacle invincible ».

⁷⁹³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXI, n°65, p. 590.

⁷⁹⁴ CODE JUSTINIEN, livre VII, titre LX *Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere*, en sa totalité. Ajouter la loi *Imperatores* du titre *De Transactionibus* du DIGESTE (D. 2.15.3.) et Paul CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, pp. 339-373, spéc. pp. 339-342.

⁷⁹⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXI, n°68-69, pp. 590-591.

⁷⁹⁶ Sur la capacité de la personne protégée à disposer de ses immeubles, et sur la réserve des quatre-quints, voir l'arrêt *Mocquet* rendu par le Parlement de Paris le 30 mars 1647, et qui fait prévaloir la capacité réelle sur la capacité personnelle de tester, voir, *infra*, pp. 519-520 ainsi que, *infra*, pp. 486-487, sur l'opinion de Louis Boullenois, qui range ladite réserve parmi les exemples les plus manifestes de statut réel. Sur la jurisprudence relative au droit à la légitime, voir, *infra*, pp. 579-582.

⁷⁹⁷ Sur la distinction entre statuts prohibitifs *in rem* et *in personam* chez Bartole, voir, *supra*, pp. 97-98.

conçus *in personam* et statuts prohibitifs conçus *in rem* :

[XXI]. LXXIV. Il est encore bon d'observer qu'il y a une seconde distinction à faire à l'égard des statuts prohibitifs ; car il s'en trouve où la prohibition tombe sur les personnes et d'autres où elle tombe uniquement sur les choses : c'est une observation judicieuse qui a déjà été faite par d'autres⁷⁹⁸ et que les exemples rendront plus sensible. Qu'un statut défende à la femme de passer aucuns actes sans être assistée d'un certain nombre de ses parents, on sent que cette défense affecte sa personne et influe accessoirement sur ses biens ; que le statut lui défende seulement d'aliéner une certaine espèce de biens, comme les fonds qu'elle tient de sa famille, la prohibition regarde principalement les biens que la loi a voulu conserver dans son agnation. Ainsi, l'on appelle fort bien les premiers *statuts prohibitifs personnels*, et les seconds *prohibitifs réels* ; et cette distinction peut être d'un très grand usage.⁷⁹⁹

De là, Bouhier en conclut, dans un extrait déjà cité, que les statuts prohibitifs personnels sont extraterritoriaux, s'étendant à tous les biens, en quelque lieu qu'ils soient situés, et les statuts réels strictement territoriaux, se bornant dans les limites qui sont celles du statut⁸⁰⁰. Pour exemple de ce dernier cas, l'auteur observe que la réserve coutumière, qui ne laisse au *de cuius* qu'une certaine proportion de ses biens afin de ne pas léser les intérêts de l'héritier ab intestat, n'empêche pas celui qui est domicilié dans cette coutume et qui possède des biens en pays de droit écrit de disposer de ceux-ci comme bon lui semble. C'est l'interprétation qui a été donnée, à la suite de Dumoulin, de l'article 41 du titre XII de la coutume d'Auvergne⁸⁰¹ : ledit article est rédigé en termes négatifs et prohibitifs, mais, enserré étroitement dans les limites du détroit coutumier, son effet se limite à celui d'un statut réel prohibitif⁸⁰². Il faut en conclure que l'étranger qui posséderait des biens en ce lieu serait soumis tout autant que le ressortissant auvergnat à la prohibition de l'article 41. La solution est, en tout cas, conforme à l'idée, qu'évoquait Bouhier plus haut dans sa démonstration, d'un effet purement relatif de certaines prohibitions, qui interdisent ici ce qu'elles

⁷⁹⁸ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 2nd, seconde partie, chapitre XXIV, n°XII, p. 1156.

⁷⁹⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXI, n°74, pp. 591-592.

⁸⁰⁰ Voir, *supra*, cet extrait, p. 347.

⁸⁰¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXI, n°77, p. 592. La COUTUME D'Auvergne, titre XII « Des successions et testaments », article XLI, dispose ainsi : « Et ne peut aucun, par testament, codicile (*sic*), ni autre disposition de dernière volonté, disposer de ses biens à pies causes, ne autrement, au préjudice de l'héritier *ab intestat*, que d'un quart chargé de tous légats, et de la quarte partie des dettes, et de la quarte partie des funérailles ». L'article est rapporté et commenté par Claude-Ignace PROHET, *Les coutumes du haut et bas pays d'Auvergne, conférées avec le droit civil et les coutumes de Paris, de Bourbonnais, de la Marche, de Berry et de Nivernais, avec les notes de M^r Charles Dumoulin*, Paris, 1695, pp. 85-87, faisant état de l'opinion de Dumoulin aux pp. 86-87 : « Maître Charles Du Moulin dit que celui qui a des biens en d'autres provinces peut faire de plus grandes dispositions qui seront exécutées dans les biens des autres provinces ; et cela est vrai, parce que notre article n'est fait que pour les biens, *et respicit rem* (« et il a la chose en vue ») ; et, ainsi, il n'a lieu que pour les biens qui font dans son distract (*sic*). Autre chose serait s'il regardait la personne : car, en ce cas, le même Du Moulin, sur la rubrique du Code de *Summa Trinitate*, tient que la coutume a lieu pour tous les biens en quel lieu qu'ils soient situés ». La note de Dumoulin, retranscrite immédiatement sous l'article par Prohet, s'explique en ces termes : « Il en va autrement lorsque la personne possède des biens situés ailleurs : elle peut faire de plus larges libéralités, parce que la quotité se prélève sur les biens situés ailleurs et qu'il faut entendre par là les immeubles, étant donné que, du simple fait que le disposant a son domicile en ce lieu, les meubles sont censés se situer ici. Mais, s'il a son domicile en un autre lieu, la présente coutume ne peut avoir effet qu'à proportion des biens-fonds situés dans le détroit de cette coutume » (*Fallit, si habeat bona alibi, potest amplius donare, quia residuum capiatur in bonis alibi sitis, scilicet immobilibus, quia ex quo habet domicilium hîc, mobilia censentur hic esse ; sed si habeat domicilium alibi, hac Consuetudo non habet locum nisi prorata pradiorum (sic) sitorum sub hac Consuetudine. C. M.*).

⁸⁰² Claude-Ignace PROHET, *Les coutumes du haut et bas pays d'Auvergne*, *op. cit.*, *eod. loc.*, p. 86, v^o « Ne peut » : « La coutume s'est servie de termes négatifs et prohibitifs pour faire connaître que l'on ne peut pour quelque cause que ce soit donner atteinte à sa disposition ». Voir aussi Guillaume-Michel CHABROL, *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne, avec les notes de Dumoulin, Chauvelin, Brodeau et Ricard*, Riom, 1784, tome II, chapitre XII, article XLI, pp. 5-29, spéc. troisième, quatrième et neuvième questions.

autorisent ailleurs.

Poursuivant l'approfondissement de cette distinction, Bouhier souligne le lien intrinsèque entre réalité et territorialité d'une part et personnalité et extraterritorialité de l'autre, en les mettant directement en rapport avec le pouvoir de contrainte d'un législateur sur les biens ou sur les personnes qui lui sont soumis :

[XXI]. LXXIX. Une observation importante à faire est que, comme le statut réel prohibitif ne regarde que les fonds qui sont situés dans son territoire, le personnel n'est aussi applicable qu'aux personnes qui y sont soumises ; car les statuts étant une espèce de contrat passé entre les peuples qui demeurent dans l'étendue de ce territoire, et qui se sont fait des lois pour entretenir leur société, comme dit un habile homme⁸⁰³, ils ne sont présumés avoir eu en vue que les personnes et les choses qui leur sont soumises, et n'auraient pas même eu l'autorité de rien régler pour d'autres. *Non intenderunt, nec vero potuerunt, quum suis, et de rebus territorii sui leges ponerent*, dit Argentré⁸⁰⁴. Me Froland⁸⁰⁵ reconnaît aussi que *les rédacteurs des coutumes ne se sont, à proprement parler, proposé pour objet que les citoyens et les fonds de leur province* ; et c'est le sentiment commun.⁸⁰⁶

C'est dans cette même communauté d'idées que Bouhier reprend à son compte une opinion défendue par de nombreux auteurs, depuis d'Argentré jusqu'à Froland, qui estime que tous les statuts réels – pour peu qu'ils soient immobiliers – sont, par nature, prohibitifs et qu'ils interdisent qu'il y soit dérogé par un acte de volonté contraire. Il en discute la justification traditionnelle pour lui substituer une qui lui semble plus conforme à la vérité du statut réel : la conservation des biens dans la famille. Sur ce point, il ne fait que s'appuyer sur la motivation qui servit de fondement à de nombreux arrêts de tribunaux qui ont fait usage du statut réel prohibitif :

[XXI]. LXXXI. Je ne dois pas oublier, non plus, que nos auteurs⁸⁰⁷ mettent au rang des statuts prohibitifs tous ceux qui sont réels, encore qu'ils ne soient pas conçus en forme de disposition prohibitive, ni même négative ; ils les regardent même comme tellement prohibitifs qu'ils ne veulent pas qu'on puisse y déroger par aucune convention, quelque expresse qu'elle puisse être, fût-elle insérée dans un contrat de mariage. Bien plus inutilement celui qui y aurait dérogé ordonnerait-il, selon eux, sous quelque peine⁸⁰⁸, d'exécuter à cet égard ses volontés ; une telle ordonnance serait inutile et la raison qu'on en donne communément est que, la situation des fonds étant immuable, les rédacteurs des coutumes en ont fait comme une espèce de patrimoine séparé, auquel ils ont jugé à propos de donner des lois qui ne pussent être changées par le caprice des hommes.

⁸⁰³ Philippe de RENUSSON, *Traité de la garde noble et bourgeoise* (1699), au chapitre VI, n°22, in Philippe de RENUSSON, *Œuvres*, Paris, 1780, p. 32. Voir également, *supra*, note 296, p. 153.

⁸⁰⁴ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 218, glose VI, n°44, p. 618 : « [les rédacteurs de la coutume] n'avaient pas et ne pouvaient pas avoir en vue [ceux qui ne sont point sujets du législateur], quand ils traitèrent des choses de son territoire » (traduction Bertrand ANCEL précitée).

⁸⁰⁵ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 2nd, seconde partie, chapitre XXIX, n°XIV, p. 1375.

⁸⁰⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°79, p. 592. Le paragraphe suivant (n°80) donne quelques exemples de statuts prohibitifs, tous relatifs au droit patrimonial du mariage, que Bouhier répute personnels et qu'il approfondira dans les chapitres suivants : interdiction d'une épouse de passer un acte sans autorisation du mari, défense de contracter une communauté conjugale, interdiction de stipuler un douaire qui excède le douaire coutumier, etc.

⁸⁰⁷ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 218, glose VI, Paris, 1660, n°2, p. 602 ; Pierre de L'HOMMEAU, *Les maximes générales du droit françois*, Rouen, 1612, livre troisième, article XVIII : « Les immeubles suivent la coutume du lieu et territoire où ils sont situés », pp. 327-331 ; Pierre HEVIN, *Consultations et observations sur la coutume de Bretagne*, Rennes, 1734, consultation n°98, 99 et 100 ; Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 1^{er}, première partie, chapitre VII, n°X, pp. 167-168.

⁸⁰⁸ Voir Nicolas BOHIER, *Consuetudines generales Bituricensis, Turonenses ac Aurelienses*, Paris, 1543, titre VIII « Des coutumes concernant les mariages et douaires », §. 1, glose I, folio LVI verso - LVIII verso.

LXXXII. Cependant, si l'on veut bien entrer dans le détail de ces lois, il sera aisé de s'apercevoir qu'elles tendent, pour la plupart, à conserver, du moins en partie, les fonds dans les familles et à restreindre, à cet égard, la trop grande liberté que le droit commun laisse aux hommes. Ainsi, comme ces statuts regardent toujours l'intérêt des tiers, il n'est pas surprenant qu'on en ait conclu qu'il ne devait point être permis d'y déroger.⁸⁰⁹

Protection des intérêts des tiers et conservation des biens dans la famille se conjoignent pour procurer force et vigueur au statut réel prohibitif, comme l'attestent les exemples allégués par Bouhier :

[XXI.]. LXXXIII. Donnons-en quelques exemples. Le statut qui défend de disposer des quatre quints de ses propres est constamment réel : quelle en est la raison ? C'est, dit un habile moderne⁸¹⁰, *parce qu'il ne dirige les biens propres que jusqu'à concurrence d'une certaine quotité, et ne met dans la personne qu'une certaine incapacité particulière, qui ne forme pas l'état de la personne*. Pourquoi recourir à une raison aussi détournée, et même obscure, tandis qu'il est tout simple de dire que, si ce statut est réel, c'est parce qu'il dispose des quatre cinquièmes de la chose au profit des parents de la ligne, malgré le propriétaire ?

LXXXIV. Un autre statut, non moins réel, est celui qui attribue au fils aîné, par forme de préciput, dans la succession de son père, le principal manoir et les deux tiers des fiefs. On veut⁸¹¹ que la réalité de ce statut soit fondée *sur ce qu'il ne forme pas la condition de l'aîné, et n'est pas la suite et la conséquence nécessaire de la qualité d'aîné* ; ce n'est pas cela, à mon avis. Le statut est réel, parce qu'il dispose de la chose au profit d'un tiers, souvent contre la volonté du testateur ; et c'est pour cela qu'il n'est pas permis à ce dernier d'y déroger.⁸¹²

Dans le dialogue qu'il entretient avec « l'habile homme », Louis Boullenois, Bouhier est certes en désaccord sur la justification de la règle, traduisant ainsi leur divergence de méthode et de sensibilité, mais il rejoint volontiers l'avocat parisien dans son diagnostic : l'un et l'autre admettent sans difficulté que les deux statuts dont il s'agit sont bien des statuts prohibitifs. La différence tient seulement au fait que Boullenois demeure dans la logique de sa classification matérielle des statuts, tandis que Bouhier, fidèle à sa démarche téléologique, trouve la *ratio* de la règle dans le but recherché par le législateur. Cette approche explique non seulement la relation intrinsèque qu'il discerne entre réalité et territorialité, mais également la nécessité qu'il ressent de classer les statuts *ab effectu*. A ce titre, les statuts réels prohibitifs opèrent dans le voisinage des lois de police du chapitre XXIII.

Qu'elles soient personnelles, ainsi que le sont les prohibitions motivées par une cause publique, ou réelles, comme celles qui sont relatives aux immeubles, ces interdictions entretiennent un lien très fort avec le mécanisme de la fraude à la loi. Le statut prohibitif puise l'une de ses justifications dans la volonté de lutter contre ces manœuvres destinées à contourner un interdit posé par sa loi personnelle dans son propre intérêt ou pour nuire à un tiers. C'est, précisément, l'objectif que Bouhier lui assignait, un peu plus tôt, dans ce même chapitre XXI, au moment d'introduire son étude de la notion, alors qu'il vient de décider, suivant l'avis de Le Brun, que des époux domiciliés en une coutume exclusive de communauté, qui viendraient se marier et passer

⁸⁰⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°81-82, p. 593.

⁸¹⁰ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 101.

⁸¹¹ Le même, *ibidem*.

⁸¹² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°83-84, p. 593.

contrat de mariage à Paris, n'en demeurent pas moins soumis à la coutume du domicile du mari⁸¹³. En effet, il étend la solution *a fortiori* à une coutume, qui, comme celle de Normandie, proscriit formellement la communauté :

[XXI.] XLVII. A plus forte raison faudrait-il décider la même chose, si les conjoints étaient domiciliés dans une coutume non seulement exclusive, mais, de plus, prohibitive de la communauté ; car il y aurait juste raison de soupçonner que les conjoints ne seraient venus contracter à une coutume de communauté que pour éluder la prohibition de la leur propre. C'est le sentiment de tous les auteurs⁸¹⁴ qui ont traité cette matière.

XLVIII. On doit même dire, en général, que tous ceux à qui la coutume de leur domicile défend de faire une chose tenteraient inutilement d'éluder cette prohibition en allant faire, hors de l'étendue de cette coutume, l'acte qu'elle aurait prohibé ; car ce serait se jouer des lois, ce qui ne doit jamais être souffert⁸¹⁵...⁸¹⁶

Cette considération qui ouvre la dissertation relative aux statuts prohibitifs dans le chapitre XXI rejoint, directement, celle qui la conclut :

[XXI.] LXXXVII. De ce que j'ai dit ci-dessus des statuts prohibitifs, on doit conclure que, si un homme, sans avoir intention de quitter son domicile, qui est régi par un pareil statut, va contracter mariage dans une coutume libre, avec soumission expresse à cette coutume et dérogation expresse à toutes autres, cette soumission contraire à la loi de son domicile est absolument nulle. Je le prouverai ailleurs⁸¹⁷ au sujet de la communauté conjugale, qui est prohibée par la coutume de Normandie, quoiqu'elle soit permise partout ailleurs.⁸¹⁸

Dans cet exemple de statut prohibitif personnel, c'est précisément parce que le déplacement de l'homme n'est pas définitif et irréversible qu'il demeure sous l'empire de la loi de son domicile et qu'il ne peut s'en affranchir, même en passant un acte dans le détroit d'une coutume étrangère, plus favorable à ses intérêts. Le contrat de mariage qu'il contracte est donc présumé frauduleux, car il a agi en pleine conscience dans le seul but de contourner l'interdiction posée par la loi de son domicile. Pour Bouhier, la dimension prohibitive d'une règle coutumière ne se fait jamais autant sentir que lorsque l'on tente de faire jouer à son encontre une disposition étrangère permissive.

Le statut prohibitif est donc celui qui refuse aux particuliers la faculté de déroger à la règle qu'il établit par des conventions contraires, à peine de nullité, expresse ou tacite (induite de l'esprit même de la règle), voire, dans certains cas, de simple inefficacité. Il peut revêtir une dimension réelle/territoriale ou personnelle/extraterritoriale, mais, dans tous les cas, il agit toujours dans l'idée de défendre le bien public et, plus particulièrement, l'intérêt des tiers, puisqu'il sera motivé soit par la conservation des biens dans la famille, soit par une cause publique. Bouhier a bien conscience

⁸¹³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°46, p. 597.

⁸¹⁴ Denis LE BRUN, *Traité de la communauté entre mari et femme*, Paris, 1734, livre premier, chapitre II, n°46, p. 18 ; les auteurs des consultations insérées à la fin du tome second des *Œuvres* de Claude DUPLESSIS, Paris, 1728, consultation XVII, pp. 93-100, spéc. p. 99 ; Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 1^{er}, seconde partie, chapitre II, n° X, p. 250 ; Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, cinquième question, pp. 116-118.

⁸¹⁵ Alessandro TARTAGNI (D'IMOLA), *Consilia seu Responsa Alexandri Tartagni Imolensis*, Venise, 1610, livre cinquième, *consilium* XLI, p. 52 verso – p. 53 verso.

⁸¹⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°47-48, pp. 587-588.

⁸¹⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°24-32, pp. 716-718.

⁸¹⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°87, pp. 593-594.

que le conflit de coutumes se développe dans un contexte où les ordres juridiques coutumiers sont susceptibles de s'opposer à l'effet d'une coutume étrangère et il est, à cet égard, l'un des auteurs qui s'est le plus approché de l'idée moderne d'ordre public.

2) Quelques cas concrets de statuts prohibitifs chez Jean Bouhier.

La partie du chapitre XXI des *Observations* qui est consacrée aux statuts prohibitifs ne manque pas d'exemples pratiques qui sont précisément destinés, dans l'esprit du président Bouhier, à en illustrer les différentes facettes. Mais, à plusieurs reprises dans la suite de sa dissertation sur les conflits de coutumes, le magistrat bourguignon revient directement sur certaines questions de droit qui sollicitent la figure complexe des statuts prohibitifs. Ainsi en est-il de la réserve des quatre-quints parisienne ou, plus encore, de dispositions propres à la coutume de Normandie, dont le particularisme exacerbé se révèle à travers le sort réservé aux conquêtes, au douaire préfix ou encore au sénatus-consulte Velléien :

a) La réserve des quatre-quints.

Dans le fameux chapitre XXIII dédié à la théorie générale du conflit de coutumes, la classification *ab effectu* établie par l'auteur se voit ainsi assortir d'une règle générale, relative aux statuts prohibitifs, qui vient coiffer les statuts réels et personnels : la fameuse maxime forgée par Boullenois : « le statut personnel qui permet une chose cède au statut réel qui la défend ». Il s'explique sur les raisons qui le conduisent à adopter, à son tour, cette maxime. C'est ainsi qu'il invoque, à l'appui desdites raisons, un premier exemple, celui du statut relatif à la réserve des quatre-quints :

[XXIII.] XCIII. La raison de la première règle que cet auteur nous a donnée après Rodenburgius⁸¹⁹ est bien naturelle. On a montré ci-dessus que, si les statuts personnels d'une province ont leur exécution dans une autre, c'est parce qu'on présume que les peuples de cette dernière y donnent un consentement tacite et qu'ils ont d'autant moins d'intérêt à l'empêcher que leurs lois personnelles particulières ont, à leur tour, le même avantage ; mais cette présomption cesse quand on voit une volonté contraire bien marquée de leur part à l'égard des fonds qui leur sont soumis. Donnons-en un exemple.

XCIV. Un homme domicilié en pays de Droit écrit, où l'on a une entière liberté de disposer de ses biens, a des propres situés dans la coutume de Paris où l'on ne peut tester que du quint de cette espèce de biens ; il aura beau disposer de la totalité de ses propres, sa disposition n'aura aucun effet à l'égard des quatre quints qui sont soumis à la coutume de Paris. Il en est ainsi de tous les autres statuts réels prohibitifs.⁸²⁰

Le statut réel prohibitif est donc la manifestation la plus forte d'un territorialisme *de rigore juris* qui a pour vocation de défendre l'organisation foncière et patrimoniale qui se pratique dans le peuple qui habite le détroit de la coutume concernée. La protection des propres, par l'intermédiaire de la légitime coutumière ou réserve, est instituée en faveur des membres du lignage et c'est l'intérêt de ces derniers qu'il convient de protéger en recourant au statut prohibitif. Or, un étranger peut se voir offrir par sa propre coutume la faculté personnelle de disposer de ses propres comme

⁸¹⁹ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre cinquième, n°6, pp. 87-88.

⁸²⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXI, n°93-94, p. 667.

bon lui semble par testament : le sort des biens qui rentrent dans cette catégorie n'est pas régi par son statut personnel, mais par le statut réel du lieu de situation, qui refuse, en l'espèce, de lui accorder un droit qu'il refuse tout autant aux ressortissants locaux. Le statut réel prohibitif bat en brèche le statut personnel permissif du testateur, afin qu'il ne soit pas porté atteinte à la réserve.

b) Les conquêts et le douaire préfix normands.

Pour bien faire sentir toute la différence qui sépare les statuts réels prohibitifs des statuts personnels prohibitifs, Bouhier illustre la logique propre à ces derniers à l'aide d'un double exemple, directement tiré des dispositions de la coutume de Normandie. En effet, tout au long de ses *Observations*, le magistrat bourguignon masque à grand-peine l'hostilité que lui inspire le territorialisme jusqu'au-boutiste des Normands et il s'attache à minorer, autant que possible, la portée des règles normandes qu'il juge les plus exorbitantes. C'est ainsi qu'à un premier exemple tenant au statut réel prohibitif succède, dans ce même chapitre XXIII, un second exemple, lui-même double, relatif au statut personnel prohibitif :

[XXIII.] XCV. Mais pourquoi raisonnons-nous différemment à l'égard des statuts personnels, qui sont pareillement prohibitifs ? C'est que leur prohibition ne tombe sur les choses que par rapport aux personnes ; or, les prohibitions personnelles des statuts ne regardent que les personnes qui leur sont soumises ; elles ne lient donc point les étrangers qui ont des biens dans leur territoire. La réciprocité qui règne encore sur ce point entre les différentes coutumes fait que leur autorité n'en souffre pas.

XCVI. C'est sur ce fondement que les conquêts faits par des conjoints qui sont domiciliés à Paris doivent entrer dans la communauté conjugale, encore qu'ils soient faits en Normandie, où cette communauté est prohibée, comme il sera prouvé dans la suite⁸²¹. Et, réciproquement, si les conjoints demeurent en Normandie, où le mari ne peut constituer à sa femme un douaire plus fort que le tiers des revenus de ses héritages, et que le mari en ait accordé un plus considérable, il n'aura pas même lieu sur les biens situés dans la coutume de Paris qui n'a point de disposition pareille. On peut voir ce qui en sera dit ci-après^{822, 823}.

Afin de soustraire au maximum à l'empire de la coutume de Normandie les ressortissants qui lui sont étrangers, Bouhier choisit de ranger les dispositions relatives aux conquêts normands et au douaire préfix normand parmi les statuts personnels prohibitifs, en restreignant la sphère d'application des articles en question aux seuls habitants de la coutume de Normandie, qui ne peuvent, logiquement, échapper à l'empire de la loi de leur domicile. L'avantage que représente la personnalité des statuts, en pareil cas, est que les dispositions prohibitives accompagnent les habitants du lieu en quelque endroit qu'ils se déplacent, sans préjudicier au patrimoine des ressortissants étrangers à la coutume, ce qu'induirait inévitablement la réalité des statuts : *non directe, sed per consequentiam*. En ce sens, la *comitas*, que véhicule, dans le présent extrait, l'idée de « réciprocité », facilite d'autant plus cette circulation harmonieuse que les ordres juridiques étrangers ne se trouvent en rien affectés par la prohibition édictée par l'ordre juridique du for.

Cette solution que prône Bouhier au nom de l'intérêt mutuel des peuples, c'est celle qu'il espère voir triompher au sujet des deux dispositions prohibitives issues de la coutume de

⁸²¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°24-32, pp. 716-718.

⁸²² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°146-160, pp. 734-746.

⁸²³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°95-96, p. 667.

Normandie. Mais, sur ce point, le magistrat bourguignon doit se heurter à la réalité. Réalité d'une jurisprudence normande relative aux conquêtes normands qui, contre l'avis unanime de la doctrine du XVIII^e siècle et de la position dominante au Parlement de Paris, refuse de céder sur la territorialité du fameux article 330 prohibitif de communauté, qu'elle envisage comme une véritable « loi de police », tout à la fois réelle et personnelle. Réalité qu'il entreprend de discuter et de même combattre dans les paragraphes qu'il consacre plus amplement à la question dans le chapitre XXVI⁸²⁴. Reprenant son raisonnement en faveur de la personnalité, il appelle les juges normands à entendre raison, en se conformant à l'esprit originel de la coutume, et à délaïsser leur intransigeance de principe pour rapprocher leur jurisprudence de celle du Parlement de Paris, en arguant de tous les avantages que conférerait la réciprocité de l'application des différents statuts personnels en concours, qu'ils soient prohibitifs ou permissifs de la communauté⁸²⁵.

La faveur pour la personnalité de ces statuts prohibitifs se vérifie également dans le cas du douaire préfix normand, qui se trouve limité, en vertu de l'article 371 de la coutume, à un tiers de l'héritage du mari, avec interdiction expresse de l'excéder. Or, la jurisprudence, parisienne comme normande, et la doctrine s'accordent majoritairement à reconnaître le caractère prohibitif de l'article 371⁸²⁶, mais, à la différence des juges et des auteurs, Bouhier conteste radicalement que ladite prohibition puisse être mise au rang des statuts réels et souligne, en termes explicites, que la disposition normande est impérativement personnelle :

[XXVI.]. CXLV. En effet, sans nous écarter de la coutume de Normandie, qu'on regarde à cet égard comme la plus prohibitive de toutes, je demanderais volontiers ce qu'elle a de plus prohibitif que les articles 330 et 389, qui excluent la communauté de biens entre conjoints ? L'article 371 porte, à la vérité, que *la femme ne peut avoir douaire, plus que le tiers de l'héritage, quelque convenant qui soit fait au traité de mariage, et que si le mari donne plus que le tiers, ses héritiers peuvent le révoquer après son trépas*. Mais l'article 330 ne veut pas non plus que la femme puisse avoir plus grande part aux conquêtes que ce qui lui appartient par la coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger.

CXLVI. Cependant, ceux qui ont traité, en dernier lieu, fort sagement la matière des statuts, conviennent que des personnes mariées suivant la coutume de Paris ont, dans des conquêtes faits en Normandie, la même part qu'ils y auraient s'ils avaient été faits dans la coutume de Paris. Pourquoi ne veulent-ils donc pas que, s'ils sont mariés dans cette dernière coutume, la femme puisse prendre son douaire préfix tel qu'il est stipulé sur les biens situés en Normandie ? Ce serait à eux à faire sentir la différence de ces deux cas ; car, pour moi je n'y en vois aucune, et ce qu'ils disent⁸²⁷ sur ce point ne me paraît avoir aucune solidité.

CXLVII. Mais, dira-t-on, à quoi sert donc la prohibition de la coutume ? Je réponds, en renvoyant à ce que j'ai dit ci-devant⁸²⁸ de la distinction entre les prohibitions personnelles et les réelles. Les deux articles [330 et 371] dont je viens de parler, sont de la première espèce ; ce sont des lois de police particulière pour les Normands, qui, d'un côté, ont voulu être pleinement maîtres de leurs conquêtes, et, de l'autre, ont jugé à propos de restreindre les dons excessifs des maris au profit des femmes ; car que leur importait que les étrangers chargeassent plus ou moins les fonds qu'ils avaient en Normandie ? Ainsi, il est évident que l'esprit des rédacteurs de cette coutume a été uniquement de pourvoir à l'intérêt de leurs compatriotes ; et c'est à cet esprit qu'il faut

⁸²⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°24-68, pp. 716-722.

⁸²⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°28-32, pp. 717-718.

⁸²⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°143, p. 733. Voir aussi, *infra*, la jurisprudence relative au douaire préfix normand, ainsi que les commentaires de la doctrine, pp. 550-552.

⁸²⁷ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 1^{er}, seconde partie, chapitre IX, n°IV, p. 503.

⁸²⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°74-86, pp. 591-593.

principalement s'attacher, suivant les principes que j'ai établis ailleurs⁸²⁹.

CXLVIII. En effet, les articles dont il s'agit ne s'adressent qu'aux personnes qui sont soumises à leur statut : *La femme ne peut avoir douaire plus que le tiers, etc. Les conjoints, par mariage, ne sont communs en biens, etc.* Si ces articles parlent aussi des biens, ce n'est qu'en second ordre et par conséquence. Il n'y a donc rien qui marque la véritable réalité ; de sorte qu'on applique mal, en cette occasion, le brocard, que *les coutumes sont réelles*.⁸³⁰

Ainsi, la seule manière qui reste à Bouhier de conserver la dimension prohibitive des articles de la coutume de Normandie, tout en évitant l'extension à des ressortissants étrangers, est de les consacrer en « lois de police particulière pour les Normands », c'est-à-dire en lois de police purement personnelles, et de présumer que l'intention des rédacteurs de la coutume n'a jamais été, en l'espèce, d'inclure les biens dans le champ d'application des règles qu'ils ont édictées⁸³¹. Ce faisant, il considère que les articles 330 et 371 ne s'adressent qu'aux seules femmes normandes, mariées selon la coutume locale, et non aux biens sis dans le ressort de la coutume. Selon son point de vue, les ressortissants des autres coutumes, et notamment les femmes qui sont domiciliées en dehors de Normandie, ne sont en rien concernés par ces dispositions et il leur est loisible de se partager les conquêts ou de convenir librement du douaire préfix. La difficulté que soulève le raisonnement de Bouhier est que sa méthode, qui repose sur l'étude de l'intention présumée des rédacteurs de la coutume, est parfaitement réversible et peut très bien servir à soutenir la thèse inverse de celle qu'il défend. Les juges et les auteurs normands qui voient dans l'article 371 un statut réel prohibitif s'appuient, à l'inverse de Bouhier, sur une interprétation rigoureuse de l'article 330 qui proscrie le régime de communauté au sein du territoire de la coutume de Normandie : ils en déduisent que l'esprit de la coutume normande consistait à préserver, autant que possible, l'organisation foncière et familiale de toute atteinte venue de l'extérieur. De ce point de vue, la logique est la même que celle qui préside au traitement des conquêts par la coutume de Normandie : autant que la personne même des Normands, ce sont les immeubles normands et leur enracinement familial qu'il convient de protéger face aux menaces que font peser sur eux, dans un cas, le régime de communauté et, dans l'autre cas, un douaire trop généreusement accordé par un mari à son épouse sur ses propres. Dans l'esprit des rédacteurs de la Coutume, il n'y a pas lieu de distinguer si les personnes sont normandes ou d'une autre coutume, mais d'appliquer leurs dispositions aux biens situés en Normandie (ce qu'admet d'ailleurs Bouhier : « [ils] ont voulu être pleinement maîtres de leurs conquêts »), refusant donc toute exécution sur ces biens de la loi extraterritoriale étrangère. D'où la propension du Parlement de Rouen (voire du Parlement de Paris), et des juristes qui le suivent, à se porter sur le terrain des statuts réels prohibitifs et donc des

⁸²⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°98 et 99 et chapitre XXXVI, n°18.

⁸³⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°145-148, pp. 733-734.

⁸³¹ Il y a quelque chose de paradoxal, eu égard à la territorialité exclusive qui caractérise les statuts qui regardent la police tels que les entend Bouhier (chapitre XXXIII des *Observations*), à qualifier de « lois de police » des dispositions qui ne regarderaient que les seuls sujets. Cela paraît d'autant plus surprenant que cela va bien à l'encontre de la territorialité de la coutume de Normandie, la formule de l'article 371 ne distinguant pas si la bénéficiaire du douaire est normande, du fait du rattachement au domicile, ou non. En vérité, on concevrait mal qu'une loi de police ne concernât pas les étrangers, quand c'est, justement, l'égalité de traitement entre sujets et étrangers qui lui donne cette coloration. Il est donc évident que Bouhier interprète à sa façon les dispositions de la coutume de Normandie, au point d'y voir des « lois de police » personnelles quand, en fait, il ne vise qu'à restreindre au possible leur territorialité. D'ailleurs, dans son chapitre XXXIII, Bouhier affirme bien que ces statuts de police sont strictement territoriaux, mais il n'affirme jamais *explicitement* qu'ils sont absolus, c'est-à-dire qu'ils lient aussi bien les forains que les régnicoles. Il se réserve ainsi la possibilité d'admettre dans son système des lois de police personnelles. Sur ce chapitre, voir, *infra*, pp. 381-396.

« lois de police »⁸³². Mieux encore : l'article 330 constitue à ce point la clé de voûte du régime matrimonial normand que la prohibition qu'il porte est, tout à la fois, réelle et personnelle.

c) Le sénatus-consulte Velléien normand.

Le troisième et dernier exemple de statut prohibitif, qui se réfère au régime applicable au sénatus-consulte Velléien normand, renvoie à une solution profondément ancrée dans la tradition jurisprudentielle du Parlement de Rouen – qui consacre l'incapacité velléienne comme une « loi de police » au sens le plus fort du terme – que Bouhier entreprend, de nouveau, de combattre. La question de l'incapacité velléienne normande illustre à merveille la lutte qui oppose les partisans d'une lecture intransigeante et absolue des dispositions normandes et ceux qui, comme le magistrat bourguignon, veulent renfermer ces dernières dans les limites inhérentes au statut personnel⁸³³. Or, l'entier raisonnement du président Bouhier tourne autour de la notion de statut prohibitif. Dans le chapitre XXVII dédié à « la personnalité des statuts qui, pour quelque cause publique, contiennent des prohibitions aux personnes qui leur sont soumises », il range le Velléien parmi ces prohibitions et s'autorise de l'assentiment de la majeure partie de la doctrine. Mais il prend à parti ceux qui, parmi les auteurs, réservent l'exception de la Normandie, qui refuse à toute femme mariée, même étrangère à la coutume, d'engager les immeubles qu'elles possèdent dans la province :

[XXVII.] IX. En effet, ou les principes que ces auteurs ont établis pour prouver la personnalité des statuts qui regardent les cautionnements des femmes sont faux, ou il faut convenir que, soit qu'ils autorisent ces cautionnements, ou qu'ils les réprouvent, ils doivent s'exécuter sur les biens des femmes, quelque part qu'ils soient situés, à moins que ce ne soit dans une coutume qui contienne une prohibition réelle et absolue ; car, si elle n'était que personnelle, elle tomberait uniquement sur les personnes domiciliées en cette coutume.⁸³⁴

Dans sa démonstration, Bouhier ne nie pas qu'il existe des statuts prohibitifs réels et absolus : il y est d'autant moins enclin qu'il a fait sienne la maxime de Boullenois : « le statut personnel qui permet une chose le cède au statut réel qui la défend ». Il nie juste que le sénatus-consulte Velléien, dont il est admis par les auteurs et les juridictions du Royaume qu'il est un statut personnel, puisse être, dans le cas de la Normandie, rangé parmi les statuts prohibitifs et absolus. En fin de compte, conformément à son grand principe de réciprocité entre les coutumes, il considère que l'incapacité velléienne est un statut prohibitif personnel et extraterritorial et, inversement, que la capacité d'une femme à s'engager, lorsqu'elle est domiciliée dans une coutume ayant abrogé le Velléien, est tout autant personnelle et extraterritoriale : leurs effets, prohibitifs ou permissifs, doivent pouvoir être acceptés partout. Par conséquent, il tolère difficilement qu'une capacité personnelle, censée se déployer librement en vertu de la *comitas*, ait à souffrir de l'obstacle que lui oppose la coutume de Normandie. Celle-ci, en effet, érige son interdiction en statut prohibitif mélangé de réel et de personnel⁸³⁵, ainsi que le prouve l'attitude des juges et des auteurs normands à son égard et même la réaction résignée du Parlement de Paris à cet égard. Cette

⁸³² En parlant de « loi de police particulière pour les Normands », donc de loi de police personnelle, Bouhier ne perçoit pas, semble-t-il, la contradiction avec le grand principe qu'il adopte à propos des lois de police, à savoir qu'elles sont, par définition, réelles et territoriales (voir, *infra*, pp. 381-382). En ce sens, la haute juridiction normande apparaît presque plus cohérente, dans sa mise en œuvre des statuts prohibitifs, que ne l'est Bouhier lui-même.

⁸³³ Voir, *infra*, sur l'incapacité velléienne normande à travers la jurisprudence des Parlements, pp. 554-563.

⁸³⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVII, n°9, p. 752.

⁸³⁵ Voir, *infra*, l'avis en ce sens de la jurisprudence et de ses commentateurs, dont Boullenois, aux pp. 554-563.

logique ne peut qu'échapper à Bouhier, qui réfute l'idée d'un statut mixte⁸³⁶, et qui n'a jamais entendu voir dans le Velléien normand qu'un simple statut personnel prohibitif.

L'étude de ces cas, auxquels l'on pourrait ajouter bien d'autres, montre que la position de Bouhier à l'égard du statut prohibitif est, pour le moins, paradoxale : il reprend volontiers à son compte ce mécanisme qui s'intègre à merveille au sein de sa classification bipartite *ab effectu*, et emprunte à Boullenois sa définition du statut réel prohibitif afin d'en faire application à tous les cas où la conservation des biens au sein de la famille – impératif d'ordre public, s'il en est – l'exige. Mais il cherche également à en réduire l'usage dès lors que le recours au statut réel prohibitif lui semble abusif, en étant contraire à l'intérêt public et à la bonne intelligence qui doit régner entre les coutumes. D'où son obstination à vouloir requalifier ces statuts réels en statuts personnels, qui, pour leur part, n'encourent pas les reproches qu'adresse Bouhier aux premiers.

§ 2. Le chapitre XXXIII des *Observation sur la coutume du duché de Bourgogne* : « De la réalité des statuts qui regardent la police ».

Dans le chapitre XXI de ses *Observations*, le président Bouhier avait posé la question de savoir si les étrangers peuvent être liés par les dispositions de la coutume au même titre que les personnes domiciliées sur son territoire⁸³⁷. Tout en réaffirmant le principe général établi par le fameux axiome hérité de la doctrine romano-canonique : *statutum non ligat nisi subditos*, il avait entendu y apporter les restrictions qu'il jugeait nécessaires. Or, ces exceptions puisent toutes leur force dans l'effet rigoureusement territorial et impératif qu'elles déploient aussi bien à l'égard des habitants que des étrangers. Parmi elles, il dénombre le statut réel immobilier, la loi pénale destinée à réprimer les délits ou quasi-délits et la loi régissant la forme des actes ou les formalités judiciaires. A la différence de ces dernières⁸³⁸, le statut réel immobilier et les lois pénales présentent pour trait commun d'exiger de l'étranger, à raison des biens qu'il possède ou des actes qu'il perpète sur le territoire, une soumission absolue à l'égard de la loi locale.

S'ils ne sont nullement mentionnés au chapitre XXI, les « statuts qui regardent la police » procèdent de la même logique territorialiste. A ce titre, et au même titre que les lois pénales, Bouhier les range, à travers le chapitre XXXIII qu'il leur consacre spécifiquement, parmi les dispositions les plus emblématiques de la réalité/territorialité. De l'aveu de Bouhier, l'exclusivisme et l'absolutisme qui s'attachent à leurs dispositions se conforment aux impératifs visés par le législateur local. Dans ce cas, comme dans celui des lois pénales, auxquelles elles sont volontiers associées, celui-ci n'a eu d'autre intention que d'assurer le respect de l'ordre public sur le territoire soumis à sa puissance par tous ceux qui s'y trouvent, quelle que puisse être, par ailleurs, leur allégeance personnelle. L'effet éventuellement contraire d'un statut personnel extraterritorial étranger s'en trouve, d'office, paralysé par la volonté du législateur, dont on sait qu'elle demeure le véritable guide de Bouhier au moment de déterminer la nature d'un statut.

⁸³⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVII, n°13, p. 752.

⁸³⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°166-170, pp. 607-608. Voir également, *supra*, p. 346.

⁸³⁸ En effet, en consacrant tout son chapitre XXVIII à la « personnalité des statuts qui regardent les formalités et l'authenticité des actes », Bouhier entend démontrer que les statuts relatifs aux formalités dites *extrinsèques*, y compris judiciaires, s'ils supposent pour l'étranger présent sur un territoire de devoir suivre les prescriptions établies par la loi locale (*locus regit actum*), ont surtout pour fonction d'assurer que l'acte ait son exécution ou sa validité partout. Voir Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVIII, pp. 765-779.

C'est, à peu près, le seul apport théorique de Jean Bouhier⁸³⁹. Sa réflexion ne va pas jusqu'à livrer une définition des lois ou règlements de police qu'il regroupe, dans un ensemble quelque peu hétéroclite, au sein du chapitre XXXIII. Le principe de territorialité intrinsèque des lois de police s'impose, selon lui, par la force des exemples qu'il passe en revue tout au long de son chapitre. Le fait s'explique par la démarche même du magistrat bourguignon : en s'engageant sur le chemin qui consiste à répartir *ab effectu* tous les statuts ou coutumes selon leur champ d'application territorial, Bouhier est contraint de faire une place à ces lois d'ordre public – règlements de police ou lois pénales – dont l'évidence s'impose à lui et dont il ne peut faire l'économie. Mais, en la matière, il ne peut guère compter sur le soutien de la doctrine statutiste récente : il peut, au mieux, s'en référer aux développements que les civilistes médiévaux ont pu consacrer aux lois de police et aux lois pénales. Cela explique ainsi qu'à des exemples relativement anciens, il ajoute ceux que son érudition et son expérience lui indiquent comme pertinents. Son attitude n'est pas différente de celle de son contemporain Boullenois qui, pour se montrer un peu plus hardi d'un point de vue théorique, n'en demeure pas moins casuistique dans son approche de la question⁸⁴⁰.

C'est donc après avoir constaté l'inexistence d'une véritable définition des lois de police (A.) qu'il faut, pour mieux en cerner l'esprit, se tourner vers l'étude des cas concrets énumérés par Bouhier (B.). Il faut se garder de croire, cependant, que le chapitre XXXIII suffise à épuiser la matière : la catégorie des règles qui appartiennent aux lois de police, entendues *lato sensu*, est plus grande que celle des seuls statuts de police. Il n'est ainsi pas rare que, au cours de ses *Observations*, il souligne les impératifs de police qui justifient une solution étroitement territorialiste, à l'encontre d'un statut personnel ou au renfort d'un statut réel (C.).

A. L'absence de définition des lois de police dans le chapitre XXXIII des *Observations*.

Bien qu'il soit davantage connu pour avoir marqué, dans son œuvre, sa préférence pour la personnalité, Bouhier n'en demeure pas moins le premier, dans la doctrine française, à avoir ressenti le besoin d'ériger une catégorie de statuts à part entière, celle des « statuts de police », qui se distinguerait nettement, malgré les liens qu'ils entretiennent, des statuts pénaux et même des statuts réels immobiliers. Mais, paradoxalement, de cette catégorie qu'il ressuscite depuis son extinction avec les derniers feux de la doctrine civiliste médiévale, il ne livre aucune définition et il n'en esquisse pas la moindre théorie. S'il a bien conscience qu'il existe, en vertu de son approche *ab effectu* des statuts, une territorialité intrinsèque aux lois relatives à l'ordre public (qu'elles soient de police ou pénales) et s'il constate que le caractère impératif qui s'attache à la réalité/territorialité ne peut se cantonner à la seule matière réelle immobilière, il ne semble pas capable, ou désireux, de s'aventurer sur le terrain de l'ambition théorique et il ne diffère pas, en cela, de ses prédécesseurs romanistes ou de ses contemporains, à l'exception, évidemment, des Hollandais, que la radicalité même de leurs postures territorialistes épargne de toute nécessité de se livrer à une typologie des lois de police.

A défaut de l'avoir convaincu d'en épouser les vues, la lecture des Hollandais a, sans nul doute, fait prendre conscience à Bouhier de l'existence de ces dispositions impératives qui lient ressortissants locaux et étrangers dans une même sujétion :

⁸³⁹ Sur l'approche de Jean Bouhier à l'égard des lois de police, voir Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, pp. 65-66 ; Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté, op. cit.*, tome 1^{er}, Bruxelles/Paris, 1956, chapitre 1^{er}, pp. 32-34 ; et Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales, op. cit.*, pp. 81-89.

⁸⁴⁰ Sur cette approche de Louis Boullenois, voir, *infra*, pp. 441-458.

[XXXIII.] I. S'il y a un cas d'appliquer la maxime que les coutumes sont réelles, c'est particulièrement celui des règlements de police. Car il est évident qu'en ces sortes de choses, les législateurs n'ont porté leur vue que sur les personnes et sur les choses qui étaient soumises à leur autorité. La chose sera encore plus sensible par les exemples que j'en vais donner.⁸⁴¹

Dans ce paragraphe, le magistrat bourguignon met l'accent sur la réalité/territorialité de ces règlements de police, en se fondant sur l'intention présumée du législateur et sur l'empire assigné à la puissance de celui-ci. D'ailleurs, l'emploi qui est fait ici du terme « règlements », qui renvoie à la nature profondément réglementaire qui caractérise l'activité de police au XVIII^e siècle⁸⁴², n'exclut, évidemment, pas son extension à la norme proprement législative, puisque le pouvoir de police qui est reconnu est celui qui est dévolu, d'une manière générale, au « législateur ». Une question demeure néanmoins en suspens : la soumission, ou non, des étrangers à ces règlements, ou lois, de police. Prudemment, il n'affirme jamais explicitement que c'est l'un des critères distinctifs des statuts de police, se réservant ainsi la possibilité de discerner des lois de police personnelles, territoriales et relatives. Seule l'étude des exemples proposés, dans la suite du chapitre, par Bouhier permet de deviner que le caractère absolu est un élément capital, mais non nécessairement systématique, dans sa pensée.

De ce qu'elles contraignent toutes les forains et les régnicoles, ou les régnicoles seulement, qui se trouvent dans le périmètre défini par le territoire, il faut donc déduire que la territorialité exclusive est donc le seul point commun qui relie ces dispositions les plus diverses. Il faut aussi en déduire que Bouhier constate leur réalité *a posteriori*, davantage qu'il ne la pose en principe *a priori*. Ce faisant, il construit ses catégories de statuts – statuts de police ou statuts pénaux – plutôt en fonction d'exemples qu'il rapproche les uns des autres et qu'il rassemble de manière artificielle qu'en vertu d'une classification dogmatique. Ce faisant, encore, il infère de leur territorialité exclusive leur qualification de statuts réels *ab effectu*. Ce faisant, enfin, à travers la multiplicité des exemples qu'il passe en revue dans le chapitre XXXIII et qui en forment véritablement le corps, il admet implicitement que les « lois de police » puissent avoir tout aussi bien un caractère de droit public que de droit privé. Le fait est, en soi, loin d'être inédit, mais la doctrine n'avait jamais semblé en prendre véritablement conscience jusqu'alors : c'est avec l'œuvre de Jean Bouhier, prolongée, à sa façon, par celle de Louis Boullenois, qu'émerge, pour la première fois, et même si cela se fait de manière indirecte, la conviction que certains rapports issus du commerce juridique privé peuvent pleinement, à part entière, intégrer le champ d'action de la police d'un Etat.

B. Les cas concrets envisagés par le chapitre XXXIII des *Observations*.

Afin d'illustrer le principe placé en tête du chapitre XXXIII, Bouhier s'appuie sur diverses institutions qui, selon lui, se rattachent par nature aux « statuts qui regardent la police ». Quatre types de statuts rentrent ainsi dans ce cadre :

1. Les statuts édictant une défense sur les biens (§ II. – V.).
2. Les statuts édictant une mesure (§ VI. – XIV.).

⁸⁴¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXIII, n^o1, p. 806.

⁸⁴² Marguerite BOULET-SAUTEL, « Police et administration en France à la fin de l'Ancien Régime : observations terminologiques », *Histoire comparée de l'administration, IV^e-XVIII^e siècles*, *op. cit.*, pp. 47-51, repris dans Marguerite BOULET-SAUTEL, *Vivre au Royaume de France*, Paris, 2010, pp. 209-213.

3. Les statuts relatifs aux instances judiciaires : les statuts édictant l'observation des jours fériés en justice et les statuts édictant les honoraires des avocats (§ XV. – XVI.).
4. Les statuts édictant une responsabilité civile des parents pour le délit de leurs enfants (§ XVII.).

De la mesure administrative proprement dite jusqu'à la règle de droit civil, l'éventail de ces « règlements de police » est suffisamment large pour mériter un examen au cas par cas.

1) Les statuts édictant une défense sur les biens (§ II. – V.).

Les deux statuts dont il est question dans ces trois paragraphes ont pour trait commun d'édicter une défense relative aux biens qui sont possédés sur le territoire. Cette défense renvoie à la traditionnelle police des fonds qui constitue la forme plus ancienne des « lois de police ». Leur réalité territoriale se confond ici avec leur réalité matérielle. Bouhier avait déjà eu l'occasion de relever, dans le chapitre XXI, au paragraphe CLXVIII, que : « à l'égard des choses qui sont situées dans le territoire du statut, il est sûr qu'il lie les étrangers comme les sujets qui lui sont immédiatement soumis » pour mieux conclure sur cette maxime des Docteurs⁸⁴³ qui veut que, en la matière, « les statuts ont lieu *etiam in non subdito, quoad bona sita in territorio statutium* (également à l'égard de l'étranger, à raison des biens qu'il possède et qui sont situés sur le territoire du législateur) ». Les deux cas de figure dans lesquels la règle a lieu de s'appliquer en tant que loi de police sont les suivants :

a) La défense d'exportation des grains en dehors du territoire.

[XXXIII.] II. Un des premiers *[exemples]* qui se présentent à mon esprit est la défense qu'on est quelquefois obligé de faire dans un Etat, ou dans une province, d'en transporter ailleurs les grains nécessaires à la vie. Sur quoi l'on demande si les étrangers qui ont des héritages dans le lieu de la défense y sont tenus pour compris.⁸⁴⁴

D'après Bouhier, la majeure partie des auteurs qui ont répondu à cette question, comme François Marc, Antoine Favre ou encore Etienne Ranchin, ont cherché à distinguer selon que la prohibition était formulée *in rem*, donc par considération des héritages qui forment le territoire de l'Etat ou de la province, et selon qu'elle était formulée *in personam*, donc par égard pour la qualité du propriétaire, sujet du lieu ou étranger, des héritages⁸⁴⁵. Cette distinction lui semble ressortir d'une bipartition entre statuts réels et statuts personnels qui se fonde sur l'objet du statut, conception des statuts qui ne semble plus d'actualité à ses yeux. Par conséquent, il écarte toute éventualité de faire de cette interdiction un statut prohibitif, réel ou personnel.

Le magistrat bourguignon déclare se ranger, au contraire, à l'avis du jurisconsulte piémontais, Antonino Tesauo († 1586), qui y voit plutôt une mesure de police des grains :

⁸⁴³ Alessandro TARTAGNI (D'IMOLA), *Consilia seu Responsa Alexandri Tartagni Imolensis*, Venise, 1610, livre sixième, *consilium* XIX, n° 7, p. 15 recto, colonne 1 ; Antonino TESAURO, *Novae decisiones sacri Senatus Pedemontani*, Turin, 1590, *decisio* CVI, n°5, p. 97 verso ; et Paul CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, p. 257. Celui-ci déclare que : « la réalité des coutumes a son effet non seulement à l'égard des Français, lesquels sont naturellement sujets aux lois du Royaume, mais aussi à l'égard des étrangers, lorsqu'ils prétendent quelque droit sur les héritages situés en France, quoique, régulièrement, les étrangers ne soient obligés qu'aux lois du lieu de leur domicile ».

⁸⁴⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°2, p. 806.

⁸⁴⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°3, p. 806.

[XXXIII.] IV. Je préférerais donc, sans difficulté, l'opinion d'un habile homme⁸⁴⁶, qui tient que, de quelque manière que soit conçue la loi prohibitive dont il s'agit, elle lie tous les possesseurs des héritages situés dans le lieu de la défense, soit qu'ils soient étrangers, ou non. La raison est que, les fruits des fonds de chaque pays étant naturellement affectés à la nourriture des habitants, il est juste qu'ils leur soient réservés dans les temps de disette qui donnent lieu à la défense de les transporter ailleurs, à la charge, néanmoins, d'en payer raisonnablement le prix aux possesseurs ; et sauf à apporter à cette règle les tempéraments que l'équité exige, comme le propose le même auteur.⁸⁴⁷

Il n'y aurait, sans doute, rien qui s'opposerait à ce qu'une telle règle fût qualifiée de statut réel : c'est précisément la position qui est défendue par les auteurs que critique Bouhier et ceux-ci ne se sont pas privés d'arguer que la disposition en question touchait essentiellement au sort des fonds. Quand, quelques années plus tard, dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Louis Boullenois reprendra à son compte cet exemple classique relatif à la police des vivres⁸⁴⁸, il s'appuiera sur les opinions de Antoine Favre et de Andreas von Gaill pour défendre la réalité/territorialité de la disposition et la consacrer comme loi de police⁸⁴⁹. Or, il est manifeste que, dans l'esprit de Tesauro et de Bouhier, la qualification du statut ne dépend, ni de la nature d'héritage, ni de la qualité de régnicole ou de forain du possesseur, qui ne se suffisent pas. La raison qu'ils avancent montre bien que leur avis se fonde sur des considérations d'intérêt général : la crainte de la disette justifie à elle que le législateur applique une telle prohibition aux sujets comme aux étrangers qui sont propriétaires de fonds dans le ressort de l'Etat concerné⁸⁵⁰. Pourtant enclin à suivre la voie ouverte par Favre, Boullenois parvient à la même conclusion et estime que l'intervention du souverain s'appuie sur des impératifs d'ordre public qui s'imposent à tous, régnicoles comme étrangers.

b) La défense d'aliéner les fonds d'un territoire à un étranger.

[XXXIII.] V. Il en serait de même d'un statut, tel que ceux des villes de Plaisance, de Pise, et de plusieurs autres d'Italie, qui défendrait d'aliéner les fonds d'un territoire à des étrangers ; car il comprendrait sans difficulté les forains, comme les habitants de ce territoire. C'est la décision de Balde⁸⁵¹, qui en rend cette raison : *quia ista lex est in rem, non in personam, quae dicit quod nulla res*

⁸⁴⁶ Antonino TESAURO, *Novae decisiones sacri Senatus Pedemontani*, Turin, 1590, *decisio CLII*, p. 128 verso.

⁸⁴⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXIII, n°4, p. 806.

⁸⁴⁸ Nicolas DE LA MARE consacre le livre cinquième de son *Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats, toutes les lois et tous les règlements qui la concernent*, qui en occupe tout le tome II (paru à Paris en 1710), à la police des vivres, où de larges développements sont dédiés aux blés et aux grains. Le titre XIV (aux pp. 942-1095) traite plus particulièrement de « la police des grains et de celle du pain, dans les temps de disette ou de famine ». A la même époque, Domat évoque dans son *Droit public* les mesures à prendre en cas de disette : voir Jean DOMAT, *Le droit public*, in *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Le droit public et Legum delectus*, Paris, 1713, livre I, titre VII, section IV, n° VI et VII, p. 49. Ainsi, le n° VII expose que : « Pour prévenir la cherté que pourrait causer la liberté d'en transporter hors du Royaume, les ordonnances ont pourvu aux précautions, pour laisser le nécessaire dans les provinces, et ne transporter que le superflu, et avec une permission obtenue du Roi ».

⁸⁴⁹ Voir, *infra*, pp. 444-446, la position de Boullenois sur la question dans sa fameuse Observation XI relative aux lois de police, ainsi que les opinions de Favre et de von Gaill qu'il évoque au soutien de sa démonstration. Il n'est pas impossible que Boullenois se soit inspiré de Bouhier, et des sources auxquelles celui-ci se réfère, pour prendre parti dans cette discussion. Sur ce point, voir Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, p. 84.

⁸⁵⁰ Il faut rapprocher les solutions dégagées par Bouhier et Boullenois de la qualification de statut réel prohibitif, motivée par des considérations de souveraineté/territorialité (en l'espèce, la police des grains), adoptée par Paul et Jean Voet à propos du statut relatif à l'interdiction d'exporter le froment : sur cette position, voir, *supra*, pp. 275-276. De plus, Paul Voet lui donne une coloration pénale.

⁸⁵¹ BALDO DEGLI UBALDI, *Consilia sive Responsa, volumen primum*, Venise, 1575, *Consilium CCCXLIX*, n°8, p. 113 verso, colonne 2 ; et *volumen tertium*, Venise, 1575, *Consilium CCCX*, n°1, p. 86 verso, colonne 1.

immobilis possit alienari extra districtum (« parce que cette loi qui dispose qu'aucun immeuble ne peut être aliéné en dehors du territoire est conçue *in rem*, et non *in personam* »). Mais ce serait la même chose ; encore que la loi fût conçue *in personam*, s'il paraissait que l'intention des Législateurs eût été d'empêcher que les fonds sujets à leur empire ne passassent point en des mains étrangères ; car c'est le cas où il faut plutôt s'attacher à l'esprit de la loi, qu'aux termes dans lesquels elle est conçue, comme je l'ai montré ailleurs⁸⁵². C'est aussi l'avis le plus commun des jurisconsultes⁸⁵³, s'agissant d'une loi de police établie *ob publicam utilitatem, ut praedia, possessa per terrigenas, a quibus pro Republica percipiuntur collectae, non transeant ad forenses, a quibus non ita habentur collectae* (« en vue de l'utilité publique, afin que les fonds qui sont possédés par les natifs du lieu, qui sont soumis à l'imposition par l'Etat, ne passent pas dans les mains des étrangers, qui sont exemptés d'une telle imposition »), comme le dit l'un d'eux^{854,855}.

Dans le second cas, Bouhier s'inspire de l'exemple qu'il avait utilisé dans le chapitre XXI pour illustrer le fait qu'un statut réel, au sens de statut portant sur un immeuble, obligeait les étrangers : la défense faite par une coutume à un étranger d'acquérir un fonds, qui est ici présentée comme la défense faite par le législateur d'aliéner un fonds à un étranger⁸⁵⁶. Cet exemple est devenu un classique de la littérature juridique médiévale, et, en particulier, des recueils de *consilia* : il n'est guère étonnant, à cet égard, de voir le magistrat bourguignon s'appuyer sur l'avis de Balde pour mieux le discuter. En effet, le civiliste pérugin appliquait la fameuse distinction entre prohibition *in rem* et prohibition *in personam* à cette disposition statutaire pour mieux prendre position en faveur de la première interprétation. Bouhier considère, lui, que cette distinction est inutile, car ce n'est pas l'objet, ni la lettre de la loi qui importe, mais bien plus « l'intention du législateur », qui cherche ainsi à « empêcher que les fonds sujets à leur empire ne [passent] en des mains étrangères », pour des motivations essentiellement fiscales si l'on en croit l'opinion de Simone de Pretis. Or, s'attacher à l'esprit et à la finalité de la loi plutôt qu'à sa lettre semble être, aux yeux de Bouhier, l'un des éléments distinctifs du « statut de police », édicté avec une intention précise, un but que s'est assigné le législateur, et qui éclaire donc la portée, personnelle et territoriale, à donner à la règle.

2) Les statuts édictant une mesure (§ VI. – XIV.) : l'exemple des statuts pour la mesure des fonds et pour la mesure des choses mobilières.

Dans la France de l'Ancien Régime, les poids et mesures ont vocation à entrer dans le champ de compétence de la police, au sens réglementaire du terme. Nul ne doute qu'il s'agisse là de dispositions de droit public qui sont destinées à réglementer la vie des sujets du Royaume et, plus particulièrement, des citoyens des villes. Elles ne constituent pas, toutefois, une prérogative exclusivement régaliennne qui entrerait dans le cercle des pouvoirs de police reconnus au seul roi. La grande question qui traverse les droits de police au sens large (auxquels l'on peut rattacher les droits portant sur les poids et mesures) est celle de savoir à quelle autorité publique les confier. A la fin du XVI^e siècle, Jean Bacquet distinguait soigneusement des « droits de police », évoqués au

⁸⁵² Voir Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIII, n°98, p. 667.

⁸⁵³ Voir Aimone CRAVETTA, *Consilia celeberrimi jurisconsulti Aymonis Cravettae, pars quinta*, Francfort, 1611, *consilium DCCCXLVIII* (844), n°10, pp. 214-215 et Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome III, titre 1 du livre 1 du Code, p. 556. Sur ce passage des *Conclusiones* de Dumoulin, voir, *supra*, pp. 134-136.

⁸⁵⁴ Simone DE PRETIS, *De ultimatum voluntatum interpretatione tractatus*, Cologne, 1583, livre II, *dubitatio* I, solution IV, n°152, p. 156, colonne 1. Simone de Pretis est un jurisconsulte originaire de Pesaro, qui vécut au XVI^e siècle : il dédie son ouvrage à Francisco Maria II Della Rovere, le dernier duc d'Urbino.

⁸⁵⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°5, p. 806.

⁸⁵⁶ *Ibidem*, p. 84, avec les références note 3.

chapitre XXVIII de son *Traité des droits de justice*, les « droits de poids, de mesure et d'arpentage » auxquels il consacre le chapitre XXVII et qu'il reconnaît comme des droits de justice. Dans ce chapitre, l'essentiel de la discussion porte sur l'attribution de ces droits, entre l'avis des procureurs généraux qui, dans les conflits qui s'élèvent à ce sujet au Parlement de Paris, défendent systématiquement l'idée que « le roi seul a autorité de bailler ou de faire bailler poids et mesures par tout son royaume » et s'appuient sur des textes royaux dont les affirmations ne souffrent aucune ambiguïté⁸⁵⁷, d'une part, et l'opinion adverse des seigneurs qui les revendiquent comme des droits appartenant à leur haute ou moyenne justice, d'autre part. C'est à ces derniers que Bacquet donne raison⁸⁵⁸. Dans le chapitre IX de son *Traité des seigneuries* de 1608, Charles Loyseau franchit un pas supplémentaire en affirmant, cette fois, que les droits des poids et mesures intègre le champ d'action de la police réglementaire⁸⁵⁹. Pour lui, ils ressortissent à la police des denrées, qui forme, précisément, l'un des objets qui, avec la police des métiers et la police des rues et chemins, donnent corps à ladite police réglementaire⁸⁶⁰. Mais, comme Bacquet, il refuse d'en faire une prérogative régaliennne qui entrerait dans le domaine de compétence des officiers royaux et il attribue ces droits aux seigneurs. Bien qu'il soit conscient que les ordonnances des différents rois ont cherché à imposer l'uniformisation des poids et mesures dans l'ensemble du Royaume selon un seul et même étalon royal, il s'accroche à l'idée que ces ordonnances ont toujours veillé à réserver les droits appartenant aux seigneurs⁸⁶¹. Quant à Nicolas de la Mare, au XVIII^e siècle, ce fier partisan de la reconnaissance au pouvoir royal d'une prérogative générale de réglementation de police qui s'étende à l'ensemble du Royaume, il est obligé de constater que les poids et mesures se caractérisent par leur diversité, étant toujours aux mains des seigneurs particuliers, et que les différentes tentatives d'uniformisation menées par les rois ont toutes échoué⁸⁶².

C'est dans le cadre de cette discussion déjà ancienne que s'inscrit la réflexion de Bouhier sur les poids et mesures, qui sont le second grand exemple de « statuts qui regardent la police » qu'il aborde dans le chapitre XXXIII de ses *Observations*. Pour mener à bien sa démonstration, le magistrat retient trois cas concrets, qu'il est possible d'étudier en deux temps. Si le premier exemple

⁸⁵⁷ Jean BACQUET, *Traité des droits de justice*, in *Les œuvres de M^e Jean Bacquet*, tome 1^{er}, Lyon, 1744, chapitre XXVII, n°2-11, pp. 411-413, spéc. n°9, p. 412. Les procureurs généraux du Roi, après avoir fait état de la jurisprudence du Parlement en leur faveur (*eod. loc.*, n°3-8), allèguent ensuite les textes royaux, notamment trois que cite l'auteur (n°10) : l'édit sur l'uniformité de l'aunage dans le Royaume, pris par François I^{er} en avril 1540, ordonnant que « toutes aunes seraient égales en ses Royaumes, pays, terres et seigneuries » ; l'édit d'Henri II, en date d'octobre 1550 sur la créations d'offices de jaugeurs, marqueurs et mesureurs de vin ; les lettres patentes d'Henri II, du 20 mai 1557, ordonnant que « tous les poids et mesures du Royaume de France seraient réduits à un seul poids de mesure, qui seraient [sic] dits, nommés et appelés « les poids et mesures du roi » ». La raison de ces textes en est donnée plus loin par Bacquet : « pour un bien public, il a été ordonné que tous poids, mesures et aunes seront réduites à une même forme ».

⁸⁵⁸ Jean BACQUET, *Traité des droits de justice*, in *Les œuvres de M^e Jean Bacquet*, tome 1^{er}, Lyon, 1744, chapitre XXVII, n°19, p. 414. L'argumentation des seigneurs hauts ou moyens justiciers est retranscrite par l'auteur, conformément à une argumentation *pro et contra*, aux n°12-18, pp. 413-414.

⁸⁵⁹ Charles LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris, 1608, chapitre IX, pp. 198-223, spéc. n°1-15, p. 201-205, et 45-46, p. 210, pour une définition de la police réglementaire par l'auteur. Sur Charles Loyseau, voir Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET, *Aux origines de l'Etat moderne : Charles Loyseau, 1564-1627, théoricien de la puissance publique*, Paris, 1977, spéc. pp. 222-227.

⁸⁶⁰ Charles LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris, 1608, chapitre IX, pp. 198-223, spéc. n°17-46, pp. 205-209 sur les poids et mesures.

⁸⁶¹ Charles LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris, 1608, chapitre IX, pp. 198-223, aux n°17.

⁸⁶² Nicolas DE LA MARE, *Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats, toutes les lois et tous les règlements qui la concernent*, tome II, Paris, 1710, livre V, titre VIII, chapitre II, pp. 743-746. Dans ce chapitre, l'auteur livre une rapide exposition générale de la question, mais entend s'exprimer plus particulièrement à propos de la mesure des grains, le livre V portant sur les vivres. Voir aussi *op. cit.*, tome I, Paris, 1705, livre I, titre XI, chapitre VI, p. 202. De la Mare se réservait de traiter plus profondément et plus largement de la question des poids et mesures dans le Royaume dans le livre IX relatif au commerce, qui n'a jamais vu le jour.

– les statuts qui concernent la mesure des lieues – sera étudié plus en détail lorsque sera abordée la jurisprudence de l’Ancien Régime⁸⁶³, le second regarde les statuts pour la mesure des fonds et pour la mesure des choses mobilières :

[XXXIII.] X. Il faut dire la même chose pour la mesure des fonds ; car, s'ils sont vendus à tant d'arpents ou autres mesures, cela doit être entendu de la mesure du lieu où les fonds sont situés. *Stantibus mensuris diversis*, dit Dumoulin⁸⁶⁴, *si fundus venditur ad mensuram, non continuo debet inspici mensura quae viget in loco contractus ; sed in dubio debet attendi mensura loci in quo fundus debet metiri, et tradi et executio fieri* (« Au cas de la vente d'un fonds à la mesure, si la mesure indiquée varie suivant les lieux, ce n'est pas nécessairement la mesure usitée au lieu du contrat qui doit être employée ; mais, dans le doute, c'est la mesure du lieu où est le fonds à mesurer et transférer et où l'exécution doit être faite »). C'est l'usage ancien et constant du Royaume, suivant lequel Loisel⁸⁶⁵ nous a donné cette règle, qu'en fait de vente d'immeubles, la mesure s'en fait *selon le lieu de leur situation*.

XII. A l'égard des effets mobiliers, on peut dire que la règle est la même ; mais, comme ils ne sont fixés en aucun lieu, on a fait cette règle, suivant Loisel⁸⁶⁶ et nos anciens praticiens, que *la mesure s'en doit faire selon le lieu où la vente se fait*.⁸⁶⁷

Les deux statuts obéissent à un principe similaire à celui qui régit la mesure des lieues et qui sont tous les deux rapportés par Antoine Loisel et s'inscrivent dans une conception traditionnelle de la réalité dominée par l'empire exclusif de la *lex rei sitae*. Ils témoignent de la confusion persistante qui explique que l'idée de « loi de police » se soit longtemps dissimulée derrière cette conception traditionnelle de la réalité et qu'elle ne se soit dégagée, en toute discrétion et en toute prudence, qu'en ce milieu du XVIII^e siècle, lorsque la doctrine française, éclairée par les écrits des Hollandais, a entrepris de remettre à plat la matière des conflits de lois. « L'usage ancien et constant du Royaume » dont se réclame Bouhier, et que relayaient déjà, par ailleurs, les *Conclusiones* de Dumoulin, est rapporté en ces termes par Loisel dans ses *Institutes coutumières* : « En meubles, la mesure s'en doit faire selon le lieu où la vente se fait ; en immeubles, selon le lieu de leur situation ». De Laurière en fait, d'ailleurs, remonter l'origine à Beaumanoir⁸⁶⁸. Cela suffit seul à Bouhier pour en déduire la réalité absolue de la règle.

La qualification de « loi de police » peut prêter à discussion en pareil cas. En effet, la souveraineté/territorialité qui sert ordinairement de substrat à de telles règles semble davantage fournir une qualification d'opportunité à l'auteur que constituer le véritable fondement de la règle.

⁸⁶³ Sur les statuts qui concernent la mesure des lieues, voir, *infra*, pp. 605-608.

⁸⁶⁴ Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, p. 554, [II.] (Traduction Bertrand ANCEL précitée), ainsi que *Commentarius in priores titulos antiquae Consuetudinis Parisiensis*, titre I, § XVIII (et non XI, comme indiqué par erreur), glose I sur le mot « Manoir principal », n°5, et § XXXIII (et non XII, comme indiqué par erreur), glose I sur le mot « Droict de relief », n°86, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome I, pp. 276 et 410.

⁸⁶⁵ Antoine LOISEL, *Institutes coutumières de M. Loisel*, par Eusèbe de Laurière, Paris, 1774, tome II, livre III, titre IV, n° XIX, p. 36. Voir aussi René CHOPPIN, *Commentaires sur la coutume d'Anjou*, in *Œuvres de Maître René Choppin*, tome 1^{er}, Paris, 1662, livre II, deuxième partie, chapitre premier, titre III, n° X, pp. 94-95.

⁸⁶⁶ Antoine LOISEL, *eod. loc.*

⁸⁶⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°10 et 12, p. 807.

⁸⁶⁸ Antoine LOISEL, *eod. loc.* Dans ses annotations, Eusèbe de Laurière, renvoie aux *Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir : voir Philippe DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, tome 1^{er}, Paris, 1899, chapitre XXVI, n°745, p. 384 : « puet chascuns entendre que toute chose qui se doit paier par mesure doit avoir droite mesure selonc la coustume du lieu où la chose est deue » et pp. 387-388, n°753 et 754 : « il convient garder en teus mesures la coustume de chascun lieu » et « Quant aucuns doit livrer à autrui éritage par mesure jusques à certain nombre de mesures par ventes ou par don ou par autre titre, il le doit livrer à la mesure du lieu là où li éritages siet qui doit estre mesurés ». De Laurière se réfère également à la *Practica forensis* de Jean Masuer : voir JEAN MASUER, *La pratique de Masuer, ancien jurisconsulte et praticien de France, mise en françois par Antoine Fontanon*, Lyon, 1603 titre XXXI, n° 11 et 12, p. 535.

En reprenant à son compte la maxime de Loysel, sans rien y ajouter, Bouhier expose, en fait, deux simples règles de conflits relatives au statut réel : seule leur territorialité intrinsèque justifie, à ses yeux, conformément à la définition très large qu'il a adoptée en début de chapitre, leur classification parmi les lois de police. S'il faut, en l'espèce, se référer à un ordre public précis, c'est à celui du lieu de situation de l'immeuble vendu, et mesuré à cette fin, ou à celui du lieu de la vente pour le mobilier. Le but n'est certes pas d'affecter directement la condition et le régime de ces biens, mais de faciliter les transactions commerciales en permettant aux parties de se référer à un système de mesure qui fasse autorité dans le ressort considéré. Or, il n'est guère étonnant, dans une perspective classique, de prendre comme critère de rattachement le lieu de localisation, effectif ou fictif, du bien pour en déterminer la mesure.

Toutefois, cette vision s'avérerait bien étroite et ordinaire si Bouhier n'avait pas pris soudainement conscience qu'à cet ordre public local, pouvait éventuellement se superposer un ordre public national et supra-coutumier. Cet ordre public supérieur était pourtant celui-là même dont il réfutait l'existence pour les statuts ayant trait à la mesure des lieux. Le fait est que, sur cette question de la mesure des fonds et des biens mobiliers, Bouhier reconnaît, cette fois-ci, que l'autorité d'une ordonnance royale, lorsqu'elle dispose expressément pour l'ensemble du Royaume, sans laisser place à une quelconque dérogation ou à un quelconque aménagement, s'impose aux règles de conflit ayant cours au lieu de situation ou de vente. Lui-même admet que cette exception générale au principe posé antérieurement vaut tant en matière immobilière qu'en matière mobilière, comme l'attestent les deux extraits suivants :

[XXXIII.] XI. [*Mesure des fonds.*] Il faut néanmoins en excepter le cas où les ordonnances de nos rois en auraient disposé au contraire. Nous en avons un exemple dans celle du mois d'août 1669 sur le fait des Eaux et Forêts ⁸⁶⁹ ; car elle porte expressément que *nulle mesure n'aura lieu et ne sera employée dans les bois et forêts, sans aucun excepter, que la mesure de douze lignes pour pouce, douze pouces pour pied, vingt-deux pieds pour perche, et cent perches pour arpent, nonobstant tous usages et possessions contraires.*

[XXXIII.] XIII. [*Mesure des effets mobiliers.*] Ce qui doit être ainsi entendu, à moins que les ordonnances n'aient quelque disposition contraire, comme celle de 1669, ci-dessus citée⁸⁷⁰, qui défend de faire aucune livraison de bois à brûler, à autre mesure qu'à la corde, qui aura huit pieds de long, quatre de haut, les bûches de trois pieds et demi de longueur, compris la taille, etc., abrogeant toutes autres mesures contraires.⁸⁷¹

Les formules ainsi adoptées par les articles 14 et 15 de la fameuse ordonnance des Eaux et Forêts d'août 1669 : « Nonobstant tous usages et possessions contraires » ou encore « abrogeant toutes autres mesures contraires » désignent, à l'évidence des règles impératives auxquelles le roi interdit de déroger et qui sont, par conséquent, susceptibles de mettre en échec les dispositions de principe retenues par Bouhier en matière de conflits de coutumes relatifs aux mesures. A ce titre, parce qu'elles transcendent les règles d'étendue locale et parce qu'elles entendent rayonner sur l'ensemble du Royaume, et même si elles portent sur des questions précises qui ne portent pas réellement atteinte aux principes énoncés par Bouhier, ces règles méritent, sans aucun doute, la qualification de lois de police.

⁸⁶⁹ « Edit portant règlement général pour les eaux et forêts », Saint-Germain-en-Laye, août 1669, titre vingt-septième, article 14 : voir François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XVIII (août 1661 – 31 décembre 1671), Paris, 1829, p. 287.

⁸⁷⁰ *Ibidem*, article 15.

⁸⁷¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°11 et 13, pp. 807-808.

Enfin, aux règles de principe qu'il a exposées au début au sujet de ces statuts relatifs à la mesure des fonds et des biens mobiliers, Bouhier apporte un dernier tempérament, qu'il tire, une nouvelle fois, des *Conclusiones* de Dumoulin, et qui est de nature à restreindre sérieusement la portée desdites règles de principe, mais également la qualification de « loi de police » qu'il semble leur donner. Ce tempérament vaut aussi bien pour les règles de conflit énoncées par Bouhier, à la suite de Loisel, que pour les dispositions de l'ordonnance de 1669, dont la valeur impérative se trouve singulièrement érodée par la pratique :

[XXXIII.] XIV. A tous les cas ci-dessus, on doit apporter une exception que Dumoulin⁸⁷² propose judicieusement. C'est au cas qu'il paraisse, par quelques circonstances, que l'intention des parties ait été d'en disposer d'une manière contraire aux règles que je viens d'établir⁸⁷³ ; bien entendu, néanmoins, que leur intention n'ait rien de prohibé par les ordonnances : Dumoulin donne pour exemple cette hypothèse. Un testateur, ayant des héritages en diverses provinces, en lègue mille arpents à une personne, sans spécifier à quelle mesure ; on demande quelle sera celle qu'il faudra suivre ? Dumoulin décide que, comme il y a apparence que le testateur n'a songé qu'à une seule et même mesure, son legs doit être réglé suivant la mesure du lieu de son domicile, et son sentiment paraît fondé en grande raison.⁸⁷⁴

Reprenant, une nouvelle fois, à son compte une règle d'inspiration molinéenne, Bouhier se tourne vers l'autonomie de la volonté pour nuancer l'application inconditionnelle de la loi du lieu de situation à la mesure du fonds (comme en l'espèce, où la seule mesure du lieu du domicile du testateur prévaudrait sur les mesures des lieux de situation des différents héritages), mais aussi de la loi du lieu de vente à la mesure des meubles et des dispositions spéciales contenues dans l'ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts sur les bois à vendre ou à brûler. En effet, en laissant la liberté aux parties de disposer d'une manière contraire, cela signifie que celles-ci pourraient librement déroger à la coutume ou la disposition législative normalement compétente, et donc désigner une règle différente : dès lors, la territorialité du statut deviendrait inopérante et l'effet réel du statut de police tombe de lui-même.

La construction de Bouhier concernant la mesure des choses immobilières et mobilières appelle plusieurs remarques : la première est qu'il y a quelque paradoxe, voire quelque contradiction à vouloir faire de dispositions supplétives, qui peuvent être écartées par la volonté contraire des parties, des « règlements de police » d'application impérative et strictement territoriale. Il semble difficile d'accepter que ce qui devrait être fixé pour l'intérêt général, donc supérieur aux parties, puisse faire l'objet d'un choix de la part des particuliers. De surcroît, il faudrait justifier que la coutume des lieux dût se conformer aux prescriptions d'une ordonnance, clairement impératives, qui écartent tous usages contraires. Si règlement de police il doit y avoir, il semble que ce soit dans ce type d'ordonnances qu'il faille les trouver, qui impose un mode uniforme de mesurage dans toute le Royaume, et qui s'impose même aux étrangers.

⁸⁷² Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, p. 554, [II].

⁸⁷³ *Note de l'éditeur figurant dans l'édition des Œuvres de jurisprudence de M. Bouhier en date de 1787* : « Les exemples du fait et de l'intention contraires à ces règles, sont très fréquents dans l'usage, en beaucoup de provinces, particulièrement en Bourgogne, où, nonobstant la prohibition contenue aux deux articles de l'ordonnance de 1669, ci-dessus cités, n°11 et 13, l'on achète et l'on vend journallement le bois à l'ancienne mesure du Duché de Bourgogne, qui est l'arpent de 360 perches, et la perche de neuf pieds et demi. Quant à la mesure du bois à brûler, celle prescrite par l'ordonnance de 1669 y est entièrement inconnue dans le commerce ». L'éditeur – Louis-Philibert-Joseph Joly de Bévy, président à mortier au Parlement de Dijon – corrobore la réserve émise par son prédécesseur Bouhier en avançant des exemples relatifs à la Bourgogne.

⁸⁷⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°14, p. 808.

En fait, le vice du raisonnement de Bouhier concernant ces deux statuts tient au fait qu'il perçoit que l'établissement de mesures communes sur l'ensemble d'un territoire est d'utilité publique, mais qu'il croit comme Dumoulin que les parties puissent fixer librement le droit en la matière. Or, dans le cas où un testateur allemand léguerait mille arpents qu'il posséderait en France, s'il fallait suivre la loi du domicile, comme le pense Dumoulin, il faudrait alors se baser sur l'unité de mesure du domicile allemand du disposant, ce qui ne manquerait pas de nuire à la sécurité juridique des transactions se déroulant au lieu de situation de l'immeuble français.

A la vérité, pour qui s'attend à voir dans ces exemples relatifs à la mesure des biens une préfiguration des lois de police dans ce qu'elles ont d'absolument impératif et de strictement territorial, le développement que leur consacre Bouhier est particulièrement décevant et trompeur : cette conception moderne n'est jamais entrée dans sa manière de voir. Il a pris ses exemples parce qu'ils rentrent dans le champ de la police au sens d'activité réglementaire, mais il ne les a pas analysés au prisme de la souveraineté/territorialité. Il conserve toute leur place au jeu des règles de conflit et à l'autonomie de la volonté, ce qui entre en contradiction avec la volonté impérieuse du législateur qui caractérise les lois dites de police. Au fond, tous ces cas de figure rentreraient plus aisément et plus naturellement dans la catégorie des statuts réels au sens traditionnel, alors qu'il admet, pourtant, que les parties peuvent y déroger par convention. Tout au plus faut-il réserver le cas des dispositions de l'ordonnance de 1669 qui présentent, elles, toutes les qualités pour advenir à la qualification de lois de police supra-coutumières. Mais ce n'est pas le chemin sur lequel Bouhier a entendu s'engager.

En revanche, pour qui se souvient que le magistrat bourguignon range, intentionnellement, les « règlements de police » parmi les statuts réels *ab effectu*, son raisonnement s'éclaire d'un jour nouveau. En mettant ainsi en action sa volonté de déconstruire le système traditionnel de classification des statuts, il cherche simplement à démanteler la toute-puissance de la catégorie des statuts réels. C'est pour cela qu'il tempère singulièrement l'application systématique de la *lex rei sitae* en présence d'immeubles, voire de meubles, et qu'il tend à lui substituer une analyse de l'intention du législateur et de la finalité de la règle⁸⁷⁵. C'est pour cela, également, qu'il accepte volontiers de laisser se déployer la volonté contraire des parties ou d'un disposant dans un domaine que sa nature de police aurait dû fermer aux déclarations de volonté individuelles. La révolution, dans son œuvre, tient davantage à une méthode qui se veut novatrice, et qui lui a été inspirée par celle qui fut mise en œuvre, en leur temps, par les Hollandais (avec des arrière-pensées bien différentes) qu'à un bouleversement des solutions en la matière, ce qui eût été difficilement accepté par ses contemporains. Bouhier est donc logique avec lui-même lorsqu'il range certains statuts réels parmi les « règlements de police », lorsqu'il considère qu'il n'en va pas de la condition juridique de l'immeuble, mais bien plutôt de l'intention du législateur d'unifier la réglementation des biens situés sur son territoire à des fins d'utilité publique. Il n'y a donc rien d'incongru à ce que certaines des règles qui concernent directement le statut réel traditionnel se retrouvent, pour cette raison, à intégrer la classe des statuts réels *ab effectu*, puisqu'il n'y a pas nécessairement incompatibilité entre l'objet et l'effet, ce que, déjà, relevaient les Hollandais⁸⁷⁶. Ce n'est pas diminuer les mérites de

⁸⁷⁵ Dans le même sens, et à partir des mêmes exemples, voir Michèle BEGOU-LEGUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, pp. 83-86.

⁸⁷⁶ Dans la fameuse classification *ab effectu* des statuts qu'il présente dans son œuvre majeure (Paul VOET, *De Statutis*, *op. cit.*, IV, II, 4), Paul Voet ne peut s'empêcher de faire référence à leur objet principal, personne ou chose, ainsi que le faisaient les « docteurs » : « Envisage-t-on les statuts quant à certains de leurs effets, ils se rangent alors à mon sens en statuts réels, statuts personnels et statuts mixtes. Les statuts réels sont ceux qui n'étendent pas leur autorité hors de leur territoire ; ils n'obligent point les sujets quant aux immeubles qui s'y trouvent. Les statuts personnels étendent leur

Bouhier, ni sa contribution à l'histoire des lois de police, que de garder constamment à l'esprit que la logique qui est la sienne, lorsqu'il rédige ses *Observations*, le dispense, précisément, de toute définition matérielle des statuts. Cette absence de réelle théorisation explique qu'une telle logique empirique ne puisse donc être, directement, celle qui inspirera la délimitation des contours des futures lois de police.

3) Les statuts relatifs aux instances judiciaires : l'exemple des statuts édictant les honoraires des avocats et officiers de justice (§ XV. – XVI.).

Ces deux types de statuts, qui portent sur des questions bien différentes, ont pour point commun, si l'on en croit l'auteur, de ressortir à la police relative au fonctionnement du service public de la justice ou aux instances judiciaires. Le premier, qui regroupe les statuts qui édictent l'observation des jours fériés en justice, sera abordé plus profondément lors de l'étude de la jurisprudence d'Ancien Régime⁸⁷⁷. Le second, en revanche, mérite, dès à présent, un commentaire : il s'agit des statuts édictant les honoraires des avocats et des officiers de justice.

[XXXIII.] XVI. Par la même raison, l'on doit suivre l'usage des lieux pour les honoraires des avocats ; c'est la décision des juriconsultes⁸⁷⁸ : *In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia et fori consuetudine, et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat* (« Le juge doit ainsi connaître des causes relatives aux honoraires des avocats et en procéder à l'estimation en fonction de l'importance du procès, de l'éloquence de l'avocat et la coutume du tribunal dans lequel l'action aura été intentée »). Il n'est donc pas douteux qu'on n'en doive user de même pour les salaires des greffiers, procureurs, huissiers et autres officiers ; toutes ces choses étant du fait de la police judiciaire.⁸⁷⁹

Ce cas particulier se rapporte à la réglementation de la profession d'avocat et, par-delà, aux officiers ou autres auxiliaires de justice agissant dans le ressort d'une juridiction : ces questions relatives à l'organisation et à l'administration de la justice sont réunies par Bouhier sous la qualification de « police judiciaire ». A leur sujet, c'est le lieu de la juridiction à laquelle ils sont rattachés qui détermine leurs honoraires et les modalités de leur rémunération. L'auteur ne dit rien de la finalité de la règle. Il faut supposer, dans le cas de la rétribution des avocats, que la règle se comprend par le souci de garantir une certaine équité de traitement du justiciable devant l'appareil judiciaire. L'intention est manifeste de brider la liberté contractuelle des parties, en l'espèce, entre l'avocat et son client, et de l'encadrer dans un but d'intérêt général. En revanche, dans le cas des officiers et auxiliaires de justice, la règle renvoie à la réglementation ordinaire de la justice et à la nature de service public assumée par la justice royale. Il semble, en tout cas, qu'aux yeux de Bouhier, l'évidence soit telle qu'il ne ressente pas le besoin d'en exprimer la raison autrement que par la formule lapidaire qui conclut son paragraphe.

autorité au-delà du territoire et, comme disent les docteurs, accompagnent les personnes en tout lieu de telle sorte qu'ils lient leurs sujets, mais non les étrangers ni les voyageurs sans patrie. Et, de mon point de vue, sont mixtes, après examen de tel ou tel effet, ces statuts qui étendent leur autorité pour partie à l'intérieur et pour partie à l'extérieur du territoire, de telle sorte qu'à l'intérieur, ils lient toute personne, qu'elle soit domiciliée ou étrangère, plaidant ou agissant ici, et qu'à l'extérieur, ils s'étendent à tous les biens, en quelque lieu que ceux-ci se trouvent, ainsi rejoignant d'un côté, les statuts réels et de l'autre les statuts personnels » (traduction Bertrand ANCEL). Voir, *supra*, p. 251.

⁸⁷⁷ Sur les statuts qui édictent l'observation des jours fériés en justice, voir, *infra*, pp. 608-609.

⁸⁷⁸ Selon le dixième paragraphe de la loi *Praeses provinciae*, qui figure au titre *De extraordinariis cognitionibus* du Digeste (D. 50.13.1.10).

⁸⁷⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°16, p. 808.

Quelle appréciation porter sur les deux exemples qu'il a choisis et qui ont, finalement, peu en commun ? Le raisonnement du magistrat bourguignon sur ce point ne laisse pas de plonger son lecteur dans l'embarras. En effet, dans l'un et l'autre cas, Bouhier se retrouve confronté à deux dispositions qui, de toute évidence, à ses yeux, ne s'entendent que d'une manière territoriale et dont il a, pourtant, quelque peine à justifier la territorialité⁸⁸⁰.

L'auteur commence par poser la règle de principe qui lui semble servir de trait commun aux deux cas de figure qu'il réunit ici : « un fait de police pour lequel on doit se conformer à l'usage des lieux où se passent les actes ». L'affirmation a de quoi surprendre dans le cadre d'un chapitre dédié à des statuts réels territoriaux, en ce sens que la maxime *locus regit actum* trouve l'une de ses premières justifications dans la portée extraterritoriale des actes et des décisions qu'elle autorise. Or, selon Bouhier, les deux cas de figure qu'il évoque échappent, précisément, à l'effet extraterritorial qui s'attache, d'ordinaire, aux formalités et, le cas échéant, aux actes de procédure. Son choix de se revendiquer de la règle *locus regit actum* n'est donc pas exempt de toute discussion. Il n'est pas certain que le passage du *De statutis* de Paul Voet relatif au respect des jours fériés dont Bouhier se réclame soit l'argument d'autorité le plus pertinent, dans la mesure où le juriste ultrajectin prend position en faveur du lieu du siège du tribunal afin de définir le critère de rattachement de la règle et non le lieu de passation de l'acte. Transposée aux faits qui ont donné lieu à l'arrêt *De Mouhy* du Parlement de Bourgogne, la règle provoquerait, d'ailleurs, un résultat inverse de celui dont s'autorise l'auteur des *Observations*. Enfin, il est douteux de réunir, ainsi que le fait Bouhier, toutes les règles relatives aux procédures judiciaires ou à l'organisation de la justice qui sont, ici, évoquées – l'assignation en justice (via l'extrait de Paul Voet), la commission rogatoire, la rémunération des avocats et officiers – sous une même règle de conflit. Sans doute eût-il été mieux inspiré, et plus fidèle à l'esprit de sa démonstration, de considérer que toutes ces règles sont déterminées par la *lex fori* et non par la maxime *locus regit actum*. C'est ce qu'un tempérament plus enclin à faire respecter les canons de la souveraineté/territorialité que ne l'est Bouhier n'eût pas manqué de le faire⁸⁸¹.

D'avantage que la règle de principe qu'ils sont censés illustrer, ces deux exemples soulignent au mieux, avec leurs ambiguïtés, la méthode empirique du président Bouhier : confronté à des situations où la territorialité lui semble si flagrante et si incontestable, il sent qu'il lui est impossible de les rattacher aux statuts personnels et réels tels qu'ils sont définis par la doctrine classique. Il n'est pas certain que la finalité de la règle ait, dans l'un et l'autre cas, beaucoup compté aux yeux de Bouhier, puisqu'il l'évoque à peine : c'est davantage le constat de leur existence qui le conduit à les qualifier de statuts réels *ab effectu*. C'est presque par défaut que ces statuts se trouvent classés parmi les « statuts qui regardent la police » : ils ne sont pas réels en raison de leur objet, ni même en raison de leur finalité (si tant est qu'elle soit bien précise dans l'esprit de l'auteur), mais ils le sont parce que le seul respect de la règle impose qu'elle soit circonscrite à un territoire délimité. Ainsi, bien loin de s'enfermer, comme les statutistes, dans la classification traditionnelle *a subjecto* entre statuts personnel et réels, Bouhier, devant des règles indéniablement territoriales qui ne portent pas

⁸⁸⁰ Sur ces lois de « police judiciaire », voir Michèle BEGOU-LEGUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, op. cit., pp. 86-88.

⁸⁸¹ En ce sens, Louis BOULLENOIS sera plus cohérent que le président Bouhier lorsque, dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, paru à Paris en 1766, il posera en principe général que : « Le souverain a aussi droit de faire des lois qui assujettissent les étrangers en plusieurs cas... 3^o. Par rapport aux actes judiciaires, s'ils plaident devant ses juges » (quatrième principe général, p. 3, qui renvoie à la XI^e observation du *Traité*) et que : « Les formalités pour procéder en jugement se prennent du lieu où l'on plaide (quarante-cinquième principe général, p. 10, qui renvoie à la XLVI^e observation du *Traité*). Sur le quatrième principe de Boullenois, voir, *infra*, p. 439.

nécessairement sur des choses, n'a d'autre choix que de les qualifier de « statuts relatifs à la police » et de les ranger dans cette catégorie-balai de statuts réels *ab effectu*.

Malgré ces ambiguïtés et ces non-dits, l'apport du président Bouhier n'est pas moins fondamental dans l'identification des « lois de police ». Le raisonnement avance d'un cran par rapport aux statuts édictant des défenses ou des mesures. Devant ces deux exemples, il n'est plus possible, comme le faisaient encore ses prédécesseurs, de justifier la réalité des statuts par le fait qu'un bien soit impliqué. Or, il est incontestable, dans les deux cas, que le statut en question s'impose aux étrangers présents sur son territoire. Les justifications classiques sont donc tenues en échec et, pourtant, la règle existe bel et bien. C'est en cela que l'intuition du président Bouhier s'avère aussi cruciale. En qualifiant de « statut relatif à la police » une règle qui n'entraîne pas dans les catégories traditionnelles et en la définissant par son seul caractère territorial, indépendamment de son objet et de la qualité de ceux qui sont visés par elle, il a, le premier, et de façon, semble-t-il, inconsciente, cerné la nature de loi de police au sens moderne. S'il n'en a pas dégagé la théorie, tous les éléments sont présents chez lui : en effet, les lois de police, qui forment le corps du chapitre XXXIII de ses *Observations*, obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire. La question reste pendante de savoir s'il en va également de même des lois de sûreté, qui font l'objet du chapitre XXXIV.

4) Les statuts édictant une responsabilité civile des parents pour le délit de leurs enfants (§ XVII.).

L'exemple évoqué dans l'ultime paragraphe du chapitre XXXIII est sans doute celui qui se rapproche le plus des lois de police que la jurisprudence française s'attachera à dégager au cours du XIX^e siècle. Il est, en tout cas, celui qui traduit le mieux, et le plus ouvertement, l'irruption des valeurs d'ordre public dans le règlement des conflits de lois en droit privé. Mais, paradoxalement, cet avènement doit emprunter le détour d'un règlement de police édicté par le Parlement de Dijon en matière de responsabilité civile :

[XXXIII.] XVII. Par un règlement de police, fait en notre Parlement le 18 Juillet 1618, il fut ordonné à toutes personnes de contenir leurs enfants et leurs serviteurs, en sorte qu'ils ne commissent aucun dégât dans les jardins et vergers, sous peine d'être responsables civilement, en leurs propres et privés noms, des dommages et intérêts qui résulteraient de ces dégâts. Il y a encore d'autres règlements pareils sur d'autres faits de police. Que, si de tels délits étaient commis hors du ressort du Parlement, l'on n'estime pas que ces règlements pussent y être applicables, à moins que ce ne fût dans les lieux où il y en eût de semblables ; car la Cour, en faisant les siens, n'a songé qu'à ce qui regardait la police de son ressort. D'ailleurs, comme toute loi qui rend une personne responsable du délit d'une autre est contraire au droit commun, la règle est d'en restreindre la disposition autant qu'il est possible, comme l'observent les Jurisconsultes⁸⁸². En voilà assez pour justifier la proposition avancée en ce chapitre.⁸⁸³

Alors qu'au XVIII^e siècle se dégage, graduellement, voire timidement, de ses origines pénales, sous l'influence de Jean Domat, un principe de responsabilité personnelle centrée autour

⁸⁸² Voir, entre autres, BALDE, *Commentaria super quarto et quinto Codicis Justinianis libro*, Lyon, 1539, sur le titre *Ne filius pro patre vel pater pro filio emancipato vel libertus pro patrono conveniatur* (C. 4.13.), au n°8, p. 23 verso, et Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 218, glose VI, n° 18, p. 606.

⁸⁸³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°17, p. 808.

de la notion de faute, qu'un Michel Prévost de la Jannès parviendra à formuler dans sa généralité⁸⁸⁴, et que les dommages et intérêts ont acquis leur indépendance à l'égard de la peine, le président Bouhier s'intéresse, présentement, à un cas particulier de responsabilité : la responsabilité pour le fait d'autrui⁸⁸⁵. Or, sans remettre directement en cause le principe communément admis de la responsabilité subjective, les différentes formes que prend cette responsabilité pour le fait d'autrui en sont d'autant d'aménagements, qui cherchent à atteindre la personne sous l'autorité de laquelle l'auteur du délit est placé : c'est donc un manquement à l'autorité ou à la surveillance qu'il convient de réparer. Parmi ces formes, se trouvent, entre autres, la responsabilité des père et mère qui doivent répondre des agissements de leurs enfants⁸⁸⁶ et la responsabilité du maître ou du commettant pour les torts causés par son préposé. Ces deux types de responsabilité préparent aux différents cas qui seront retenus, limitativement, par le futur article 1384 du Code civil de 1804.

Ces responsabilités, qui sont bien connues de l'Ancien droit français, ne s'expriment pas uniquement à travers les coutumiers rédigés ; elles peuvent faire l'objet de dispositions particulières édictées par les Parlements par l'intermédiaire d'arrêts de règlement, et plus particulièrement, d'ordonnances ou de règlements de police⁸⁸⁷. Tel est le cas de cet arrêt du Parlement de Dijon, rendu sous forme de règlement de police, en date du 18 juillet 1618. La sanction oblige ainsi les parents et maîtres à réparer civilement le dommage occasionné aux jardins et vergers, afin qu'ils prennent toutes les mesures nécessaires pour « contenir » leurs enfants et leurs serviteurs⁸⁸⁸. Cette intervention du pouvoir réglementaire dans le domaine de la responsabilité civile semble indiquer qu'il existe des cas de police civile⁸⁸⁹.

Toutefois, la réflexion de Bouhier ne se limite pas à ce seul arrêt de règlement : la solution qu'il expose dans ce paragraphe vaut pour les « autres règlements... sur d'autres faits de police ». D'une manière générale, ces règlements n'ont de force que dans les strictes limites du ressort du Parlement, dans lesquelles se borne son pouvoir de police. D'où la raison fort laconique qui lui

⁸⁸⁴ Olivier DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, 2005, pp. 422-440.

⁸⁸⁵ David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e édition, Paris, 2012, pp. 792-801.

⁸⁸⁶ Sur cette question, voir Constance CERZE, *La responsabilité des parents du fait de leurs enfants du XVI^e au XIX^e siècle*, thèse Paris II, soutenue le 23 avril 2013.

⁸⁸⁷ Joseph GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome quarante-neuvième (Profession monastique - Puissance paternelle), Paris, 1782, v^o « Puissance paternelle », pp. 408-589, qui se prolonge dans le tome cinquantième, pp. 3-125, par Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI). Ce dernier y écrit dans la section troisième, deuxième paragraphe (« Le père est-il responsable des délits et des fautes des enfants qu'il a sous sa puissance ? »), aux pp. 447-448 du tome quarante-neuvième : « Au reste, la jurisprudence que nous venons d'exposer sur la dispense générale des pères de faire face aux condamnations de dommages-intérêts portées contre leurs enfants pour cause de délits admet plusieurs exceptions qu'il est essentiel de détailler... ». Et de développer à la p. 453 : « La quatrième exception est que, très souvent, les ordonnances de police déclarent formellement que les pères et mères feront responsables des infractions commises par leurs enfants aux règlements qu'elles prescrivent. M. le président Bouhier, chapitre 33, n^o17, nous en fournit un exemple et propose à ce sujet une question mixte qui peut se présenter fréquemment. Voici comme il s'explique... (suit le texte de Bouhier) ».

⁸⁸⁸ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 5^e édition, Paris, 1766, tome deuxième, v^o « Maîtres », introduit son article ainsi : « Le maître est tenu du dommage causé par son domestique dans le service où il l'emploie. L'article 6 de l'arrêt rendu pour servir de règlement par le Parlement de Dauphiné, le 6 mars 1723, « déclare même les chefs de famille et maîtres responsables civilement des dégâts et contraventions qui se feront par leurs femmes, enfants et domestiques dans les bois, conformément à un autre règlement de la même cour, de l'an 1682 » (relevé par David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 793). Des cas similaires sont relevés, pour la période de l'Ancien droit, par Constance CERZE, *La responsabilité des parents*, op. cit., pp. 55-57 et 62. Voir aussi l'arrêt de règlement rendu par le Parlement de Normandie, le 25 juin 1723, portant défense de détruire les murailles de la ville de Rouen pour en jeter les pierres sur les maisons avoisinantes et en endommager les toitures, in *Suite du Nouveau recueil des édits, déclarations, lettres patentes, arrêts et règlements de sa Majesté, lesquels ont été enregistrés au Parlement (1717-1726)*, Rouen, 1741, p. 484, et relevé par Grégory ROULAND, *La responsabilité civile en Normandie au XVIII^e siècle d'après la jurisprudence du Parlement de Rouen*, Thèse Paris II, soutenue le 28 octobre 2008.

⁸⁸⁹ Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté*, op. cit., tome 1^{er}, op. cit., p. 33.

semble justifier la territorialité exclusive de tels statuts : « la Cour, en faisant [ses règlements], n'a songé qu'à ce qui regardait la police de son ressort ».

La vision restrictive des statuts de police qu'expose, en l'espèce, le président Bouhier est intéressante à bien des égards et traduit une logique en gradation :

1^o D'abord, le magistrat bourguignon prend parti, en matière de règlements de police, pour un rattachement à la *lex fori* et non à la *lex loci delicti*, sur le modèle de la règle de conflit traditionnellement admise dans le domaine de la responsabilité pénale, et qui eût pu logiquement trouver matière à s'étendre à celui de la responsabilité civile. En faisant ce choix, il condamne ces règlements à demeurer étroitement enserrés dans leur ressort et leur dénie tout titre à une quelconque extraterritorialité, à l'inverse de la *lex loci delicti* qui peut très bien être appliquée par un juge étranger.

2^o Ensuite, le territorialisme étroit qui caractérise les règlements de police s'exprime chez Bouhier en ces termes : « Que, si de tels délits étaient commis hors du ressort du parlement, l'on n'estime pas que ces règlements pussent y être applicables, à moins que ce ne fût dans les lieux où il y en eût de semblables ». Le magistrat bourguignon marche nettement sur les brisées de l'Ecole Hollandaise : il revendique pour ces statuts toute la force qui s'attache au *strictum jus* ou au *summum jus*, leur reconnaissant le droit de s'imposer aux ressortissants locaux comme étrangers, et il ne leur accorde d'extension extraterritoriale qu'en vertu d'une bien hypothétique *comitas*, qui, d'ailleurs, ne suffirait sans doute pas. A supposer, d'ailleurs, que le Parlement de Besançon, par exemple, connaisse une disposition de police semblable à celle qui fut arrêtée par règlement par le Parlement de Dijon, le délit qui serait commis dans le ressort du Parlement de Besançon tomberait sous le coup de son propre règlement de police.

3^o Enfin, la motivation essentielle de la position défendue par Bouhier repose sur le sentiment que la contrariété d'un statut de police avec le droit commun impose de le restreindre au maximum. Or, une disposition qui rend une personne responsable du fait d'autrui, pour ne retenir que cet exemple, est manifestement contraire au droit romain. Dans l'esprit du président Bouhier, c'est de cette contrariété au droit commun que découle l'idée de « loi de police » et qui sert de fondement, justifiant ainsi la territorialité exclusive dans laquelle sont enfermées de telles règles⁸⁹⁰. A l'exemple des statuts odieux, cette territorialité impérieuse implique nécessairement l'assujettissement immédiat de l'étranger à la *lex fori*. Le raisonnement vaut également pour les lois pénales telles que conçues par Bouhier, qui leur étend le caractère rigoureusement territorial et refuse le jeu de la règle de conflit formalisée par la *lex loci delicti*.

C. Les cas concrets envisagés par le reste des *Observations* : l'exemple des « stipulations d'hypothèques passées à l'étranger », ou article 121 du Code Michau.

Le propre de la démarche du président Bouhier le conduit, dans ses *Observations*, à répartir l'ensemble des statuts ou coutumes au sein des deux grandes catégories *ab effectu* qui forment la matière et qui se décomposent, respectivement, en sept classes de statuts personnels et cinq classes de statuts réels. L'éparpillement a pour conséquence de distinguer des classes de statuts qui répondent à une logique propre qui est celle, selon l'auteur, du législateur, selon qu'il a veillé à

⁸⁹⁰ Sur cette responsabilité civile du fait d'autrui chez Bouhier, voir Michèle BEGOU-LEGUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, pp. 88-89.

l'intérêt propre de son territoire et de sa population ou qu'il a eu en vue un intérêt public qui dépasse le carcan étroit des frontières.

Il en découle logiquement que les dispositions relatives à la police ne se limitent pas *stricto sensu* à la catégorie résiduelle de statuts réels que représente le chapitre XXXIII. Qu'il s'agisse de paralyser le libre jeu du statut personnel extraterritorial étranger en excipant d'une disposition locale impérative ou de renforcer l'action d'un statut réel en lui assignant une finalité d'ordre public, les divers chapitres qui composent la partie des *Observations* consacrée aux conflits de coutumes ne manquent certainement pas de faire état de l'intervention de cette police. Cette intervention peut prendre plusieurs formes : outre les statuts qui regardent la police et les lois pénales⁸⁹¹, les statuts réels prohibitifs⁸⁹² ou encore les statuts exorbitants du droit commun⁸⁹³ constituent autant de manifestations de cet ordre public, qu'il soit coutumier (le plus fréquemment) ou national (de manière exceptionnelle). Mais il faut leur ajouter toutes ces dispositions de police qui heurtent frontalement la sensibilité personnaliste chère au président Bouhier et qu'il tente de combattre. En effet, elles apparaissent *a contrario*, au détour d'une discussion : ainsi des statuts relatifs à la légitimation par lettres du Prince⁸⁹⁴, dont l'auteur tente de décadenasser la territorialité en plaidant pour leur personnalité (sous réserve de la « police de la Nation », qui remplit ici le rôle de l'exception d'ordre public), aux conquêtes et au douaire préfix normands ou encore au sénatus-consulte Velléien de Normandie⁸⁹⁵, qui sont indiscutablement du ressort de la police provinciale, mais que Bouhier veut absolument réputer statuts personnels prohibitifs – ou « lois de police particulières » pour les Normands – pour soustraire les ressortissants non originaires de la province à leur empire. Ces statuts témoignent de la tension permanente qui existe entre la souveraineté/territorialité de principe et les échappatoires que tente de trouver le magistrat bourguignon à leur sujet. Enfin, il n'est que de rappeler le soutien qu'apporte le président Bouhier à la législation matrimoniale du Royaume, lorsque des enfants de famille français, désireux d'échapper aux dispositions légales relatives au consentement des parents, se marient à l'étranger. Jurisprudence et doctrine s'accordent, aux XVII^e et XVIII^e siècles, à voir dans ces manœuvres frauduleuses une atteinte à « l'ordre public » du Royaume et elles estiment même, en la personne de Guillaume-François Joly de Fleury, que les coups portés aux dispositions contenues dans les ordonnances royales regardent « l'intérêt de la puissance paternelle, le bon ordre, et la police du Royaume », justifiant ainsi l'annulation de telles unions⁸⁹⁶. De même, il approuve l'extension des

⁸⁹¹ Sur le chapitre XXXIV concernant « la réalité des lois pénales », voir, *infra*, pp. 401-420.

⁸⁹² Sur les statuts prohibitifs chez Bouhier, voir, *supra*, pp. 367-380.

⁸⁹³ Sur le chapitre XXXV concernant « la réalité des lois qui sont exorbitantes du Droit commun, ou manifestement injustes », voir, *infra*, pp. 420-434.

⁸⁹⁴ Sur ce statut permissif qu'est la légitimation par lettres du Prince, qui est à la fois personnel par son objet et strictement territorial par ses effets, et qui peut, donc se ranger parmi les « lois de police », voir, *supra*, pp. 171-173. Evoqué pour illustrer l'assaut que mène Bouhier en faveur de la personnalité des statuts à l'encontre des lois de police, il aurait tout aussi bien pu être étudié ici.

⁸⁹⁵ Sur ces statuts personnels prohibitifs, ou lois de police personnelles, voir, *supra*, pp. 358-360 et 377-381. Evoqués pour illustrer l'assaut que mène Bouhier en faveur de la personnalité des statuts à l'encontre des lois de police, ils auraient tout aussi bien pu être étudiés ici.

⁸⁹⁶ Sur cette question, qui regarde plus directement la jurisprudence que la doctrine, qui, en l'occurrence, ne fait que suivre, voir, *infra*, pp. 522-528. En l'espèce, Bouhier, qui approuve les décisions des divers Parlements dont il fait état, se fait plus arrêtiste que doctrinaire des statuts. En effet, il suspend un instant son travail de répartition bipartite des statuts, conformément à son approche intercoutumière, pour s'élever à l'échelle proprement internationale. Son propos s'insère dans le cadre du chapitre XXVIII des *Observations* qui traite « de la personnalité des statuts qui regardent les formalités et l'authenticité des statuts » et qui lui permet de justifier l'extraterritorialité de la *lex loci actus* (plus connue sous le nom de *Locus regit actum*) ou de la *lex loci celebrationis*. Confronté à cette question d'ordre public, qu'il traite dans les paragraphes LIX à LXVI (Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVIII, n°59 à 66,

déclarations d'Henri IV, prises en 1594 et 1595, sur les rentes constituées, et qui réduisaient d'un tiers les intérêts grevant les débiteurs du Royaume, au cas d'un débiteur bourguignon poursuivi, en 1602, par un créancier franc-comtois (alors étranger au Royaume) en renversant la règle de conflit généralement admise, y compris par lui, et défend, à titre exceptionnel, l'application du statut du domicile du débiteur français⁸⁹⁷. Ce sont là les cas (rares) où le magistrat bourguignon, sortant du cadre intercoutumier qui lui est si cher, prend une position nationaliste sur une question qui touche aussi directement l'ordre public international du Royaume⁸⁹⁸.

Ce point d'étape n'est pas inutile s'il permet de mesurer combien la doctrine de Bouhier au sujet des conflits de coutumes, et même de lois, est complexe à saisir de manière synthétique et combien elle requiert de sens de la nuance et de la distinction. Elle nécessite également de passer au crible les différents chapitres des *Observations* pour déceler l'action territorialiste, soutenue par des considérations d'ordre public, de la police d'une province ou de l'ensemble du Royaume, que cette police soit nommée ou qu'elle soit sous-jacente.

Ces cas se rencontrent, essentiellement, dans le chapitre XXIV qui porte sur la « personnalité des statuts qui règlent, en général, l'état et la condition des personnes, et leur capacité ou incapacité ». Ils subissent le même traitement que celui que Bouhier réserve à la légitimation par lettres du Prince et ils accompagnent cette dernière dans le but d'illustrer un seul et même principe : la *comitas inter gentes*, comme justification de la personnalité et de l'extraterritorialité des statuts et comme moyen de battre en brèche la souveraineté et la territorialité de principe. Toutefois, ces exemples sont, au moins, aussi intéressants lorsqu'ils sont interprétés *a contrario* que lorsqu'ils sont passés au filtre de la *comitas* par Bouhier. Ainsi renversés, ils montrent, à l'encontre des vœux de l'auteur, que la « police de la Nation » peut se trouver « blessée », pour reprendre les termes fameux du paragraphe CXXVII, par l'extraterritorialité d'un statut personnel.

En livrant plusieurs exemples dans lesquels cette courtoisie réciproque entre les Nations est appelée à jouer en faveur des statuts personnels, le magistrat bourguignon nous expose, en vérité, deux situations qui mettent en œuvre des dispositions qui refusent, au contraire, l'application normale de la loi étrangère théoriquement applicable en vertu de cette courtoisie réciproque. Si la seconde – la succession des bâtards légitimés par lettres de souverains étrangers – doit être abordée lors de l'étude de la jurisprudence⁸⁹⁹, la première mérite, dès à présent, un commentaire : il s'agit de l'article 121 du Code Michau sur les « stipulations d'hypothèques passées à l'étranger » :

[XXIV] CXXVII. ... [Je] trouve un autre [*exemple de courtoisie réciproque*] dans les stipulations d'hypothèque, passées en pays étrangers ; car nous permettons⁹⁰⁰ qu'elles soient exécutées en France ; en sorte que l'Ordonnance de 1629, qui avait décidé le contraire en l'art. 121, non seulement n'a point été reçue dans la plus grande partie du Royaume, mais que, dans notre Parlement même où elle a été enregistrée, ce n'a été qu'à la charge que cet article n'aurait pas lieu en son ressort.⁹⁰¹

pp. 773-774), le magistrat bourguignon sort de sa distinction entre statuts réels et statuts personnels pour advenir à la dimension internationale des conflits considérés et pour les résoudre en soutenant l'intervention, en jurisprudence, d'une véritable et indiscutable « loi de police » par anticipation.

⁸⁹⁷ Sur l'interventionnisme royal en matière de rentes constituées et l'affaire *Berbisot*, tranchée le 9 janvier 1602 par le Parlement de Dijon, voir, *infra*, pp. 590-592.

⁸⁹⁸ Egalement relevé par Hugues RICHARD, « La place du Président Bouhier », *op. cit.*, p. 90.

⁸⁹⁹ Sur la succession des bâtards légitimés par lettres de souverains étrangers, voir, *infra*, pp. 534-540.

⁹⁰⁰ Charles LOYSEAU, *Les cinq livres du droit des offices*, in *Cinq livres du droit des offices, avec celui des seigneuries et celui des ordres*, 2^e éd., Paris, 1613, livre I, chapitre VI, n°104, 105 et 109.

⁹⁰¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXIV, n°127 *in fine*, p. 689.

Dans ce bien singulier exemple, le président Bouhier se réfère à la célèbre ordonnance de janvier 1629, plus connue sous le nom de « Code Michau », et dont la fortune malheureuse est demeurée attachée à la personne de son rédacteur, le chancelier Michel de Marillac, et à la disgrâce qui a frappé ce dernier à la suite de la journée des Dupes. En effet, cette ordonnance de réformation, qui se voulait ambitieuse, est demeurée lettre morte, après le refus du Parlement de Paris et de nombreux Parlements de province d'en enregistrer les dispositions. Néanmoins, Bouhier y fait régulièrement référence dans son œuvre sous l'appellation d'ordonnance de 1629, puisqu'elle fut régulièrement reçue, avec des réserves portant sur certains articles, dans le Parlement de Dijon, où lui-même a tenu son office. Son exemple porte sur l'article 121 qui, d'une manière plus générale que ce qu'il en rapporte, refuse toute exécution *de plano* aux décisions judiciaires, contrats ou autres obligations issus d'un pays étranger et, de surcroît, autorise les Français contre lesquels les décisions ont été rendues d'introduire une nouvelle instance au fond devant les juridictions françaises⁹⁰². Cette mesure, protectrice des intérêts français, et qui n'est pas sans annoncer celle qui formera la substance de l'article 6 du titre XXXIV de l'ordonnance de 1667 à propos de la contrainte par corps à l'encontre des Français⁹⁰³, est réduite à sa plus simple expression par Bouhier, qui voit dans le refus généralisé des Parlements du Royaume (y compris celui de Dijon, qui a, pourtant, enregistré l'ordonnance de 1629) de recevoir cet article une marque de faveur pour les hypothèques consenties à l'étranger par acte public ou judiciaire, et ce au bénéficiaire ou au détriment d'un sujet de la Couronne de France. Selon ses propres termes, les hautes juridictions royales « permettraient » qu'il soit donné suite à ces obligations contractées à l'étranger sur le sol français, en vertu de la *comitas inter gentes vicinas*. Or, cette solution ne semble pas rencontrer l'assentiment du droit positif : en effet, les actes authentiques et les jugements étrangers accordant hypothèque en France se voient régulièrement refuser tout *pareatis*⁹⁰⁴. C'est pour cela qu'il est pertinent de relever que l'article 121 du Code Michau, bien qu'il ne soit jamais rentré en vigueur, était, dans l'esprit de ses concepteurs, une véritable « loi de police » – une « loi du Royaume » selon le chancelier d'Aguesseau – dont l'empire s'impose à tous, aussi bien aux Français

⁹⁰² François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XVI (mai 1610 – mai 1643), Paris, 1829, p. 262 : Code Michau, ou Ordonnance sur les plaintes des états assemblés à Paris en 1614, et de l'assemblée des notables réunis à Rouen et à Paris, en 1617 et 1626, Paris, janvier 1629, article 121 : « Les jugemens rendus, contrats ou obligations reçûes ès royaumes et souverainetez étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre dit royaume, ains tiendront les contrats lieu de simples promesses, et nonobstant les jugemens, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers pardevant nos officiers ».

⁹⁰³ La question de la contrainte par corps est traitée en détail par Louis BOULLENOIS dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, à la onzième observation, pp. 163-165 : voir, *infra*, pp. 455-458.

⁹⁰⁴ Joseph GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 44, Paris, 1781, v^o « Pareatis » (article de M^e Desessarts), p. 263 : « Comme c'est un principe certain que les contrats passés en pays étranger et les jugemens rendus par des tribunaux fournis à l'autorité d'autres souverains que le Roi de France n'ont point hypothèque dans le royaume, on n'accorde point de *pareatis* pour exécuter ces contrats et ces jugemens contre des sujets régnicoles ». Voir aussi Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 7^e édition, tome 3, Paris, 1771, v^o « Pareatis », n^o23-25, p. 577, spéc. n^o24 : « ... on n'accorde point de *pareatis* au grand sceau, pour l'exécution, en France, contre des sujets régnicoles, des jugemens rendus, et des contrats passés en pays étrangers, ces jugemens et contrats n'ayant aucune hypothèque ni exécution en France, et les parties pouvant y débattre leurs droits comme entiers devant les officiers du roi, nonobstant lesdits jugemens, suivant l'article 121 de l'ordonnance de 1629. Inutilement accorderait-on la permission d'exécuter ce qui n'est pas exécutoire en soi, au moyen de ce que le *pareatis* n'ajoute rien à la forme et à l'authenticité du titre ». Et l'auteur de l'article de citer, au n^o25, l'autorité du chancelier d'Aguesseau, qui refusa d'accorder à l'électeur de Bavière un *pareatis* pour l'exécution, en France, d'un jugement rendu à Munich le 24 mars 1749 contre un régnicole : « Le *pareatis* fut constamment refusé, comme inutile et comme contraire aux principes consacrés par l'ordonnance de 1629, que ce grand magistrat a toujours regardée comme loi du royaume ». Voir aussi, dans le même sens et le même esprit, *id.*, 7^e édition, tome 2, Paris, 1771, v^o « Hypothèque », n^o48-56, pp. 657-659.

qu'aux étrangers qui passeraient un acte à l'étranger destiné à produire ses effets en France ou qui obtiendraient un jugement d'un tribunal étranger. La dégradation des actes étrangers, s'ils sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt d'un sujet, et la promotion d'un contrôle juridictionnel, qui va jusqu'à la révision complète, semblent assez emblématiques de la volonté de faire prévaloir le droit français sur les lois étrangères. L'article de l'ordonnance civile de 1667 sur les contraintes par corps s'inscrit dans le même ordre d'idées⁹⁰⁵.

En fin de compte, si le président Bouhier n'a pas suffisamment approfondi la théorisation des statuts de police pour faire de lui le père de la notion de « loi de police » telle qu'elle sera adoptée par le Code civil, il n'en demeure pas moins que sa contribution à l'émergence de l'institution est fondamentale et qu'au même titre que celle de son contemporain Louis Boullenois, elle marque une étape décisive dans son histoire :

1° Son premier mérite est d'avoir eu la conscience que ces statuts n'étaient pas à mettre au nombre des statuts réels, parce qu'ils regardaient la chose, parce qu'ils étaient caractérisés par leur territorialité intrinsèque. Il contribue ainsi à l'apparition d'une catégorie de statuts autonomes, distingués en vertu d'une méthode *ab effectu*, et qui sortent de la sphère d'influence du statut réel immobilier. Ce statut « réel », parce que strictement territorial, c'est le premier critère de la loi de police qui est ainsi exposé sous nos yeux.

2° Son second mérite est d'avoir regroupé, sous cet intitulé de statuts de police, un ensemble de dispositions contraignantes qui ont vocation à obliger personnellement les forains aussi bien que les régnicoles, sans prétendre épuiser la question dans le seul chapitre XXXIII et se réservant la possibilité d'en trouver d'autres manifestations dans les différentes classes de statuts personnels ou de statuts réels. Le tempérament qu'il convient d'apporter à ce qui est le deuxième critère de la loi de police est que Bouhier accepte également qu'une loi de police soit personnelle, c'est-à-dire territoriale et relative, ne s'adressant alors qu'aux seuls régnicoles. Cette attitude, que partage Louis Boullenois à la même époque, alors même que celui-ci est plus imbu des idées souverainistes de l'École Hollandaise, n'a pas lieu de surprendre : leur raisonnement prend place, pour l'essentiel, dans un cadre intercoutumier, où l'identité juridique de chaque province et le particularisme de chaque coutume sont très marqués. Il leur est nécessaire de respecter les choix des « législateurs » coutumiers et d'envisager que ces derniers ont édicté certaines règles impératives, voire prohibitives, en n'ayant que leurs seuls ressortissants en vue. Or, ce critère de la relativité de la loi de police *ratione personae* est appelé à se dissoudre, sans nécessairement disparaître, dans l'unification juridique de l'ensemble du pays à laquelle va aspirer la Révolution et que va parachever le Code civil.

3° Son troisième mérite, qui est le corollaire des deux premiers, est d'avoir réuni, sous une appellation de statuts de « police », qu'il faut entendre de manière large, même pour le XVIII^e siècle, des dispositions qui visent à la protection d'un intérêt collectif circonscrit à un territoire donné, protection qui doit l'emporter sur celle des intérêts des particuliers. Les règles qui font l'objet d'une réglementation de police couvrent ainsi des domaines aussi large que celui relatif au droit administratif que celui de l'organisation judiciaire ou, encore, celui du droit civil. C'est le dernier critère distinctif des lois de police que Bouhier parvient, incidemment, à dégager dans son œuvre. Or, son refus de la classification dominante chez les statutistes s'explique par son choix de lui opposer une définition des statuts *ab effectu* qui repose sur la recherche de l'intention du

⁹⁰⁵ Sur cette question, voir, *infra*, l'étude qu'en donne Louis Boullenois, aux pp. 455-458.

législateur et sur la finalité d'intérêt général qu'il assigne à la loi. Le mouvement donc s'inverse : l'on ne part plus des biens pour leur affecter un règlement, mais de la disposition statutaire pour lui assigner, en vertu de la finalité recherchée par le législateur, un champ d'application territorial et en conclure ainsi à sa réalité⁹⁰⁶.

4^o Son quatrième mérite ne tient plus tant à la définition des critères d'identification de la loi de police qu'à entrevus le président Bouhier qu'à sa mise en application dans l'espace. Le trait commun à tous ces statuts de police, comme à toutes les dispositions impératives qui parsèment les *Observations* (statuts réels prohibitifs et « lois de police » personnelle, mais aussi, comme nous allons le voir, lois pénales et statuts exorbitants du droit commun), est d'être étroitement confinées à l'intérieur du territoire, parce qu'elles entrent en contradiction avec le droit commun et parce qu'elles s'opposent à la pratique de la *comitas inter gentes vicinas*. Or, la résistance orchestrée par un ordre public local ou provincial à travers le maniement de toutes ces armes de défense pour résister, ponctuellement, aux assauts d'un droit qui serait commun à l'ensemble du Royaume peut se comprendre dans le cadre de l'environnement intercoutumier qui est celui que connaît la France à l'époque de Bouhier. Mais que disparaisse cet environnement propre à l'Ancien Droit pour faire place à un Etat-Nation unifié autour d'une seule loi civile et ces armes de défense, devenues sans usage sur le plan interne, se transposeront sur le plan international : ainsi, le « droit commun » se verra substituer la communauté de droit entre Etats. Alors, les dispositions de police, rénovées par l'article 3, se retourneront contre les lois étrangères portées par le jeu naturel des règles de conflit entre Nations, lorsqu'elles seront jugées contraires à l'ordre public ou aux intérêts nationaux.

§ 3. La réalité des statuts contraires au droit commun : lois pénales et statuts exorbitants.

De manière caractéristique, le chapitre XXXIII sur les statuts de police, qui s'achevait sur l'idée de contrariété au droit commun, est suivi d'un chapitre XXXIV portant sur « la réalité des lois pénales » et d'un chapitre XXXV consacré à « la réalité des lois qui sont exorbitantes du Droit commun, ou manifestement injustes ». En effet, ces deux chapitres répondent à une même ligne directrice : celle qui consiste à regrouper des statuts qui, à titres divers, heurtent frontalement le droit commun – que Bouhier identifie au droit romain – et qui sont donc voués à la territorialité la plus rigoureuse en raison de leur hostilité à une extraterritorialité qui se justifie toujours, dans l'esprit de l'auteur, par le bien public. Ce choix, qui peut paraître déconcertant au premier abord, reflète sans doute de la façon la plus expressive qui soit les « tendances archaïsantes » du président Bouhier⁹⁰⁷ et nécessite, pour une meilleure compréhension, de revenir aux fondements mêmes de sa théorie⁹⁰⁸.

Cette position, anachronique dans la France du XVIII^e siècle, contribue à singulariser et à isoler davantage encore Bouhier au sein de l'école française des statuts, si on le rapproche, par exemple, de son contemporain Boullenois, qui n'accorde qu'une place résiduelle, pour ne pas dire anecdotique, aux problématiques du droit commun et des droits particuliers. Le conflit de coutumes s'inscrit plus volontiers, aux yeux des auteurs français, surtout à partir du XVI^e siècle, où l'influence de l'école italienne s'estompe de plus en plus, dans le cadre de la dialectique des statuts

⁹⁰⁶ Il suffit de rappeler les termes explicites qu'emploie Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n^o81 et 82, p. 593, pour justifier l'existence du statut réel prohibitif.

⁹⁰⁷ Sur ces tendances archaïsantes, voir Hugues RICHARD, « La place du Président Bouhier », *op. cit.*, pp. 101-117.

⁹⁰⁸ Sur les fondements de la théorie de Bouhier et le rôle qu'il fait jouer au droit romain comme droit commun, voir, *supra*, pp. 363-367.

réels et des statuts personnels. De leur côté, les Hollandais, y compris les plus romanistes d'entre eux, s'étaient montrés particulièrement virulents dans leur rejet du *jus commune*, qui s'identifiait encore trop, à leur goût, au droit de l'Empire. Or, Bouhier procède à rebours de ce mouvement qui accompagne l'émancipation des droits nationaux en Europe. Le nostalgique de la grandeur passée des lois romaines se tourne, précisément, vers le droit romain, plus ou moins idéalisé en *jus commune*, pour y puiser la solution, et l'explication, aux conflits de coutumes qui sollicitent le plus, selon lui, la dichotomie des statuts réels et des statuts personnels envisagés *ab effectu*. Le droit romain se retrouve dès lors investi de cette fonction de juge-départiteur, qu'il avait aux yeux de la doctrine médiévale, chargé d'évaluer la faculté d'extension ou de restriction d'un statut dans l'espace, selon le critère ultime : la conformité ou contrariété d'un statut envers le droit commun. Celui-ci offre aussi tout un cortège de valeurs qui permettent d'apprécier, matériellement, la conformité ou contrariété des finalités d'un statut avec celles de ses voisins ou celles du droit commun, celui-ci étant également juge en équité. La méthode de Bouhier consistant à interroger l'intention du législateur pour déterminer la personnalité ou la réalité d'un statut y trouve satisfaction. Au-delà de l'attachement sincère et indéfectible du célèbre magistrat pour le droit romain, le recours au droit commun constitue un moyen pratique et élégant de justifier la réalité/territorialité de tel statut : celui-ci peut être enserré dans son territoire, parce que exorbitant du droit commun et, donc, trop odieux (ainsi des lois pénales) et/ou manifestement injuste (ainsi des statuts dits « exorbitants »).

Paradoxalement, et alors que Charles Dumoulin est reconnu comme l'un des avocats les plus fervents du droit commun coutumier, c'est bien au Dumoulin romaniste, celui des *Conclusiones* et du *De delictis*, que Bouhier s'adresse pour orienter la direction que vont prendre ses chapitres sur les lois pénales et les statuts exorbitants. La très grande admiration que le magistrat bourguignon voue à l'avocat parisien, si elle n'est pas exempte de critiques et de désaccords, explique ainsi que l'auteur des *Observations* soit allé puiser son inspiration dans l'œuvre de son prestigieux aîné, tout autant, voire plus encore, que dans les ouvrages des grands noms de la doctrine médiévale. En elle, il a trouvé une approche du droit commun qui est transposable, lui semble-t-il, aux conflits de coutumes. Tout au long de ses *Observations*, le président Bouhier ne cesse de rendre hommage à Dumoulin, le suivant fidèlement sur bien des points et ce n'est pas dans ces deux chapitres que la dette intellectuelle se fait le moins sentir.

La conformité ou contrariété au droit commun est ainsi la pierre angulaire sur laquelle repose l'ensemble de l'échafaudage du chapitre XXXIV sur les lois pénales : Bouhier part du principe que les lois pénales sont réelles et, donc, strictement territoriales pour démontrer, *in fine*, qu'elles ne constituent qu'une catégorie à part entière de statuts odieux dont il appartient au droit commun de décider si elles ont matière à s'étendre à la personne du délinquant étranger ou non, comme c'était déjà le cas chez Dumoulin. Le principe de départ s'en trouve, dès lors, très atténué, alors que la loi du lieu du domicile du délinquant occupe une part bien plus importante (A.). Les statuts pénaux participent donc de la même logique et du même régime que les « statuts exorbitants du droit commun ou manifestement injustes » du chapitre XXXV (B.), qui désignent, effectivement, des dispositions coutumières diverses qui ne sont que la manifestation d'un particularisme local ou provincial trop accusé au goût de l'auteur et qui, entrant en opposition avec le droit commun, sont condamnées à une réalité/territorialité pure et simple.

A. « De la réalité des lois pénales » : le chapitre XXXIV des *Observations*.

La réalité des lois pénales n'apparaît pas pour la première fois en tête du chapitre XXXIV. Elle est déjà tenue pour règle certaine par le président Bouhier, lorsque celui-ci, dans le chapitre XXI, qui sert de préambule à sa dissertation sur les conflits de coutume, répertorie tous les exceptions à la maxime *statutum non ligat nisi subditos*⁹⁰⁹. Il relève, à cette occasion, que les étrangers comme les résidents du lieu sont soumis aux lois pénales, au même titre qu'ils le sont au statut réel immobilier ou aux lois relatives aux formes des actes et formalités judiciaires :

[XXI] CLXIX. Il est encore certain qu'en fait de délits ou de quasi-délits, le statut étend son pouvoir sur les étrangers qui délinquent dans son territoire. *Habet interdum imperium et adversus extraneos homines, si quid manu commiserint*, disent les Lois⁹¹⁰ ; car, encore qu'elles ne parlent que des magistrats des Provinces, cette disposition est étendue à toutes sortes de délinquants par les interprètes⁹¹¹. Toute la difficulté est de savoir si les étrangers doivent subir la peine prononcée par le statut quand elle est nouvelle et extraordinaire. Il en sera parlé ci-après au chapitre XXXIV.⁹¹²

La restriction du champ d'application des lois relatives à l'ordre public, qui était déjà proclamée en ouverture du chapitre XXXIII sur les règlements de police, se vérifie pleinement pour les lois pénales, d'où leur rangement conjoint parmi les « statuts réels » :

[XXXIII]. I. S'il y a un cas d'appliquer la maxime que les coutumes sont réelles, c'est particulièrement celui des règlements de police. Car il est évident qu'en ces sortes de choses, les législateurs n'ont porté leur vue que sur les personnes et sur les choses qui étaient soumises à leur autorité.⁹¹³

[XXXIV]. I. Les principes qui ont été établis au chapitre précédent conduisent à prouver la réalité des lois pénales...⁹¹⁴

La territorialité ainsi entendue doit s'interpréter de la manière la plus stricte : les lois pénales se voient ainsi refuser toute application en dehors du territoire du législateur qui les ont édictées et elles ne peuvent exercer leur empire que sur les personnes qui ont commis un délit à l'intérieur des frontières. L'assentiment que donne Bouhier à cette longue tradition qui, depuis la doctrine romano-canonique du Moyen-Âge, donne compétence à la loi du lieu de commission de l'infraction ne doit pas conduire à se méprendre sur le sens qu'il lui donne. Dans son esprit, la *lex loci delicti* n'est en rien une règle de conflit bilatérale, mais elle se conçoit bien davantage comme un

⁹⁰⁹ Sur ces exceptions, voir Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°168-170, pp. 607-608 et, *supra*, p. 346.

⁹¹⁰ DIGESTE (1.18.3), loi *Praeses provinciae* : « Le gouverneur de la province n'exerce son *imperium* que sur les habitants de sa province, et cela tant qu'il se trouve à l'intérieur des frontières de la province ; s'il les franchit, il devient un simple *privatus*. Il a cependant, quelquefois, l'*imperium* sur les étrangers, s'ils ont commis quoi que ce soit qui tombe sous le coup de leur pouvoir, car il est précisé dans les mandats impériaux que *c'est à celui qui gouverne la province qu'il appartient d'en purger ceux qui agissent mal*, sans distinguer selon leurs origines ». Sur cette loi, souvent citée par les statutistes, voir, déjà, *infra*, son emploi par François de Boutaric pour justifier l'extension de l'article 1^{er} du titre 1^{er} de l'ordonnance criminelle de 1670 sur la personne de l'étranger délinquant, aux pp. 611-612.

⁹¹¹ Voir Panorme [*Panormitain*] et, après lui, Dumoulin, sur le canon *A nobis* (X. V, XXXIX, 21.). Voir aussi Paul VOET, *De statutis, op. cit.*, section IV, chapitre II, n°12. Sur le sens à accorder à cette décrétale de Clément III de 1193 et son interprétation par les canonistes, voir, *supra*, pp. 25-42, et par Dumoulin dans son *De delictis, supra*, pp. 121-125.

⁹¹² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXI, n°169, pp. 607-608.

⁹¹³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°1, p. 806. Voir, *supra*, pp. 381-383.

⁹¹⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°1, p. 809.

statut réel *ab effectu* dont l'application doit demeurer étroitement enserrée à l'intérieur du territoire. Cette conception unilatéraliste ne diffère guère de l'approche qu'adoptent les criminalistes du XVIII^e siècle, qui, s'appuyant sur l'article 1^{er} du titre premier de l'ordonnance criminelle de 1670, n'envisagent jamais que la soumission de l'étranger aux dispositions de ladite ordonnance⁹¹⁵. Mais ces auteurs sont tous motivés par des considérations d'ordre public et par le respect qu'ils estiment dus à l'égard de la loi criminelle française par tout étranger qui se trouve à l'intérieur du Royaume. C'est pour cette raison que la plus grande sévérité envers le délinquant étranger est requise, afin qu'il ne puisse exciper de sa condition pour venir impunément porter le trouble dans le pays qui l'accueille, fût-ce temporairement.

Les motivations du président Bouhier sont bien éloignées de celles des criminalistes : conduit par un sentiment d'humanité envers le prévenu, il met ses pas dans ceux de la doctrine médiévale et, plus encore, de ceux de Dumoulin pour tenter de corriger les effets les plus rigides du principe territorialiste. Or, si les auteurs du Moyen-Âge pouvaient encore raisonner selon un schéma de pensée confrontant le *jus commune* et les *jura propria*, la position se discute beaucoup plus pour deux juristes issus du Royaume de France comme le sont Charles Dumoulin, au XVI^e siècle, et Jean Bouhier, au XVIII^e siècle. Tout se passe comme si ces derniers avaient sollicités de la doctrine savante les éléments de solution relatifs aux conflits de lois pénales – ainsi du recours au *jus commune* – sans prendre ouvertement en compte la compétence que la loi criminelle française réclamait désormais à l'intérieur du Royaume. Plus surprenant encore : dans la première partie de son chapitre XXXIV, qui expose les principes généraux des conflits de lois pénales, Jean Bouhier n'apporte guère d'illustration concrète à l'appui de ses thèses. Lorsque, dans la seconde partie, il passe aux cas pratiques qui ont pu effectivement se présenter, il laisse, cette fois-ci, une large part à la dimension proprement internationale des conflits, notamment en matière de confiscation. Les quelques exemples contemporains auxquels il a recours sont donc mis au service d'une réflexion marquée par les anachronismes et déconnectée du droit positif de son temps. Le résultat, conjugué à l'approche presque exclusivement casuistique qui est celle de Louis Boullenois⁹¹⁶ dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, donne l'impression que les juristes statutistes de l'époque rencontrent quelque embarras à théoriser pleinement les conflits de lois pénales, qui les portent sans doute très loin des rivages qu'ils sont habitués à fréquenter.

C'est donc après s'être attaché à soutenir le principe de la territorialité de la loi pénale à l'aide d'arguments qui n'ont que très peu à voir avec des considérations d'ordre public et qui contribuent plutôt à relativiser la règle qu'ils sont censés défendre (1.) que Jean Bouhier s'efforce d'éroder davantage au moment d'en envisager le champ d'application personnel : l'ignorance excusable de la loi pénale du lieu et sa contrepartie, l'exigence de sa connaissance par le délinquant, sont passés au tamis du droit commun, afin de mieux restreindre la portée du principe (2.). Le poids du droit commun se fait encore sentir à l'étude des exemples de statuts pénaux purement territoriaux – ou non – que, dans la suite du chapitre, l'auteur passe en revue (3.). Le président Bouhier a l'immense mérite de replacer les lois pénales au premier plan des réflexions portant sur les conflits de lois. Mais, en dépouillant le principe de la territorialité de la plupart de ses effets pratiques, et en en niant aussi ouvertement le caractère absolu, sa posture permet clairement d'établir qu'il n'en en rien à l'origine des lois de sûreté de l'article 3 du Code civil.

⁹¹⁵ Les criminalistes n'envisagent cette soumission que par le biais de la compétence juridictionnelle, à laquelle se trouve automatiquement liée la question de la compétence législative : sur leurs positions, et sur la jurisprudence qu'ils rapportent, voir, *infra*, pp. 609-618.

⁹¹⁶ Voir, *infra*, pp. 441-458.

1) Un principe relatif : la territorialité des lois pénales et la compétence de la *lex loci delicti*.

Pour justifier la réalité/territorialité des statuts pénaux⁹¹⁷, Jean Bouhier invoque, dans les deux premiers paragraphes du chapitre XXXIV des *Observations*, trois fondements qui lui semblent tous concourir « au même but » : restreindre l'application des dispositions pénales aux seules personnes qui ont commis un délit sur le territoire, et qui s'appuient sur les enseignements de la « jurisprudence », c'est-à-dire de la *jurisprudencia* romaine :

[XXXIV]. I. Les principes qui ont été établis au chapitre précédent conduisent à prouver la réalité des lois pénales ; car, en ordonnant la punition des délinquants, leur vue principale est que cette punition inspire la terreur à ceux qui seraient tentés de les imiter, *ut unius poena si multorum metus* (« afin que le châtement d'un seul inspire la crainte au plus grand nombre »), comme disent les Lois⁹¹⁸. C'est ce qui a engagé les Législateurs à être plus ou moins sévères dans ces sortes de dispositions, suivant le génie des peuples qu'ils avaient à gouverner, et le besoin plus ou moins pressant qu'ils avaient de les contenir ; n'y ayant point de maxime politique plus certaine que celle-ci d'un ancien⁹¹⁹ : *Acerbitas plerumque ulciscendi, bene atque caute vivendi disciplina est* (« La sévérité du châtement est généralement la règle à suivre pour une vie bonne et sage »).

II. La Jurisprudence nous fournit encore deux règles qui tendent au même but. L'une, qu'en matière pénale, il est du devoir des Magistrats de prendre toujours, dans le doute, le parti le plus doux⁹²⁰ : *Interpretatione legum poenae molliendae potius, quam asperandae*⁹²¹ (« L'interprétation des lois doit viser à adoucir les peines plutôt qu'à les aggraver »). L'autre, que toute disposition odieuse doit être restreinte autant qu'il est possible : *Odia restringenda*⁹²². Or, personne ne doute⁹²³ que les constitutions pénales, quoique favorables en général, par rapport au bien public, ne doivent pourtant être regardées, dans les cas particuliers, comme odieuses par rapport à ceux contre qui les peines sont prononcées : d'où il suit qu'elles ne doivent point être étendues d'un cas, ou d'une personne à une autre⁹²⁴, ni, par conséquent, de coutume à coutume. Venons aux exemples.⁹²⁵

La première raison invoquée tient à l'exemplarité de la peine. Conformément à l'approche

⁹¹⁷ Sur la doctrine pénale du président Bouhier, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, *op. cit.*, pp. 368-374 ; Michèle BEGOU-LEGUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, pp. 81-82 ; Hugues RICHARD, « La place du Président Bouhier », *op. cit.*, pp. 106-112.

⁹¹⁸ CODEX JUSTINIANUS, livre IX, titre XXVII, première loi, *Ut unius* : « Afin que le châtement d'un seul inspire la crainte au plus grand nombre... »

⁹¹⁹ AULU-GELLE, *Nuits attiques*, livre XX, chapitre 1^{er}.

⁹²⁰ Etienne BERTRAND, *Consilia sive responsa*, Francfort, 1603, volume VIII, *consilium* CXXIX, pp. 254-256.

⁹²¹ DIGESTE, livre XLVIII, titre XIX « Des peines », quarante-deuxième loi, et livre L, titre XVII « De diverses règles du droit archaïque », loi 155, § 2 ; BONIFACE VIII, *Liber Sextus decretalium suae integritati*, Rome, 1582, livre V, *De regulis juris*, règle XLIX, pp. 829-830 : *In poenis benignior est interpretatio facienda* (« En matière pénale, il faut toujours interpréter de la manière la plus douce »).

⁹²² BONIFACE VIII, *Liber Sextus decretalium suae integritati*, Rome, 1582, livre V, *De regulis juris*, règle XV, p. 798 : *Odia restringi et favores convenit ampliari* (« Il convient de restreindre les témoignages de haine et de multiplier les marques de faveur »).

⁹²³ Pierre PECK l'Ancien, *Ad regulas juris canonici commentaria*, Louvain, 1573, sur la règle XV du Sexte (voir note précédente), pp. 60-63. Sur Pierre Peck l'Ancien, voir, *infra*, p. 279, note 601.

⁹²⁴ Cardinal Domenico TOSCHI, *Practicae conclusiones juris*, Lyon, 1634, lettre O, conclusion LXVII, n°30, tome V, p. 600 et lettre S, conclusions DXLIII et DXLIV, tome VII, pp. 338-341 ; Charles DUMOULIN, *Notes sur les commentaires de Philippe Dèce [Filippo Decio] sur le Digeste Vieux et le Code Justinien*, sur la loi *Si qua mulier* du Code (C. 5.9.1.), *in fine*, v° « Dixi », *in Caroli Molinaei Omnia quae extant opera ex variis librorum*, tome III, Paris, 1681, p. 861 ; Paul CHALLINE, *Méthode pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, p. 90 ; Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens, sixième question*, Paris, 1727, p. 127 ; Alberigo DE ROSATE, *De statutis*, livre III, question XIII, n°5, Francfort, 1608, p. 216.

⁹²⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXIV, n°1 et 2, p. 809.

chère à Bouhier, l'accent est mis sur l'intention des législateurs pour en déterminer la stricte territorialité. C'est donc à ces législateurs qu'il appartient d'apprécier et d'ajuster la sévérité de la sanction qu'ils instituent au regard des us et coutumes du corps social qu'ils ont sous leur direction. A ce corps social, comme le rappelait déjà le chapitre XXI, est assimilé, sous certaines conditions, l'étranger qui est entré dans la sujétion tacite aux lois pénales en pénétrant dans le territoire. L'exemplarité du châtement est étroitement associée à la relativité de la loi pénale. Cette relativité s'explique par le fait que les législateurs n'ont eu en vue qu'un peuple et un territoire en particulier et que, leur pouvoir ne pouvant excéder les limites du territoire, leurs lois cessent d'être effectives au moment d'en franchir les frontières. L'impératif tenant à l'ordre public et à la souveraineté de la loi locale, qui est présent chez les Hollandais, ne se révèle ici que par incidence : la nécessité du bon maintien de l'ordre est fonction de la puissance de contraindre et de réprimer les infractions qui se commettent dans l'étendue de cette puissance et celle-ci appartient en propre, effectivement, aux législateurs et magistrats du lieu. Mais ce n'est pas ce qui préoccupe en premier le président Bouhier. La réalité/territorialité se comprend, dans son esprit, comme une restriction mise à l'empire de la loi pénale qui, de souveraine à l'intérieur, devient inopérante à l'extérieur.

La deuxième raison invoquée tient à cette règle héritée du droit romain et du droit canonique qui veut « qu'en matière pénale, il est du devoir des Magistrats de prendre toujours, dans le doute, le parti le plus doux », ce qui semble dessiner une faveur certaine pour le délinquant étranger qui peut éventuellement prétendre à bénéficier de l'indulgence des juges du lieu de commission de l'infraction pour ne pas avoir été à même de prendre la mesure de la sévérité du législateur local. Or, le principe de la territorialité étant relatif et propre à une domination politique déterminée, ce même délinquant pourrait s'en prévaloir pour s'exempter de sa responsabilité ou, en tout cas, pour en atténuer la portée.

La troisième raison invoquée voisine avec la seconde et lui sert d'explication. Les lois pénales sont, par définition, des dispositions odieuses à l'égard du délinquant étranger : or, « toute disposition odieuse doit être restreinte autant qu'il est possible », en vertu des vieux principes de droit romain selon lesquels *odiosa restringenda* et *poenalia restringenda*. Par cette qualification, le président Bouhier renoue sciemment avec la rhétorique que les juristes du Moyen-Âge, ainsi que Dumoulin dans son *De delictis*, employaient pour justifier l'exception d'ignorance excusable de certains statuts pénaux particulièrement rigoureux et, comme tels, contraires au droit commun. Il semble même aller plus loin en généralisant cette qualification à l'ensemble des lois pénales⁹²⁶. Mais c'est une manière, semble-t-il, de réintroduire l'idée de droit commun comme critère ultime de détermination de l'extension ou de la restriction d'un statut : Bouhier, en fin de compte, ne considère odieuses que les seules lois qui vont à l'encontre du droit commun. La conformité à celui-ci lave les dispositions pénales de tout caractère odieux et autorise donc le juge à reconnaître, en vertu de la *lex loci delicti*, la responsabilité de l'étranger qui y a contrevenu. Le jeu même de la dialectique entre statuts odieux et statuts favorables suppose un jugement de valeur, comme l'avait déjà démontré Balde lorsqu'il en a relevé le caractère éminemment réversible. Le président Bouhier n'hésite pas : l'injustice encourue par celui-ci compte plus, à ses yeux, que la faveur pour le bien public, qui, elle, aurait joué en faveur de l'application indiscutée de la *lex loci delicti*. Le relativisme dont fait preuve le magistrat bourguignon, et qui reflète peut-être une sensibilité marquée envers

⁹²⁶ C'est l'une des critiques (nombreuses) que formule Henri DONNEDIEU DE VABRES, dans son *Introduction, op. cit.*, pp. 370-371, à l'encontre des thèses de Bouhier.

les idées les plus avancées de son époque⁹²⁷, concourt, en tout cas, à restreindre fortement le périmètre d'application, territorial et personnel, des lois pénales.

Le sens purement négatif assigné à la territorialité ne vise donc pas à justifier la sujétion de l'étranger aux lois du territoire, mais d'en limiter le champ d'application : les dispositions pénales en vigueur dans un lieu n'ont pas lieu de s'appliquer dans un autre. Elle constitue la réponse de Bouhier aux thèses de Nicolas de Bourgogne ou encore de Paul Voet qui, pour leur part, défendent, en matière pénale, la souveraineté absolue de la loi territoriale et qui en déduisent la sujétion des étrangers à raison de leur présence sur le territoire et des actes qu'ils y commettent.

Dans son *Elucidatio juridica juris statuarii* et dans le cinquième traité qu'il consacre à son commentaire *ad consuetudines Flandriae*, Nicolas de Bourgogne considère ainsi que la *lex loci delicti* est seule habilitée à définir les actes qui sont autorisés et ceux qui sont défendus⁹²⁸ et, par conséquent, que les autorités du lieu sont investies du pouvoir de poursuivre le délinquant pour le trouble qu'il a causé à l'ordre public⁹²⁹. Dans la onzième section de son *De statutis*, Paul Voet s'inscrit dans le même ordre d'idée en insistant sur l'empire absolu de la loi pénale locale. Le fait est d'autant moins indiscutable que le jurisconsulte ultrajectin n'a pas hésité à plagier de manière éhontée l'*Elucidatio juridica* du juriste flamand⁹³⁰. Comme ce dernier, donc, Paul Voet prolonge cette souveraineté

⁹²⁷ Selon la suggestion judicieuse de Hugues RICHARD, « La place du Président Bouhier », *op. cit.*, p. 106. Voir aussi, pour une illustration de cet « esprit du temps », Denis ULRICH, « La répression en Bourgogne au XVIII^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 1972, pp. 398-437.

⁹²⁸ Nicolas DE BOURGOGNE, *Ad consuetudines Flandriae*, traité V, n°2, in *Nicolai Burgundii de jure opera omnia*, Bruxelles, 1709, p. 36 : « Mais, en matière de délits, nous prenons en compte le lieu où ils ont été commis : à cette fin, afin que nous puissions déterminer si l'acte est licite ou s'il ne l'est pas, nous devons nous en référer aux mœurs qui ont cours en ce lieu. Car, précisément, il est juste qu'il en soit ainsi pour cette raison que le délinquant serait considéré s'être assujéti aux lois du lieu dans lequel il se trouve : certaines actions humaines, même si elles ne sont pas indignes d'un homme d'honnête condition en tels lieux, nous sembleraient devoir être mises au nombre des actions déshonnêtes si elles étaient commises en d'autres endroits. Car, comme je l'ai mentionné plus haut en faisant état de la maxime des Stoïciens, le crime en lui-même n'est pas un crime, car la Nature ne discerne pas sa cause. Mais une même loi, qui est plus sévère pour quelques uns au nom de l'utilité publique, sera plus modérée pour d'autres. En effet, il n'est pas obligatoire que ce qui soit permis ici le soit ailleurs. Chez les Belges, il n'est pas tenu pour honteux d'être ivre de vin, lorsque cet état trouve cette origine dans une raison valable, comme nous l'avons montré précédemment. Pourtant, en Espagne, l'ébriété conduit à l'infamie. Donc, lorsque nous cherchons à comprendre si cet acte même doit être tenu pour fraude à l'encontre d'un Espagnol et celui-ci condamné, il faut prendre en considération la région dans laquelle son état d'ébriété aura été constaté, car c'est à celle-ci qu'il convient de déterminer la cause de la honte » (*Sed et in delictis rationem loci habemus in quo sunt commissa, ideoque ut sciamus id quod sit, licitum sit, nec ne, ad ejusdem loci mores recurrendum erit. Nam hoc ipsum ita demum aequum est, quod sit, si territorii ubi sit legibus sit consentiens : quaedam actiones humanae, etsi bono viro non indignae, tamen in ea sunt conditione, ut si in alia regione suscipiantur, inter in honestas reponi videamus. Nam ut supra ex Stoicorum sententia retuli, scelus per se scelus non est, quia causam ejus natura non distinguit. Sed ipsa lex, quae pro communi utilitate aliis severior, aliis remissior. Neque enim quod hic licet, et alibi liceat necesse est. Apud Belgas vino madere turpe non habetur, cum ex bona ratione proficiscatur, ut ante ostendimus. Ebrietas autem in Hispania infamiae ducitur. Ergo ut intelligamus an id ipsum Hispano fraudi damnoque esse debeat, spectandum est, in qua regione ebrietas ejus incidit, quod omnem turpitudinis causam ad eam referri deceat*). Sur ce passage, voir Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, p. 65.

La doctrine pénale de Nicolas de Bourgogne figure également dans son *Elucidatio juridica*, au chapitre XVI (« Des statuts pénaux »), in *Nicolai Burgundii de jure opera omnia*, Bruxelles, 1709, pp. 101-107.

⁹²⁹ Nicolas DE BOURGOGNE, *Ad consuetudines Flandriae*, traité V, n°3, in *Nicolai Burgundii de jure opera omnia*, Bruxelles, 1709, p. 36, livre le fond de sa pensée en avançant le véritable fondement de cette compétence du lieu de commission de l'infraction : « En effet, le délinquant est responsable envers celui-là seul qui est concerné, pour cette seule raison que la vengeance publique lui a été confiée » (*Huius enim soli, quod ad hoc attinet, delinquens obligatur, utpote, cui publica vindicta dumtaxat sit commissa*).

⁹³⁰ Paul VOET, *De statutis*, *op. cit.*, section XI, chapitre I, n°1 : « Il ne nous reste plus rien à étudier désormais, à ceci près qu'il nous faut aborder quelques questions relatives aux délits, que je vais exposer brièvement. Et, précisément, la première question sera la suivante : est-ce que l'auteur d'un crime qui mérite, au lieu même du délit, mérite une peine différente de celle qui est infligé au lieu de son domicile, s'il vient à être confié à un juge du lieu du délit, sera condamné à la peine du statut du lieu de commission du crime ou à la peine du statut de son domicile ? Je réponds : de

territoriale d'une souveraineté personnelle, qui autorise ainsi le juge et la loi du domicile à connaître des infractions commises à l'étranger par leurs concitoyens, à condition que ceux-ci réintègrent leur pays et donc repassent sous l'empire de la loi de leur domicile⁹³¹. Cette solution ne fait pas obstacle au jeu de *l'humanitas* entre les Nations, qui habiliterait le juge du lieu de l'infraction à se dessaisir au bénéfice du juge du lieu du domicile par le biais de la procédure d'extradition⁹³². Toutefois, il faut concéder que Nicolas de Bourgogne et Paul Voet se montrent beaucoup plus modérés quant à la peine à appliquer à l'étranger délinquant et qu'ils admettent, avec les restrictions d'usage, l'excuse d'ignorance⁹³³. Or, le président Bouhier se réfère constamment à Paul Voet au cours de son chapitre XXXIV : celui-ci fait donc partie des auteurs dont il s'est inspiré pour déterminer ses propres positions. La doctrine de Bouhier peut être, ainsi, lue en réaction à ces thèses beaucoup trop marquées par l'esprit de souveraineté et d'ordre public, lorsque lui-même, imprégné des enseignements médiévaux et peut-être des idées nouvelles, prend le « parti le plus doux ».

2) L'érosion du principe : l'ignorance excusable de la loi pénale locale, ou l'exigence de sa connaissance par le délinquant étranger.

Au moment de descendre aux conséquences qu'il tire de son propre principe, revu et rénové au prisme de la faveur due au prévenu étranger, Bouhier va classiquement distinguer la mise en cause de la responsabilité de l'étranger délinquant (a.) de la mise en œuvre de la peine fixée par la loi pénale locale, lorsque l'étranger a, effectivement, été convaincu d'avoir commis un délit sur le territoire (b.). L'esprit demeure le même : il s'agit d'é mousser la rigueur attachée à l'application de

même que celui qui passe un contrat se soumet régulièrement au statut du lieu de conclusion du contrat, de même, celui qui commet un délit est censé se soumettre au statut du lieu où il a commis le délit, en ce qui concerne la peine qu'il encourt, principalement si le délit est contraire au droit naturel ou au droit des gens. Et principalement si le statut pénal, à raison du délit, est établi sans limitation de personnes, de sorte qu'il oblige également ceux qui y consentent et ceux qui n'y consentent pas, si, du moins, ils séjournent dans le pays même où un tel statut prévaut » (*Nihil jam examinandum superest, nisi ut circa delicta nonnulli casus proponantur, quos paucis sum examinaturus. Et quidem prima haec erit quaestio: num qui crimen commisit, quod in loco delicti, aliam meretur poenam, quam in domicili loco, si a iudice loci delicti deprehendatur, afficiendus sit poena statuti, commissi criminis, an domicili? Resp. Uti regulariter quis contrabendo se subijcit statuto loci contractus, ita etiam quis delinquendo, censetur semet loci statuto, in quo deliquit, ratione poenae, subiecisse; maxime, si delictum juri naturae vel gentium adversetur. Maxime si statutum poenale, ratione delicti, non definitis personis constituatur: ut etiam consentiens et non consentiens obliget, si modo eo loci versentur, ubi tale statutum obtinet*). Sur ce passage, voir Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, op. cit., pp. 71-72.

⁹³¹ Paul VOET, *De statutis*, op. cit., section XI, chapitre I, n°4, in fine : après avoir exposé les raisons de décider le contraire, il affirme : « Néanmoins, parce qu'il semble que le prévenu s'est tourné de nouveau vers le statut de son domicile, qui est celui qu'il connaissait le mieux et vers lequel il a décidé de revenir, et que, de surcroît, il semble avoir pris en considération la peine fixée par le statut, de sorte qu'il a voulu s'y soumettre de lui-même, j'estimerai volontiers que la peine en vigueur au lieu de son domicile doit lui être appliquée... Pour cette raison, principalement, que, s'il en était autrement, les délits resteraient impunis et que le citoyen désireux de commettre un délit pourrait se transporter en dehors du territoire et, en y provoquant son adversaire, échapperait ainsi à l'empire du statut de sa propre cité » (*Quia tamen reus criminis se videtur retulisse ad statutum sui domicili quod optime noverat, et ad quod reverti decreverat, adeoque poenam statuto decretam respexisse, ut ei semet subijcere voluerit: etiam poena domicili, eundem afficiendum existimarem... Maxime, quo aliter delicta manerent impunita, et civis delinquere volens extra territorium se conferret, ibique adversarium provocando, statutum sui loci eluderet*).

Le plagiat est hors de doute : Paul Voet a recopié, mot pour mot, les idées émises, ainsi que les autorités alléguées, par Nicolas DE BOURGOGNE dans son *Elucidatio juridica*, chapitre XVI (« Des statuts pénaux »), in *Nicolai Burgundii de jure opera omnia*, Bruxelles, 1709, n°4, p. 103, sans jamais en créditer le juriste flamand.

⁹³² Paul VOET, *De statutis*, op. cit., section XI, chapitre I, n°6 : « Néanmoins, selon les mœurs de la quasi totalité de la Chrétienté (mais non pas ceux des Saxons), les extraditions ne sont admises que pour des raisons d'*humanitas* » (*Moribus nihilominus (non tamen Saxonibus) totius fere Christianismi nisi ex humanitate non sunt admittendae remissiones.*)

⁹³³ Nicolas DE BOURGOGNE, *Elucidatio juridica*, chapitre XVI (« Des statuts pénaux »), in *Nicolai Burgundii de jure opera omnia*, Bruxelles, 1709, p. 102, n°2, repris textuellement par Paul VOET, *De statutis*, op. cit., section XI, chapitre I, n°2.

la *lex loci delicti* en cherchant les causes d'exemption ou d'atténuation de la responsabilité, dans un premier temps, puis de minoration de la peine, dans un second temps. C'est alors qu'entre en jeu le droit commun.

a) La mise en cause de la responsabilité de l'étranger délinquant : la question de la conformité ou la contrariété de la loi pénale locale au droit commun.

Jean Bouhier, suivant les traces de ses lointains prédécesseurs, se contente de remettre au premier plan les thèses développées par les canonistes médiévaux au sujet de l'*obligatio peregrinorum* et de distinguer les cas suivant lesquels ces derniers peuvent, ou non, se prévaloir d'une quelconque exemption à l'égard de la loi locale. En invoquant l'autorité de la décrétale *A nobis* (X. V.XXXIX.21.), il en tire une règle qu'il estime avoir été, depuis, suivie par tous les jurisconsultes ayant traité de la question : l'exemption du forain délinquant⁹³⁴. La décrétale *A nobis* est un prétexte pour introduire la seule question qui préoccupe vraiment le président Bouhier, et à laquelle il faisait déjà référence dans le chapitre XXI : celle de savoir dans quelles circonstances, et à quelles conditions, un étranger délinquant peut se voir soumis au statut pénal local ou s'en soustraire.

Dès le premier véritable exemple que Bouhier envisage, le droit commun est appelé à jouer un rôle majeur dans la connaissance ou l'ignorance du statut pénal local que l'on peut présumer chez le délinquant. Ainsi, l'article 5 de la coutume de Bourgogne, qui punit de la peine capitale le voleur qui est coupable d'un larcin excédant dix livres en cas de récidive, aggrave singulièrement la peine portée par le droit commun. Bouhier en déduit que cette peine n'est applicable qu'aux seuls Bourguignons et non à l'étranger qui commettrait un tel délit sur le territoire de la coutume :

[XXXIV]. IV. ... Cette rigueur, qui va au-delà du Droit commun, doit-elle avoir lieu à l'égard d'un étranger qui vient en Bourgogne commettre un délit de cette qualité ?

V. Quelques Docteurs, dont Dumoulin avait d'abord adopté le sentiment⁹³⁵, ont soutenu l'affirmative sans distinction. Au contraire, M. de Chasseneuz⁹³⁶ a répondu pour la négative, conformément à l'avis de plusieurs autres Docteurs qu'il allègue, lesquels ont décidé que le délinquant doit, en ce cas, être seulement puni suivant la disposition du Droit commun ; et Dumoulin lui-même⁹³⁷ paraît être revenu ailleurs à ce sentiment, à l'égard des forains délinquants, qui ont vraisemblablement, ignoré la loi du lieu où le délit a été commis : lequel sentiment, comme

⁹³⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°3, p. 809 : au moment d'aborder les exemples, « nous en trouvons un bien remarquable dans une Décrétale [*A Nobis*], où il est parlé d'un statut portant que tout larron serait excommunié. Il donna lieu de demander si le larcin étant fait dans l'étendue du Statut, mais par un forain, le délinquant était sujet à cette peine. Sur quoi la Décrétale décida que non ; et cette décision a été adoptée par tous les jurisconsultes, pour les cas qui pourraient être semblables ». En réalité, Bouhier ne fait pas de cette décrétale un exemple, mais en extrait une règle de principe.

⁹³⁵ Charles DUMOULIN, *Commentarius in priores titulos antiquae Consuetudinis Parisiensis*, titre I, § XLIII, glose I sur le mot « Qui dénie le fief », n°165 et 166, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome I, pp. 534-535. Voir aussi Giulio CLARO [Julius Clarus], *Sententiae, Practica criminalis*, livre V, § *finalis, quaestio* LXXXV, n°3, in *Receptarum sententiarum opera omnia*, Genève, 1625, p. 251.

⁹³⁶ Barthélémy de CHASSENEUZ, *Commentarii in consuetudines Ducatus Burgundiae*, Lyon, 1574, *Rubrica I*, § 5 « Si aucun commet simple larcin », aux mots « Et s'il renchet », n°12, p. 180, et *Rubrica II*, § 1 « Qui confisque le corps, il confisque les biens », n°2, p. 345, « où Dumoulin paraît encore être d'avis contraire », selon Bouhier. L'article 5 en question est formulé ainsi : « Si aucun commet simple larrecin qui n'excède dix livres tournoyses, pour la première fois, il sera puny selon l'arbitrage du juge, sans mort naturelle, ou mutilation de membres. Et s'il commet plus grand larrecin que de dix livres, pour ladicte première fois, il sera puny corporellement selon l'exigence et qualité du cas et l'arbitrage du juge. Et s'il renchet et commet autre larrecin, il en perdra la vie s'il n'a grâce du prince ».

⁹³⁷ Charles DUMOULIN, *De delictis*, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome III, p. 557.

plus doux, me paraît, sans difficulté, mériter la préférence.⁹³⁸

La règle de principe en la matière est ainsi clairement établie dès les premiers paragraphes du chapitre : l'engagement de la responsabilité pénale du délinquant étranger tient seulement à la connaissance, réelle ou présumée, de la teneur de la loi pénale locale. Donc, s'il est démontré qu'il en avait connaissance, il s'y assujettit, à raison des délits qu'il commettrait sur le territoire ; *a contrario*, s'il est démontré qu'il en ignorait la teneur, alors, il se verra exempté de son application et, par conséquent, soumis aux dispositions du droit romain en sa qualité de droit commun. Sur ce point, le magistrat bourguignon ne fait que rejoindre l'avis concordant que donnaient ses illustres prédécesseurs Barthélémy de Chasseneux et Charles Dumoulin⁹³⁹.

Une question se pose dès lors : l'excuse d'ignorance joue-t-elle exclusivement dans le cas où le statut local contient des dispositions plus rigoureuses que celles contenues dans le droit commun, ou qui lui sont inconnues, ou peut-elle bénéficier au prévenu lorsque les dispositions locales sont plus douces que celles du droit commun ? Au fond, que faut-il entendre par « contrariété » de la loi pénale envers le droit commun ? L'exemple de l'article 5 de la coutume de Bourgogne laisse entendre que c'est le cas et, effectivement, telle est la position que défend Dumoulin dans son *De delictis*.

Que l'incrimination portée par le statut soit plus rigoureuse ou qu'elle soit plus douce que celle énoncée par le droit commun, il s'agit toujours de déterminer le degré de connaissance ou d'ignorance que l'étranger pouvait avoir de ce statut au moment de commettre son infraction. L'enjeu n'est pas mineur, car c'est un élément qui joue un rôle décisif au moment de caractériser l'incrimination. Or, la réponse livrée par le président Bouhier s'avère particulièrement avantageuse pour le ressortissant étranger, puisqu'il reprend non seulement à son compte l'opinion traditionnelle que couronne l'autorité de Dumoulin, mais il entreprend également de l'élargir au bénéfice du prévenu :

[XXXIV]. VI. Il est vrai que, tant cet auteur⁹⁴⁰, que presque tous les autres, ont pensé autrement du cas où le délinquant sait, ou est présumé savoir la loi du lieu où il a commis le délit. En quoi ils me paraissent avoir grande raison; car, dès-là, le délinquant doit être regardé comme s'étant tacitement soumis à la rigueur de cette loi : autrement, il serait récompensé de sa fraude, d'être venu commettre le délit dans le territoire étranger, dans l'espérance de n'y pas subir la peine que les habitants du lieu subiraient en pareil cas. Cela est même fondé sur la Décrétale ci-dessus citée, et sur une autre encore⁹⁴¹ dont il sera parlé dans la suite, qui ne font grâce au forain délinquant que sur la présomption qu'il ignorait la loi du lieu du délit.

⁹³⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°4 et 5, p. 809.

⁹³⁹ Le Parlement de Dijon a statué dans le même sens dans un arrêt de 1718 à propos de l'article 5 en refusant de l'étendre à une Bretonne coupable de vol avec récidive : voir, sur ce point, Hugues RICHARD, *Recherches sur le domicile dans le droit bourguignon des deux derniers siècles de l'Ancien Régime*, Mémoire DES, Dijon, 1973, pp. 29-30, qui se réfère au conseiller FLEUTELOT DE BENEUVRE, *Recueil d'arrêts notables du Parlement de Dijon, par M. de B.*, manuscrit de la Bibliothèque universitaire de Dijon [178.004], tome II, pp. 53-54.

⁹⁴⁰ Jean FAURE, *Lectura super Codice*, à la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.), n°15 ; Charles DUMOULIN, *De delictis*, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome III, p. 557 ; Paul VOET, *De statutis, op. cit.*, section XI, chapitre I, n°1. Sur Jean Faure, voir, *supra*, pp. 66-67.

⁹⁴¹ BONIFACE VIII, *Liber Sextus*, livre premier, titre II, canon 2, décrétale *Ut animarum*, Dans cette décrétale de 1298, le Pape consacre l'excuse d'ignorance, mais l'assortit d'une condition : celle qui exige que l'ignorance ne soit pas « crasse ou due à la négligence » (*supina et crassa*). Sur ce texte fameux, voir, *supra*, pp. 65-75.

VII. En sorte qu'en ce cas, je ne voudrais pas même admettre la limitation que Dumoulin⁹⁴² apporte à cette exception : *Nisi poena esset exorbitans et multum excedens poenam Juris communis* (« à moins que la peine ne soit exorbitante et n'excède de beaucoup la peine du droit commun »), car, dès qu'on admet la présomption que le délinquant connaît la loi du lieu du délit, et que, par cette connaissance, il s'y est tacitement soumis, on ne voit pas sur quoi peut être fondée la différence entre la sévérité plus ou moins grande de cette loi. C'est aussi l'avis de Paul Voet^{943, 944}

Dans ces deux paragraphes, la réflexion de Bouhier se divise en deux temps. Dans un premier temps, il met ses pas dans ceux de ses prédécesseurs et reprend, pour bonne part, l'argumentaire que Dumoulin développait dans le *De delictis*. Selon celui-ci, s'il est prouvé que le délinquant étranger connaissait la loi pénale locale, ou s'il rentre dans les cas où il est présumé la connaître, alors, l'excuse d'ignorance tombe d'elle-même et, conformément au principe de la réalité/territorialité de la loi pénale, celle-ci retrouve tout son empire. Pour justifier cette solution, Bouhier adopte, à l'image de l'avocat parisien, la thèse de la sujétion volontaire et tacite de l'étranger *ratione delicti* : « le délinquant doit être regardé comme s'étant tacitement soumis à la rigueur de cette loi ». Il s'en explique en rappelant que l'excuse d'ignorance n'a rien d'irréfragable : la faveur pour le délinquant ne doit pas aller jusqu'à l'impunité la plus totale, ce que favoriserait une interprétation trop compréhensive de l'excuse d'ignorance et ce qui mettrait même en péril la compétence de la *lex loci delicti*. Ainsi, par l'intermédiaire de cette démonstration, il apparaît clairement que la nécessité d'établir – par le jeu des preuves ou des présomptions – la connaissance que le délinquant avait de la loi pénale doit servir de contrepoint, et de contrepoids, à l'excuse d'ignorance.

Dans un second temps, le président Bouhier entend tirer pleinement les conséquences qui s'attachent à cette idée de la sujétion volontaire et tacite du délinquant étranger à l'égard de la loi du lieu du délit : c'est sur ce point que son chemin diverge de celui de Dumoulin. A son sens, cette sujétion se vérifie aussi bien lorsque la loi locale est plus rigoureuse que lorsqu'elle est plus douce. Le critère de la plus grande sévérité de la loi locale, essentiel aux yeux de l'avocat parisien, lui semble indifférent quant au traitement que mérite le délinquant convaincu du délit. Ce faisant, Bouhier opère là un mouvement tournant dans sa démonstration qui appelle, et mérite, un éclaircissement, sous peine de déconcerter :

1° D'une part, il semble perdre de vue que le critère de la plus grande sévérité de la loi locale n'est pas envisagée par Dumoulin comme un facteur d'engagement, ou non, de la responsabilité du délinquant selon qu'il connaîtrait ou ignorerait l'infraction établie par la loi locale. Que la loi locale soit plus rigoureuse ou plus douce dans les infractions qu'elle institue, l'avocat parisien défend toujours l'idée de la compétence de la *jurisdictio loci* et de la sujétion volontaire *ratione delicti*. En revanche, ce même critère s'avère important, parce qu'il est une condition d'application de la peine à appliquer à l'étranger convaincu d'un délit : celle-ci peut ainsi être, éventuellement, modérée si la sanction portée par la loi locale est exorbitante par rapport à celle du droit commun. En perdant de vue cette distinction, cardinale chez Dumoulin, Bouhier semble ainsi faire perdre toute utilité pratique à l'exigence de conformité ou contrariété au droit commun, puisque la teneur de la loi locale n'a plus besoin d'être appréciée à l'aune de cette exigence. Mais, ce faisant, il semble oublier – un instant – que ladite exigence ne devient pas, pour autant, inopérante : en effet, elle joue un

⁹⁴² Charles DUMOULIN, *De delictis, Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, p. 557.

⁹⁴³ Paul VOET, *De statutis, op. cit.*, section XI, chapitre I, n°1 (et non le n°2, comme le note Bouhier : ce paragraphe évoque juste l'application de la peine et non l'incrimination).

⁹⁴⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°6 et 7, p. 810.

rôle capital dans la détermination des présomptions. En effet, si la loi locale est plus sévère que le droit commun, notamment en créant une infraction qui lui est inconnue, l'étranger délinquant peut être présumé l'avoir ignorée ; si la loi locale est conforme au droit commun, en reprenant ou aménagement une infraction qui figure dans ce même droit commun, il est, au contraire, présumé l'avoir connue⁹⁴⁵.

2° D'autre part, en abandonnant l'exigence de conformité ou contrariété au droit commun, et, donc, en délaissant ici le droit commun, Bouhier emprunte une voie résolument moderne qui rejoint, pour beaucoup, les positions effectivement tenues par Paul Voet, dont lui-même se réclame⁹⁴⁶. Le jurisconsulte ultrajectin, en déniait toute valeur de droit positif au *jus commune*, avait fait disparaître l'exigence de conformité ou contrariété dans le but de laisser le champ entièrement libre à l'exclusivité de la loi locale : il défendait avec vigueur l'idée d'une soumission volontaire et automatique des ressortissants étrangers, *consentis et non consentis*, à raison des délits commis à l'intérieur du territoire, et il la défendait d'autant plus volontiers que cette soumission est, à ses yeux, une manifestation parfaite de la souveraineté/territorialité de la loi. Certes, le magistrat bourguignon est loin d'être insensible aux thèses des Hollandais, même si son sentiment profond l'engage plutôt à combattre la radicalité de leurs thèses, mais force est de constater que cette concession à l'esprit hollandais semble, en l'espèce, difficile à justifier. En effet, il apparaît alors contradictoire de soutenir, d'emblée, que « les constitutions pénales... doivent être regardées, dans les cas particuliers, comme odieuses par rapport à ceux contre qui les peines sont prononcées » et, ensuite, refuser de prendre en considération le droit commun dans la détermination de l'incrimination fixée par une constitution pénale particulière.

En invoquant les autorités conjointes de Charles Dumoulin et de Paul Voet, le président Bouhier a, indiscutablement, trouvé matière à alimenter sa thèse de la sujétion présumée volontaire et tacite de l'étranger aux lois du lieu de l'infraction. En les confrontant, il a, sans doute, voulu adopter une ligne de conduite qui soit favorable à l'étranger délinquant, mais il a surtout balayé d'un revers de main une limitation que Dumoulin avait introduite pour tempérer la trop grande rigueur de la loi locale. Il a également épousé, peut-être à son corps défendant, les vues territorialistes d'un Paul Voet en faisant abstraction de toute référence au droit commun. Si celui-ci disparaît au stade de l'incrimination, il est néanmoins destiné à réapparaître, et à jouer un rôle important, au stade de la détermination des présomptions, puis de la peine applicable.

La question de la conformité ou la contrariété de la loi pénale locale au droit commun retrouve une place centrale, dans la réflexion de Bouhier, au moment d'établir les présomptions de connaissance de la loi locale. La réponse se déploie sur deux plans : le premier critère tient à l'appréciation du temps de séjour du délinquant sur le territoire du lieu de commission de l'infraction ; le second, plus furtivement évoqué par l'auteur, tient à la conformité du délit commis par l'étranger au droit commun ou à la loi de son domicile.

1° La première présomption est largement partagée par l'ensemble de la doctrine, qui s'accorde à reconnaître qu'il faut un certain temps de séjour sur le territoire pour que l'étranger soit censé s'être informé de la teneur de la législation pénale locale et pour que son ancrage dans le corps social soit suffisamment affermi pour qu'il soit puni à l'égal des ressortissants du lieu. Cette idée rejoint volontiers celle de sujétion volontaire et tacite de l'étranger envers les lois du territoire : un séjour

⁹⁴⁵ Sur la doctrine de Dumoulin en matière pénale, et sur les questions qu'il évoque dans son *De delictis*, voir, *supra*, pp. 121-125.

⁹⁴⁶ Sur la position de principe de Paul VOET en matière pénale, exprimée dans son *De statutis, op. cit.*, section XI, chapitre I, n°1, voir, *supra*, pp. 284-287.

prolongé permet de présumer son consentement. En revanche, le désaccord se fait sentir lorsqu'il s'agit d'arrêter la durée du séjour qu'il faut prendre en compte pour fixer la présomption :

[XXXIV]. VIII. Mais comment le délinquant est-il présumé savoir la teneur de cette loi ? On demeure d'accord que c'est quand il a demeuré quelque temps dans le lieu où elle est reçue : *Ex longa conversatione in eodem loco*. Ce que quelques auteurs ont voulu fixer au temps d'une année ; mais Dumoulin⁹⁴⁷ pense, avec plus de raison, que cela doit être laissé à l'arbitrage du juge qui doit se déterminer, en ce cas, suivant les circonstances et la qualité de la personne du délinquant.⁹⁴⁸

Le problème relatif à la longueur du séjour de l'étranger est un problème qui n'a jamais reçu de réponse certaine. A la différence des auteurs, comme Giasone del Maino (Jason), qui ont décidé en faveur d'une durée d'un an, c'est-à-dire en faveur de la date à laquelle l'étranger est censé s'assimiler complètement au corps social de son pays d'accueil et effacer sa condition d'extranéité, Dumoulin, dans son *De delictis*, fait le choix d'une solution sans doute moins libérale, mais qui a semblé plus réaliste et plus raisonnable à bon nombre d'auteurs qui l'ont suivi : « la connaissance est présumée en cas de séjour prolongé en ce même endroit, ce qui est laissé à l'appréciation du tribunal » (*praesumitur autem id [i.e. scientia statutum loci] ex longa conversatione in eodem loco, quod est in iudicis arbitrio*). L'opinion de l'avocat parisien a fait suffisamment forte impression auprès de ses successeurs Bouhier et Boullenois pour que ceux-ci s'en prévalent pour trancher la question dans leurs ouvrages respectifs. Elle présente aussi l'immense mérite, aux yeux des juristes du XVIII^e siècle, de laisser à l'appréciation souveraine du juge du for la détermination de la durée du séjour de l'étranger présent sur son territoire et, ainsi, de laisser le soin à chaque juridiction d'arrêter la durée qu'elle admet à l'intérieur de son ressort. En cela, elle concorde avec une approche souverainiste qui coïncide aussi bien avec la réalité/territorialité des lois pénales défendue par Jean Bouhier qu'avec la souveraineté des lois pénales telle que la conçoit Louis Boullenois⁹⁴⁹. Mais, même de ce point de vue, leurs thèses demeurent en retrait de celle de Paul Voet⁹⁵⁰. L'attachement de ce dernier à l'impérativité de la *lex loci delicti* comme manifestation de l'ordre public du for l'entraîne à retenir la seule condition du séjour – semblant exempter l'étranger seulement de passage – et à évacuer toute prise en compte de la durée dudit séjour : dès lors qu'il est établi que l'étranger séjourne sur le territoire, il devient sujet de ce dernier à raison des délits qu'il y commet. Cette vision bien plus intransigeante annonce la formulation radicale de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil.

2^o La seconde présomption s'infère des propos de Bouhier davantage qu'elle ne se révèle ouvertement : elle tient à la conformité du délit commis par l'étranger au droit commun ou à la loi de son domicile. Si le délit sanctionné par la loi du lieu de l'infraction est également réprimé par le droit commun ou par la loi de son domicile, il ne peut, dès lors, plus se prévaloir d'aucune ignorance. Le droit commun, abruptement évincé au stade de l'incrimination, fait ainsi son retour au moment d'envisager les présomptions de connaissance de la loi locale.

[XXXIV]. XII. Mais que sera-ce, si le forain est poursuivi pour un délit qui n'en est pas un par le Droit commun, ni par la loi de son domicile ? Je n'ai rien à ajouter à la décision que donne Dumoulin⁹⁵¹ de ce cas, en ces termes : *si statutum punit factum, quod Jure communi non est delictum, tunc*

⁹⁴⁷ Charles DUMOULIN, *De delictis*, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome III, p. 557.

⁹⁴⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXIV, n^o8, p. 810.

⁹⁴⁹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, onzième observation, pp. 157-171 : sur cette onzième observation, voir, *infra*, pp. 441-458.

⁹⁵⁰ Paul VOET, *De statutis*, *op. cit.*, section XI, chapitre I, n^o1.

⁹⁵¹ Charles DUMOULIN, *De delictis*, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome III, p. 557.

peregrinus ignorans non ligatur (« si le statut punit le fait qui, de droit commun, n'est pas un délit et, alors, l'étranger qui l'ignore n'est pas tenu ») ; mais, si cet étranger était instruit du statut, alors, dit-il, *consideranda est qualitas facti, an habuerit animum delinquendi, vel statutum contemnendi, et quatenus* (« c'est sous le regard de la qualité du fait qu'il convient d'apprécier la connaissance de l'étranger, s'il avait conscience du délit ou de la violation du statut et dans quelle mesure »). Cela me paraît très raisonnable.⁹⁵²

Sur cette question, Bouhier se remet dans la droite ligne tracée par les réflexions de Dumoulin dans son *De delictis*. Dans sa construction doctrinale, il avait fait le choix, un temps, de laisser de côté le critère de la plus grande sévérité de la loi locale par rapport au droit commun, que son illustre prédécesseur avait, pour sa part, retenu ; au moment d'approfondir le sujet des présomptions, il réintroduit le droit commun comme élément de comparaison avec le droit local. Dans le cas de figure ici évoqué, l'exorbitance du statut pénal local, qui se manifeste aussi bien à l'égard du droit commun que du statut pénal du domicile du prévenu étranger, est trop prononcée pour qu'il puisse s'en déduire une connaissance de la part de celui-ci. Du caractère imprévisible et singulier du statut pénal local, l'on infère son ignorance et celle-ci suffit à servir d'excuse à l'étranger. En revanche, si, par le jeu des présomptions, il est établi qu'il en avait connaissance, alors, il se soumet à ses prescriptions. La prévision normale de l'étranger devient dès lors une condition essentielle de l'engagement de sa responsabilité.

S'il faut tenter de dégager une ligne directrice à la doctrine de Bouhier relative à l'incrimination du délinquant, il faut partir du principe que le droit commun joue un rôle indéniable, mais, somme toute, secondaire : la connaissance présumée du prévenu des règles en vigueur au lieu de l'infraction ne s'apprécie pas en fonction de leur plus grande sévérité ou de leur plus grand laxisme par rapport au droit commun, mais en fonction de la singularité du statut pénal local : l'infraction édictée par ce dernier constitue-t-elle un particularisme à nul autre pareil, que son auteur ne pouvait raisonnablement anticiper ? Au contraire, est-elle connue du droit commun ou, au moins, de la loi de son domicile, auquel cas il avait toutes les raisons de la prévoir ? C'est en retenant ce critère de la singularité du statut pénal local que l'on peut refermer le cercle du raisonnement du magistrat bourguignon et dissiper les malentendus qu'il a pu faire naître : cette singularité justifie amplement que le statut pénal local soit rangé, *a priori*, au nombre des statuts réels, territoriaux et exorbitants (ou odieux) à l'égard d'un étranger qui entre sur le territoire.

b) La peine applicable à l'étranger délinquant : la comparaison de la loi pénale locale avec le droit commun et avec la loi du domicile de l'auteur.

L'application de la peine à l'étranger est un problème qui est traité de manière beaucoup plus classique par Bouhier et, sur ce point, il s'en remet volontiers au *De delictis* de Dumoulin. La doctrine, y compris la plus territorialiste, s'accorde à reconnaître que la mise en cause de la responsabilité de l'étranger en vertu de la loi du lieu de commission de l'infraction n'entraîne pas, automatiquement, la peine prévue par cette loi. C'est le lieu pour le magistrat bourguignon de faire prévaloir la faveur qu'il marque à l'égard du délinquant étranger et, pour ce faire, le droit commun va lui être, cette fois, d'un grand secours :

[XXXIV]. IX. Mais que dirons-nous du cas où celui qui est domicilié dans une coutume plus rigoureuse que le Droit commun va délinquer dans une autre où ce Droit s'observe, ou même qui

⁹⁵² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°8, pp. 810-811.

est encore moins sévère ? Il y a une Décrétale⁹⁵³ qui décide qu'il faut suivre, en ce cas, la loi du lieu du délit. C'est aussi l'avis de plusieurs grands jurisconsultes⁹⁵⁴, et je le trouve très raisonnable ; car c'est le cas d'appliquer l'une des règles dont j'ai parlé au commencement de ce chapitre, que, dans le doute, il faut prendre le parti le plus doux, quoique quelques auteurs⁹⁵⁵ veuillent laisser la chose à l'arbitrage du juge.

X. Je penserais différemment si la loi du lieu du délit était, au contraire, plus rigoureuse que celle du lieu du domicile du délinquant, et j'appliquerais à ce cas la décision de Dumoulin, dont j'ai parlé au n°5 : *quia tunc exterius, probabiliter ignorans, non debet puniri illa poena, sed poena Juris communis* (« parce qu'alors l'étranger, vraisemblablement, l'ignorait, et n'encourt pas cette peine, mais bien celle du droit commun »).

XI. Je sais bien que M. de Chasseneuz⁹⁵⁶ semble être d'avis qu'en l'un et l'autre de ces cas, il faut suivre la loi du domicile du délinquant ; mais il se fonde sur un principe qui n'a rien de commun avec notre question ; savoir que *noxa caput sequitur*⁹⁵⁷ : cela est si évident que je ne m'arrêterai pas à le réfuter. Il y a pourtant d'anciens Docteurs⁹⁵⁸ qui sont de mon avis ; mais ils ne se déterminent qu'en appliquant aux matières criminelles ce qui se pratique pour les civiles : en quoi ils me paraissent manifestement s'équivoquer et oublier cette règle de jurisprudence que *in poenalibus causis benignius interpretandum est*⁹⁵⁹ (« dans les affaires criminelles, il faut interpréter avec plus de bienveillance »).⁹⁶⁰

La comparaison de la loi pénale locale avec le droit commun ou avec la loi du domicile de l'auteur de l'infraction prend, en l'espèce, toute son importance. Le sort de la question repose ainsi sur l'appréciation de la plus ou moins grande sévérité des peines portées par la loi locale. Or, la gravité des peines ne peut s'apprécier que si on les rapproche de celles qui figurent dans les deux lois – droit romain et loi du domicile – qui servent à établir les présomptions de connaissance par l'auteur de l'infraction. Il faut donc distinguer :

1° Si les peines portées par la coutume du domicile de l'auteur sont plus rigoureuses que celles prévues par le lieu de commission de l'infraction (que ces peines soient celles du droit commun si ce dernier y a cours ou, si ce n'est pas le cas, qu'elles soient, *a fortiori*, moins sévères encore que celles du droit commun), alors, l'application de la *lex loci delicti* au nom de la territorialité de la loi pénale rencontre l'assentiment de Bouhier, puisque le délinquant se verra ainsi appliquer une peine plus douce que celles auxquelles il est accoutumé. La faveur pour le prévenu étranger est ici

⁹⁵³ BONIFACE VIII, *Liber Sextus*, livre premier, titre II, canon 2, décrétale *Ut animarum*.

⁹⁵⁴ Alessandro TARTAGNI (D'IMOLA), *Consilia seu Responsa Alexandri Tartagni Imolensis*, Venise, 1610, livre premier, *consilium CXI*, n°1, p. 127 verso – p. 128 recto, et, sur ce texte, Charles DUMOULIN, *Notae solemnes ad Alexandri Tartagni consilios*, ad *consilium CXI*, n°1, livre premier, p. 896.

⁹⁵⁵ Paul VOET, *De statutis*, *op. cit.*, section XI, chapitre I, n°5, *in fine*. Après avoir pris fait et cause pour la peine fixée par le lieu de l'arrestation, celui-ci conclut : « ... Si le délit n'appelle pas, ailleurs, une peine aussi grave que celle que prévoit le lieu où le prévenu est arrêté, ou si la peine n'y est pas suffisamment proportionnée au délit commis en cet endroit, en ce qu'elle est trop dure et trop sévère, j'estimerai qu'il vaudrait mieux laisser à la discrétion du juge le soin de décider quelle peine il vaut infliger aux criminels... Par conséquent, il pourra peut-être infliger la peine prévue par le lieu du domicile du prévenu, soit *ex comitate*, soit sur le fondement des accords internationaux » (*Si... alibi delictum non tantam merentur poenam, quam ubi deprehensus est reus, vel ibi poena non satis sit illi delicto proportionata, quia dura nimium et aspera, iudicis arbitrio relinquendum id esse censerem, qua poena facinorosum punire velit... Uti forte etiam vel ex comitate, vel concordatorum ratione poenam domicilii rei criminalis infligere poterit*).

⁹⁵⁶ Barthélémy de CHASSENEUZ, *Commentarii in consuetudines Ducatus Burgundiae*, Lyon, 1574, *Rubrica I*, § 5 « Si aucun commet simple larcin », aux mots « simple larcin », n° 11 et 12, pp. 158-159.

⁹⁵⁷ INSTITUTES DE JUSTINIEN, livre IV, titre VIII, § 5 ; CODE DE JUSTINIEN, livre III, titre XLI « Des actions noxales », loi 1 ; DIGESTE, livre XVI, titre III, § 18.

⁹⁵⁸ Alberigo DE ROSATE, *De statutis*, livre III, question I, Francfort, 1608, p. 211.

⁹⁵⁹ DIGESTE, livre L, titre XII « De diverses règles de droit ancien », loi 155, § 2.

⁹⁶⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXIV, n°9-11, p. 810.

parfaitement marquée.

2° Si les peines portées par la coutume du domicile de l'auteur sont plus douces que celles prévues par le lieu de commission de l'infraction (et, sans doute, faut-il sous-entendre : que ces peines soient celles du droit commun si ce dernier y a cours ou, si ce n'est pas le cas, qu'elles soient, *a fortiori*, plus sévères encore que celles du droit commun), alors, le délinquant qui engage sa responsabilité en vertu de la *lex loci delicti* peut se prévaloir de l'excuse d'ignorance pour se soustraire à la peine instituée par celle-ci et se voir appliquer la peine, plus douce, prévue par le droit commun. Toutefois, le magistrat bourguignon est bien forcé de prendre en compte la sévérité de la loi locale, ainsi que le requiert la fameuse limitation de Dumoulin qu'il voulait écarter à propos de l'incrimination⁹⁶¹ et d'en tirer la conséquence qui s'impose : l'excuse d'ignorance doit jouer au bénéfice de l'étranger lorsque la peine est particulièrement sévère. Cette solution présente, une nouvelle fois, l'avantage d'aller dans le sens de la faveur pour le prévenu.

Dans les deux cas, Bouhier va à rebours de la solution qu'il attribue à Chasseneuz⁹⁶² et qui voulait que la coutume du domicile de l'auteur l'accompagnât, tel un statut personnel, et se substituât à la coutume du lieu du délit, que celle-ci fût plus sévère ou plus douce. Mais cette solution entre en contradiction avec la règle désormais bien admise, et confortée par tant d'illustres autorités, qui donne compétence à la *lex loci delicti*. En effet, dans les deux cas, il considère que la compétence de cette dernière répond directement à l'exigence posée par la règle issue du droit romain qui justifie, selon lui, la réalité et la territorialité des lois pénales et qu'il retranscrit ainsi : « en matière pénale, il est du devoir des Magistrats de prendre toujours, dans le doute, le parti le plus doux ». Le critère de la sévérité plus ou moins grande du droit local lui permet ainsi de moduler, à sa convenance, l'attribution de la compétence : il suit sa logique qui veut que soit désignée la loi qui opéra pour « le parti le plus doux ».

3) Quelques exemples de statuts pénaux envisagés par le chapitre XXXIV des *Observations* : une territorialité très relative.

Les directives énoncées par le président Bouhier dans la première partie laissent une large place au droit commun et à la loi du domicile. La réalité et la territorialité de la loi pénale, postulée dès l'introduction du chapitre, s'en trouvent, en fin de compte, fortement atténuées et relativisées. Le principe donnant compétence à la *lex loci delicti* ne s'applique pas uniformément et les cas concrets dans lesquels ce principe serait amené, théoriquement, à s'appliquer montrent plutôt qu'il doit, en permanence, composer avec des compétences concurrentes. C'est ainsi que l'assassinat par commission (a) et le délit complexe (b) justifient, aux yeux du magistrat bourguignon, de faire échapper le prévenu à l'empire de la loi du lieu de l'infraction pour y appliquer soit le droit commun, soit la loi du domicile. C'est ainsi, ensuite, que la confiscation des biens du condamné et les lois qui sanctionnent les donations effectuées dans le cadre des secondes noces ou infligent des peines à la veuve qui se remarie durant le délai de viduité sont également classées parmi les lois pénales, mais elles ne seront abordées que lors de l'étude de la jurisprudence⁹⁶³. Ce ne sont là que quelques exemples qui démontrent la difficulté que rencontre le président Bouhier à tenir la ligne

⁹⁶¹ Voir, *supra*, p. 412.

⁹⁶² A tort, selon Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, p. 373, note 3, qui a consulté le passage de Chasseneuz auquel Bouhier fait référence.

⁹⁶³ Sur la jurisprudence relative à la confiscation et aux lois contre les secondes noces ou contre les veuves remariées dans l'an de deuil, voir, *infra*, pp. 572-575.

directrice qu'il s'est fixée sans la compliquer par les subtilités et les nuances que lui semble appeler chaque cas particulier.

a) L'assassinat par instigation : la mise en cause de la responsabilité de l'instigateur et le recours au droit commun.

Le cas de l'assassinat par commission est un exemple classique auquel les juristes ont eu volontiers recours pour ouvrir la réflexion sur le rôle et la responsabilité de l'instigateur, que Bouhier désigne, comme ses prédécesseurs, sous le nom de « mandant ». Cette question offre l'occasion au magistrat bourguignon d'écarter la mise en œuvre de la sanction prévue par la *lex loci delicti* à l'encontre de l'instigateur et de faire valoir, au bénéfice de ce dernier, l'excuse d'ignorance de la loi locale afin de mieux lui appliquer la peine de droit commun :

[XXXIV]. XIII. Supposons que quelqu'un ait donné commission à un particulier de commettre un assassinat dans une autre coutume où ce crime soit puni d'une peine plus atroce que celle qui est en usage dans le lieu où demeure celui qui a donné sa commission : le mandant sera-t-il puni suivant la loi de son domicile, ou suivant celle du lieu où l'assassinat aura été commis ?⁹⁶⁴

Le président Bouhier discute, pour mieux la réfuter, l'opinion de certains juristes, comme Paul Voet, qui penchent en faveur de l'application de la sanction portée par la *lex loci delicti* en se fondant sur les qualités de mandant et de mandataire des personnes mises en cause⁹⁶⁵. Il considère qu'il n'y a pas lieu, en pareil cas, de raisonner sur l'hypothèse d'un contrat de mandat, puisque le délit est constitué par le tort que cause l'instigateur à l'ordre public du lieu de commission de l'assassinat et qu'il ne s'agit là que d'une « obligation contractée *ex delicto* entre ce mandant et la partie publique, par laquelle il s'est tacitement soumis à la peine d'un pareil mandat ». Par conséquent, sa responsabilité est bel et bien engagée en vertu de la *lex loci delicti*⁹⁶⁶. Cela ne signifie pas, pour autant, que c'est la peine prévue par celle-ci qui va, effectivement, lui être appliquée. En effet, Bouhier prend position en faveur de l'excuse d'ignorance, en partant de l'idée que l'instigateur, n'ayant pas pénétré lui-même sur le territoire du *locus delicti* et n'ayant pas eu les moyens de s'informer de la teneur de la loi pénale qui y est en vigueur, n'a pas à subir une peine qu'il n'a pu raisonnablement anticiper :

[XXXIV]. XVI. Il vaut donc mieux prendre le sentiment des juristes⁹⁶⁷ qui tiennent qu'en ce cas, le mandant doit être seulement puni suivant le Droit commun ; ce sentiment me paraît d'autant meilleur que le mandant peut fort bien ignorer la loi particulière du lieu où le crime devait être commis, et que cette ignorance suffit pour le garantir de la peine portée par cette loi, suivant ce que j'ai remarqué plus haut.⁹⁶⁸

L'exemple s'inscrit très bien dans la logique qui est celle de l'auteur : se fonder sur une règle de principe – la compétence de la *lex loci delicti* – pour en soustraire, ou en atténuer, les conséquences les plus fâcheuses par le biais de l'excuse d'ignorance. Celle-ci ne valant pas exemption totale de responsabilité, elle autorise le juge à substituer la peine portée par le droit

⁹⁶⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°13, p. 811.

⁹⁶⁵ Paul VOET, *De statutis, op. cit.*, section XI, chapitre I, n°3.

⁹⁶⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°14 et 15, p. 811.

⁹⁶⁷ Jacopo MENOCHIO, *De arbitrariis judicium quaestionibus et causis, libri duo*, Cologne, 1587, *casus* CCCLIII, n° 14 et suivants, pp. 475-476.

⁹⁶⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°16, p. 811.

commun à la peine prévue par sa propre loi et qui aurait dû, normalement, être mise en œuvre.

b) Le délit complexe : le coup de fusil transfrontière, ou « flèche de Voet ».

Le coup de fusil transfrontière fait également partie de ces cas d'école devenus classiques dans la doctrine juridique pour illustrer un point de droit particulier. En effet, son origine semble remonter aux juristes médiévaux et, notamment, à Panormitain. Mais il est plus connu sous le nom de « flèche de Voet »⁹⁶⁹, en hommage au jurisconsulte ultrajectin, Paul Voet, qui a sans doute le mieux contribué, grâce à Nicolas de Bourgogne⁹⁷⁰, et par l'intermédiaire du président Bouhier qui s'en est inspiré, à transmettre à la postérité cette figure juridique qu'est le délit complexe.

De fait, la situation décrite par Paul Voet et par le président Bouhier, si elle est devenue courante de nos jours⁹⁷¹, demeure exceptionnelle et hypothétique, encore, pour les XVII^e et XVIII^e siècles : elle se demande quelle loi il convient d'appliquer au cas où le fait générateur de l'acte délictueux (le coup de fusil ou le tir de la flèche) intervient depuis le territoire de son domicile et où le préjudice est subi sur le territoire voisin (l'homicide) :

[XXXIV]. XVII. Et cette décision [*le bénéfice de l'excuse d'ignorance en faveur de l'étranger*] peut être bien appliquée à un autre cas qu'on a proposé ; savoir si un homme ayant tiré un coup de fusil ou de flèche depuis son domicile, sur un autre homme qui était sur un autre territoire, et qui l'a tué, doit être puni suivant la loi de son domicile, ou suivant celle du lieu où était l'homme assassiné ; car, encore que quelques Docteurs⁹⁷² tiennent qu'il doit l'être suivant cette dernière loi, je ne trouve point que leur opinion ait aucun fondement solide. Ainsi, à moins qu'il ne parût quelque affectation, de la part de l'assassin, dans le choix du lieu où il s'était posté pour commettre son crime, je croirais qu'il faudrait le punir suivant la loi de son domicile, qui est la seule qu'il n'a pu ignorer, et à laquelle, par conséquent, il paraît s'être tacitement soumis.⁹⁷³

Si l'on veut bien faire, un instant, abstraction, de sa postérité et le replacer dans le contexte dans lequel il a été énoncé, respectivement, par de Bourgogne, Voet et Bouhier, à moins d'un siècle d'intervalle, cet exemple de dissociation entre lieu du fait générateur et lieu du préjudice révèle plutôt la divergence de vues qui caractérise les positions défendues par chacun de ces auteurs et, partant, l'esprit profondément différent dans lequel ils conçoivent la répression des crimes et la finalité du droit pénal, lorsque celui-ci revêt une dimension internationale aussi marquée :

1^o Jean Bouhier, en prenant parti pour la loi du domicile du délinquant (et en faisant, à dessein, le choix de retenir cette loi, qui est nécessairement bien connue de l'auteur de l'infraction), s'est tout simplement servi de cet exemple pour mettre en pratique l'excuse d'ignorance de la loi locale qui est au cœur même de sa construction doctrinale. Ce parti ne s'encombre pas de considérations sur la teneur de la loi locale et sur l'appréciation de sa plus ou moins grande sévérité. Il est admis par Bouhier que, par définition, toute loi pénale propre à un territoire est « singulière », sauf si c'est le

⁹⁶⁹ Alex WEILL, « Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice », *Mélanges Jacques Maury*, tome 1^{er}, Paris, 1960, pp. 545-561, qui parle de la « flèche de Voet » à la page 548.

⁹⁷⁰ L'hommage est d'autant plus immérité, et d'autant plus injuste à l'égard de Nicolas de Bourgogne, que Paul Voet, poursuivant son œuvre de plagiaire, n'a fait que reproduire *in extenso* le paragraphe n°8 du chapitre XVI de l'*Elucidatio juridica* du juriste flamand (voir Nicolas DE BOURGOGNE, *Nicolai Burgundii de jure opera omnia*, Bruxelles, 1709, *Elucidatio juridica juris statuarii*, chapitre XVI, n°8, pp. 104-105).

⁹⁷¹ Voir le Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

⁹⁷² Paul VOET, *De statutis*, *op. cit.*, section XI, chapitre I, n°8.

⁹⁷³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXIV, n°17, p. 811.

droit commun qui est en vigueur sur le territoire en question. Il suppose donc, par la même occasion, que les sanctions portées par cette loi pénale ne sont pas connues de l'étranger qui est présent sur le territoire, sauf à ce qu'il soit établi, directement ou par présomption, qu'il était en mesure de s'en informer (ce qui peut amener à prendre en compte son séjour prolongé ou la coïncidence de la loi pénale locale avec le droit commun ou la loi de son domicile). C'est à cette condition qu'il est tenu pour s'être tacitement soumis à la loi locale.

Or, en l'espèce, l'auteur du coup de fusil ou du tir à l'arbalète se trouve physiquement présent sur le territoire de son domicile et n'a pas pénétré à l'intérieur du territoire où se situait la victime et où a été consommée l'infraction. Au regard de Bouhier, il n'y a aucun élément de fait qui permette d'induire que le délinquant a accepté de se soumettre tacitement à la loi d'un territoire dont il n'a – *a priori* – pas pu connaître les dispositions. Il convient de se tourner vers la seule loi à laquelle il s'est « tacitement soumis » parce qu'il s'agit de la seule loi pour laquelle l'excuse d'ignorance ne tient pas : la loi de son domicile. Tout au plus est-il possible d'admettre que, si le délinquant s'est rendu intentionnellement dans un autre territoire pour y accomplir son forfait, il s'est placé, par là même, sous l'empire de la loi qui a cours dans ledit territoire, quoiqu'elle lui soit plus étrangère. En somme, Bouhier ne fait que tirer les pleines conclusions d'un principe qui lui est cher : la sujétion tacite du délinquant étranger *ratione delicti* à la loi du territoire sur lequel il se trouve au moment de commettre l'acte répréhensible, c'est-à-dire sur lequel intervient le fait générateur de sa responsabilité⁹⁷⁴.

2° Nicolas de Bourgogne et Paul Voet ne prennent pas position en faveur de la loi du lieu du préjudice subi – donc de la loi du lieu où se trouvait la victime –, comme l'affirme un peu trop promptement Bouhier, mais laissent le soin au juge de déterminer de celle des deux lois en concurrence qui doit s'appliquer à l'espèce. En effet, dans la mesure où il n'y a pas de raison, *a priori*, de préférer une loi à une autre dans un cas de figure aussi complexe, et que toutes deux ont un titre fort à réclamer justice, la compétence doit s'attribuer, en priorité, à la loi du territoire qui aura été considéré comme ayant le plus souffert de l'acte délictueux⁹⁷⁵.

⁹⁷⁴ Alex WEILL, « Un cas épineux de compétence législative », *op. cit.*, p. 548, note 8, raisonnant en juriste du XX^e siècle, fustige la « bien mauvaise raison » qui a conduit Bouhier à prendre parti pour le lieu de départ du coup de fusil sans avoir cherché à comprendre la logique qui a conduit le magistrat bourguignon à adopter cette position. Mais, s'il fallait trouver des raisons supplémentaires de prendre parti pour le lieu du fait générateur du délit, il pourrait s'en trouver dans une doctrine plus contemporaine comme celle d'Etienne BARTIN (*eod. loc.*, p. 552). Dans ses *Principes de Droit international privé*, tome II, § 338, p. 416, celui-ci défend cette opinion (minoritaire en doctrine comme en jurisprudence) au motif que : « la loi locale intervient, comme disposition de police, pour imposer la réparation, parce qu'elle intervient d'abord pour interdire la perpétration du fait illicite dont la réparation n'est que le remède. Essentiellement, elle a pour but d'empêcher, avant de contraindre à réparer. Par conséquent, la loi locale qui a qualité pour décider de la sanction, pour statuer sur la réparation, c'est la loi du lieu où l'injonction de s'abstenir du fait illicite a été méconnue : c'est la loi du lieu où ce fait illicite s'est produit au mépris de la défense qui en était faite ». En usant d'arguments bien différents, Bouhier et Bartin se rejoignent, au moins, sur l'importance de la notion de faute et sur la nécessité de la prévention et de la répression des actes illicites qui troublent l'ordre public local. C'est ici le lieu de rappeler que Bouhier traite de cet exemple dans le cadre de l'étude des « lois pénales » et qu'il n'entend pas raisonner sur le fondement de la responsabilité civile.

⁹⁷⁵ Paul VOET, *De statutis*, *op. cit.*, section XI, chapitre I, n°8 : « Que faut-il décider au sujet de celui qui aura tiré une flèche, ou un coup de mousquet, depuis le territoire de son domicile, de sorte qu'il aura blessé ou tué un homme qui se trouvait dans le territoire voisin ? Faut-il prendre en compte, pour infliger la peine, le statut du lieu où se trouve celui qui a commis le délit ou, au contraire, le statut du lieu où se trouve celui qui est blessé ou tué ? Je réponds qu'il faut s'en remettre au statut du lieu de son arrestation, parce que le lieu doit être celui de la *praeventio* : soit le lieu où le tireur se trouvait, parce que c'est là qu'il a eu la volonté et l'intention de tuer et qu'il mérite, pour cela, de subir la peine ; soit le lieu où sa victime a été blessée ou tuée, parce que c'est ici que le délit a été consommé. Je m'appuie pour cela sur les lois *Lege Cornelia* (D. 48.8.1.) et *Si mulierem* (D. 48.8.8.) et sur le titre *Ubi de criminibus agi oporteat* du Code (C. 3.15.1.) et sur Panormitain, dans son commentaire du canon *Licet* du titre *De foro competenti* du *Liber Extra* (X. II.II.20.). Voyez aussi, chez Giulio Claro, *Sententiae, Practica criminalis*, livre V, § *finalis, quaestio XXXVIII*, n°9 (« Item pone »), qu'il y a

La solution préconisée par les deux juristes, et confortée par l'assentiment que leur donnent les autorités qu'ils allèguent⁹⁷⁶, prend certainement davantage en compte le caractère complexe du délit et le conflit de compétences qu'il entraîne et ne se soucie guère d'envisager si l'excuse d'ignorance est invocable ou non à l'espèce. Elle ne tranche pas, cependant, le litige avec une règle claire et elle laisse volontairement dans le flou la réponse à la question qui se pose, en l'occurrence, de savoir ce qu'il faut entendre par *locus delicti commissi*. Il ne fait, néanmoins, aucun doute que c'est bien ce *locus* qui sert de critère de rattachement pour établir la loi qui fixera la peine applicable à ce délit.

B. De la réalité des « statuts exorbitants du droit commun, ou manifestement injustes » : le chapitre XXXV des *Observations*.

Des sept catégories qui composent la classe des statuts réels chez le président Bouhier, et qu'il étudie successivement au cours de ses *Observations*, c'est sans doute la dernière qui apparaît la plus déconcertante et la plus anachronique. De l'aveu même de son auteur, cette catégorie n'a d'autre utilité que de regrouper, sans autre forme de cohérence, toutes les dispositions coutumières qui, du seul fait qu'elles entrent en contrariété avec le droit commun, sont condamnées à se renfermer dans leur détroit. Mais aussi, de manière bien plus extraordinaire, elle y agrège les dispositions de droit commun qui, devenues odieuses au droit majoritairement accepté dans le Royaume, sont vouées au même sort. Il ne fait aucun doute que cette manière de procéder correspond à la sensibilité nostalgique du magistrat bourguignon : lancé dans un combat d'arrière-garde dans la France coutumière des XVII^e et XVIII^e siècles, il réactive à dessein un mécanisme tombé en désuétude depuis l'affirmation d'un droit français coutumier, juste dans le but de prolonger la lutte en faveur de la promotion du droit romain comme droit commun du Royaume. Mais il est tout aussi certain que, en se lançant dans son entreprise de classification *ab effectu* des statuts, il se contraint à élaborer une catégorie qui puisse réunir, de manière purement résiduelle, tous les statuts qui sont les vestiges d'un droit coutumier ancien, local ou provincial, et que leur singularité rend impropres à l'exportation dans les autres détroits coutumiers. Ces statuts ne se contentent pas uniquement d'être les vecteurs d'un particularisme coutumier, car cela seul ne suffirait pas à leur interdire toute communication avec l'extérieur, mais ils contiennent également des règles dont la teneur entre en contradiction avec celles couramment admises dans le Royaume.

d'autres autorités en ce sens. Cependant, certains auteurs préfèrent s'en remettre au lieu où se trouve la victime, en vertu de l'avant-dernier paragraphe de la loi *Eum qui* du Digeste (D. 47.10.18.4.) : voyez Alderano Mascardi, *Communes conclusiones*, VII, n°25 » (8. *Quid si quispiam e suo territorio sagittam emiserit, vel sclopum exoneraverit, sic ut aliquem in alieno territorio consistentem, vel vulneraverit, vel occiderit? An spectandum erit statutum, ratione poenae infligendae, ejus loci, ubi constitit, qui deliquit, an potius ejus loci, ubi quis est vulneratus, vel occisus? Respondeo, statutum loci, in quo deprehenditur esse respiciendum, ut locus debeat esse praeventioni. Ibi, quia affectus et animus fuit occidendi, qui poenam meretur. Hic, quia delictum est consummatum.* Arg. l. 1 l. 8. D. Ad l. Cornel. de sicar. tit. Cod. Ubi de crimin. Abbas in c. Licet. n. 25 de foro compet. vid. Clarum q. 38. verb. item pone, *quod aliquis. Sunt tamen qui respiciunt locum patientis*, per l. eum qui. §. pen. D. injur. Mascard. tract. alleg. conclu. 7. n. 25). Paul Voet reproduit, *in extenso*, et sans le citer, la pensée exprimée par Nicolas DE BOURGOGNE, *Elucidatio juridica juris statuarii*, chapitre XVI, n°8, pp. 104-105, in *Nicolai Burgundii de jure opera omnia*, Bruxelles, 1709.

⁹⁷⁶ Auxquelles l'on peut rajouter celle de Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 12 de l'ancienne coutume (11 n.c.), note II, Paris, 1660, n° 1, v° « territoire où il a été commis », pp. 34 : « Si quelqu'un a tiré une flèche depuis le territoire de Redon à l'encontre d'un Nantais » (*Si quis e territorio Rhedonensi sagitta in Nanetensi [ferit]*). C'est l'occasion pour d'Argentré de rappeler la *communis opinio* des juristes italiens du Moyen-Âge, à laquelle il se rallie, lorsque ceux-ci furent appelés à décider si le *judex loci delicti* est celui du lieu où le délit a commencé ou celui du lieu où le délit a été consommé : « Dans tous les cas de figure, ils veulent que cela donne lieu à *praeventio* et que l'un ou l'autre des juges concernés puisse en connaître » (*Quibus casibus volunt locum esse praeventioni, et utrumque posse cognoscere*). Sur ce passage, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, p. 220.

Le début du chapitre XXXV pose le principe de la réalité de ces statuts et développe les conséquences de leur territorialité, mais ne s'en justifie aucunement et ne livre aucune ligne directrice qui permettrait de les discerner spécialement :

[XXXV]. I. Il n'y a guère de maxime de Jurisprudence plus universellement reçue, que celle de la réalité des coutumes qui sont contraires au Droit commun, et que les jurisconsultes appellent exorbitantes. *Satis est quod statutum exorbitans, aliquid, vel modicum ultra jus commune operetur, ut in residuo, quantum fieri potest restringatur* (« Il suffit que le statut emporte un effet qui est exorbitant du Droit commun ou qui l'excède de peu pour qu'il soit restreint au reste des effets qu'il peut emporter »). C'est non seulement l'avis de Dumoulin⁹⁷⁷, mais encore celui de tous les autres Docteurs⁹⁷⁸ qui ont traité cette matière ; et ils en disent autant⁹⁷⁹ de toutes les lois qui contiennent une iniquité manifeste.

II. D'où ils tirent cette conclusion qu'encre que les coutumes doivent être étroitement observées dans leur cas, on ne doit, néanmoins, pas en faire d'extension à un autre cas, ni de personne à personne, ou de coutume à coutume. Ce qui est une nouvelle preuve incontestable de ce que j'ai dit et répété plusieurs fois, et dont on ne saurait trop se souvenir, que les lois romaines sont véritablement le droit foncier et commun du Royaume, et que les coutumes, au contraire, étaient appelées *haineux droit*, comme je l'ai observé ailleurs⁹⁸⁰. Il ne me reste qu'à confirmer ce principe par quelques exemples, autres que ceux qui sont répandus dans les chapitres précédents ; car, de les rapporter tous, cela me mènerait à l'infini.⁹⁸¹

Jean Bouhier en revient aux fondements mêmes de son système : c'est par référence au droit romain, comme droit commun, et à l'équité civile, d'essence romaine, que s'évalue l'éventuelle dimension exorbitante – et même odieuse (« haineux droit ») – des coutumes et, par conséquent, leur caractère intrinsèquement réel et territorial, alors qu'*a contrario*, c'est de leur conformité au droit commun et à l'équité que découle leur potentielle extraterritorialité⁹⁸². Or, la justification théorique de l'auteur se borne à ce seul constat. A aucun moment, dans le chapitre, il ne fournit un quelconque critère, objectif ou téléologique, qui permettrait de distinguer, parmi l'ensemble des dispositions d'une coutume, celles qui méritent d'être classées parmi les « lois exorbitantes » et

⁹⁷⁷ Charles DUMOULIN, *Commentarius in priores titulos antiquae Consuetudinis Parisiensis*, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome 1^{er}, titre I, § VIII, glose sur le mot « Dénombrement », n°48, pp. 165-166 ; § XII, n°1, etc., p. 215 ; § LII, glose I, sur le mot « Souffrance », n°9, p. 493. Voir aussi ses *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus*, in *Commentarii in Justiniani Codicem*, [III – 3] ; ses *Notae solemnes ad Alexandri Tartagni consilios*, ad consilium XLI, livre V ; ses *Annotationes in Consilia Philippi Decii*, in consilium CCCLVIII ; ses *Notae in commentaria Philippi Decii* [Filippo Decio] *ad Digestum Vetus et Codicem Justinianum*, sur la loi *Sicut bonis* du Code (C. 2.2.1.) : respectivement, in *Caroli Molinaei Omnia quae extant opera ex variis librorum*, tome III, Paris, 1681, aux pp. 556, 958, 798 et 854.

La citation latine est extraite de Charles DUMOULIN, *Commentarius in priores titulos antiquae Consuetudinis Parisiensis*, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome 1^{er}, titre II, § LXXIV, glose sur les mots « Arrêt ou brandon », n°9 *in fine*, p. 1344. La plupart des références de Bouhier au *Commentarius* ne correspondent pas à l'ordre adopté par l'édition de Paris de 1681 dont il ne fait pas de doute qu'il la connaissait bien (étant l'édition qu'il utilise pour les *Commentarii in Justiniani Codicem* du même Dumoulin) : elles doivent être suivies avec prudence.

⁹⁷⁸ Rollando A VALLE, *Tractatus de lucro dotis*, Cologne, 1599, question CIX, n°5, pp. 417-418 ; Pierre PECK l'Ancien, *Ad regulas juris canonici commentaria*, Louvain, 1573, livre V *De regulis juris*, règle XV du Sexte « *Odia restringi et favores convenit ampliari* », pp. 60-63 ; Jean-Marie RICARD, *Traité des donations*, première partie, chapitre III, section XV, n°673, in *Oeuvres de M. Jean-Marie Ricard*, tome I, Paris, 1754, pp. 154-155 ; Paul CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, pp. 62 et suivantes et 138 ; Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 109 et 157.

⁹⁷⁹ Charles DUMOULIN, *Notae in commentaria Philippi Decii* [Filippo Decio] *ad Digestum Vetus et Codicem Justinianum*, sur la loi *Lecta* du Digeste (D. 12.1.40.), v° « Statutus », in *Caroli Molinaei Omnia quae extant opera ex variis librorum*, tome III, Paris, 1681, p. 849.

⁹⁸⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre IV, n°56, p. 393.

⁹⁸¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXV, n°1 et 2, p. 816.

⁹⁸² Sur les fondements du système de Bouhier, voir, *supra*, aux pp. 349-367.

celles qui échappent à cette étiquette.

L'intérêt de la démarche n'est, pourtant, pas mince : en dépoussiérant la vénérable classe des statuts exorbitants et odieux, Bouhier entend leur faire jouer un rôle d'exception d'ordre public, qui agirait pleinement, en l'espèce, à l'encontre d'une disposition dont le caractère odieux serait si fort que toute tentative de lui donner une extension dans le reste du Royaume serait vouée à l'échec. Elle serait, ainsi, enfermée dans le détroit de la coutume qui lui a donné l'existence, sans risquer de venir semer le trouble parmi les autres coutumes⁹⁸³. Mais la contrepartie est également vraie : elle peut très bien être appliquée par le juge du for dans son détroit à titre de « loi de police », du seul fait de son caractère réel *ab effectu*, qui suppose la soumission, à quelques rares exceptions près, de tous ceux qui sont présents sur le territoire, ressortissants locaux comme étrangers⁹⁸⁴.

Par conséquent, le chapitre XXXV rassemble, pour l'essentiel, les statuts les plus divers, appartenant à des registres fort différents les uns des autres, et qui n'entretiennent aucun autre lien de connexité que la seule contrariété avec le droit commun ou avec l'équité. Dès lors, l'opération de qualification découle de ce seul constat, sans appeler d'analyse véritable. Bouhier lui-même se garde bien d'entrer dans l'étude approfondie de ces exemples, se contentant de les répertorier et de les cataloguer. De ce fait, ils n'appellent pas un examen approfondi, puisque leur teneur matérielle n'est définie qu'en négatif du droit commun et que leur finalité n'entre jamais en considération. Parmi ces statuts, la seule distinction, pour le moins déséquilibrée, qu'il condescend à faire repose entre les dispositions de droit coutumier, qui sont toutes des « lois exorbitantes du Droit commun » (1.), qu'il limite lui-même au nombre de sept, et les dispositions de droit romain, qui sont, pour leur part, « manifestement injustes », dont il ne donne qu'un seul exemple non exhaustif à la fin de son chapitre⁹⁸⁵. A cette distinction, il faut adjoindre un cas de figure extraordinaire, celui du statut relatif à l'exclusion des filles dotées, à propos duquel, pour les besoins de sa cause, Bouhier est obligé de tordre ses principes pour justifier l'idée d'un statut favorable, exorbitant du droit commun, et néanmoins personnel (2.).

1) Les coutumes « exorbitantes du Droit commun ».

« Je pourrais aisément grossir le nombre de ces statuts, si je ne croyais que les exemples que j'en ai rapportés doivent suffire pour juger de tous les autres » : pour juger de l'ensemble composite que forme cette sous-catégorie, il suffit de considérer successivement les statuts, qui ne se limitent pas aux seules coutumes de France, qui y figurent, et de dénombrer ainsi des cas de figure qui traitent de :

- a) la prescription immobilière (§ III-IV) ;
- b) la garde, noble ou bourgeoise et des statuts limitant les dernières volontés, envisagées de concert (§ V-VI) ;

⁹⁸³ Dans ce sens, voir Hugues RICHARD, « La place du président Bouhier », *op. cit.*, pp. 115-116.

⁹⁸⁴ Théoriquement, dans une communauté de droit bien entendue, et régie par un véritable droit commun, le juge du for devrait, de lui-même, s'incliner devant le statut étranger si ce dernier est désigné en vertu du règlement de conflit et écarter son propre statut, parce qu'odieux. Mais la France coutumière du XVIII^e siècle n'étant pas gouvernée par le *jus commune*, ainsi que le souhaiterait Bouhier, il n'est pas acquis que cette communauté de droit pèse d'un grand poids devant les impératifs de la réalité/territorialité. Sur cette question, mais se limitant au seul Moyen-Âge, voir Horst KAUFMANN « Zur Geschichte der internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklausel von den Glossatoren bis Bartolus », *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Francfort, 1972, pp. 66-87, et le compte-rendu qu'en donne Henri BATIFFOL dans la *Revue critique*, 1974, pp. 589-590.

⁹⁸⁵ Sur ces règles de droit romain « manifestement injustes » chez Bouhier, telle la loi *Adsiduis*, voir, *infra*, pp. 576-578.

- c) l'ennoblissement par la mère (§ VIII) ;
 - d) la succession des mères, par l'intermédiaire de l'Edit de Saint-Maur (§ IX) ;
 - e) la responsabilité des délits ou des dettes d'autrui (§ X.) ;
 - f) les pouvoirs conférés par le Pape aux légats (§ XI) ;
- et la décharge des dettes de son mari défunt dont bénéficie la veuve en Nivernais (§ VII)⁹⁸⁶

Si l'hétérogénéité des domaines abordés et le disparate des sources de droit concernées sont les traits qui sont les plus frappants, de prime abord, il importe de relever que certains de ces statuts auraient sans doute trouvé leur place parmi les différentes classes de statuts personnels et de statuts réels que Bouhier a passé en revue depuis le chapitre XXIV et que, démentant l'affirmation qu'il tient en ouverture du chapitre XXV, certains d'entre eux ont même déjà été traités et évoqués au fil de ses *Observations*. La pertinence d'ériger une classe à part de statuts réels peut s'en retrouver fortement remise en cause.

a) La prescription immobilière (§ III-IV).

Le premier exemple qu'évoque Bouhier est celui de la prescription immobilière. Après avoir constaté, avec Boullenois, qu'il « n'y a guère de matière où nos coutumes s'écartent davantage du Droit romain, et où elles varient si fort entr'elles », il se demande à quelle coutume il convient de s'en remettre lorsque, lors d'un litige, les « biens, sur lesquels on avait des prétentions sont situés sous différentes coutumes »⁹⁸⁷. Et sa réponse, dans la continuité de celle donnée et étayée par l'avocat parisien dans ses *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, de 1732, est sans ambiguïté en faveur de la réalité des coutumes et, donc, de l'application de la *lex rei sitae* :

[XXXV.] IV. Comme, à l'égard de la prescription des héritages et des actions réelles, la question a souffert quelque difficulté au Parlement de Paris ; M^e Boullenois a fait sur cela une savante dissertation⁹⁸⁸, où, après avoir rapporté, avec une extrême exactitude, les raisons des sentiments différents, il se détermine enfin très judicieusement pour la réalité des coutumes. Et c'était, en effet, anciennement, l'opinion du Barreau de Paris⁹⁸⁹, à laquelle il faut se tenir, suivant le principe que je viens d'établir, et qui est, à mon avis, la vraie raison de décider cette difficulté.⁹⁹⁰

L'assentiment apporté par le magistrat bourguignon aux thèses développées par Boullenois dans la troisième de ses *Dissertations* semble ainsi essentiellement motivé par le constat que les « coutumes s'écartent... du Droit romain ». Or, Boullenois ne s'est nullement déterminé par rapport à la conformité ou à la contrariété à l'égard du droit commun, mais en prenant en considération, de manière plus classique, le fait que ce genre de prescription n'a qu'en vue la chose, ce qui l'autorisait à ranger les statuts relatifs à la prescription immobilière parmi les statuts réels⁹⁹¹.

⁹⁸⁶ Ce cas de figure est abordé à l'occasion de l'étude de la jurisprudence d'Ancien Régime : voir, *infra*, pp. 515-518.

⁹⁸⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXV, n°3, pp. 816-817.

⁹⁸⁸ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, troisième question, pp. 66-93.

⁹⁸⁹ Charles DUMOULIN, *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus*, in *Commentarii in Justiniani Codicem*, [III – 4], in *Caroli Molinaei Omnia quae extant opera ex variis librorum*, tome III, Paris, 1681, p. 557 ; Paul CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, p. 291 ; Joseph BOUCHEUL, *Coutumier général ou corps et compilation de tous les commentaires sur la coutume du comté et pays de Poitou*, Poitiers, 1727, tome 2nd, titre II « Des prescriptions », article CCCLXXII, n°112, p. 578.

⁹⁹⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXV, n°4, p. 817.

⁹⁹¹ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, troisième question, pp. 66-93, spéc. p. 73 : « Enfin, il y a un troisième avis ; et c'est celui qui paraît le plus conforme aux principes, qui est qu'il faut suivre la loi de la situation. En effet, que la demande soit en revendication d'héritage, ou qu'elle soit en déclaration

La force qui s'attache à ceux-ci semble suffisante pour prendre à sa charge les conditions de sa territorialité, sans qu'il soit fait état d'une éventuelle exorbitance à l'égard du droit commun.

b) La garde noble ou bourgeoise et les restrictions apportées aux dispositions de dernière volonté (§ V-VI).

Ces deux situations mériteraient sans doute d'être envisagées indépendamment, mais Jean Bouhier les conjoint pour former son « deuxième exemple ». La première, qui regarde la situation des enfants sous garde noble ou bourgeoise⁹⁹², a déjà été traitée par l'auteur dans ses chapitres XXIV et XXIX, tandis que la seconde, qui regroupe tous les statuts qui limitent la liberté de disposer, n'avait pas été jusqu'alors évoquée, à l'exception des quatre-quints.

Dans un premier temps, au sujet de la garde ou du bail des enfants mineurs, exercé sur des enfants nobles ou des enfants de la bourgeoisie parisienne, Bouhier, qui tient pour règle générale que les statuts qui portent sur la garde sont personnels, considère néanmoins qu'il y a lieu de mettre à part certaines coutumes contraires au droit commun. A cette fin, il faut distinguer selon les coutumes et selon la qualité de la personne à qui elles attribuent la garde ou le bail :

[XXXV.] V. Un autre exemple des coutumes exorbitantes du Droit commun, et dont je me suis déjà expliqué ci-devant⁹⁹³, ce sont celles qui ont communiqué le droit de garde et de baillisterie des enfants mineurs, non seulement aux mères et aux collatéraux des mineurs, mais encore aux seigneurs dominants et au Roi même. Dumoulin⁹⁹⁴, parlant de la baillisterie des collatéraux, s'en explique ainsi : *Quod hujusmodi custodia, seu baillia, habeat locum in linea collateralis, valde durum est et iniquum ; et, ut de se apparet, et crebrior experientia demonstrat, nihil aliud est, quam depraeditio pupillorum et orphanorum* (« Que la garde, ou la tutelle, puisse être ainsi confiée au parent en ligne collatérale, voilà qui est assurément dur et injuste ; et, de ce qu'il en apparaît, et que l'expérience démontre dans la plupart des cas, cela n'a d'autre résultat que de dépouiller les pupilles et orphelins »). On peut juger par là de ce qu'il pensait de la garde royale et de la seigneuriale ; et à l'égard de celle de la mère, quoiqu'elle paraisse moins odieuse, elle ne laisse pas d'être très contraire au Droit commun, qui donne au père seul cette puissance, dont le droit de garde est une suite, comme je crois l'avoir pleinement montré ailleurs⁹⁹⁵. Ainsi, à l'exception des coutumes qui l'ont conservé au père, je regarde comme réelles toutes celles qui l'ont attribué à d'autres personnes. C'est un point sur lequel tout le monde est d'accord, suivant que je l'ai observé au même endroit.⁹⁹⁶

Ainsi, selon les trois cas de figure qui se dessinent, Bouhier envisage deux régimes juridiques différents, qui sont, tous deux, passés au filtre du droit commun⁹⁹⁷ :

1° Lorsque la garde est confiée au père ou à l'aïeul paternel, au cas où l'enfant serait orphelin de

d'hypothèque, on ne peut pas douter qu'il ne faille se régler par la Loi de la situation, s'il est vrai que cette demande soit réelle, et n'ait pour objet que l'héritage ».

⁹⁹² Sur la garde ou bail du « sous-âgé », voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., n° 329-334 et 338-339, pp. 412-416 et 421-423 ; Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n°182-186, pp. 218-222 ; Jean BART, *Histoire du droit privé*, op. cit., pp. 305-308.

⁹⁹³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitres XXIV, n°67-81, pp. 679-682, et XXIX, n°45, p. 787.

⁹⁹⁴ Charles DUMOULIN, *Commentarius in priores titulos antiquae Consuetudinis Parisiensis*, in *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome 1^{er}, titre I, § XLVI [et non XXXII], [glose I sur les mots « Le gardien »], n°2, pp. 1081-1082. Voir aussi Denis DUPONT [Dyonisius Pontanus], *Commentaria in consuetudines Blesenses tomi II*, Paris, 1677, tome I, titre II *De guardianis et baillistris*, in *principio*, pp. 58 et suivantes.

⁹⁹⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitre XXIV, *eod. loc.*

⁹⁹⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitre XXXV, n°5, p. 817. La « baillisterie » est le nom donné à la garde en Bourgogne.

⁹⁹⁷ Sur cette question, voir Hugues RICHARD, « La place du président Bouhier », op. cit., pp. 114-115.

mère, elle est une des formes que revêt la *patria potestas*, « dont le droit de garde est une suite », et, comme telle, trouve son origine dans le droit romain, se rapprochant de la tutelle. Lorsque la coutume du domicile connaît cette forme de garde, elle est indiscutablement un statut personnel, comme l'est la puissance paternelle aux yeux de Bouhier, et a vocation à l'extraterritorialité⁹⁹⁸ ;
 2° *A contrario*, lorsque la garde est remise par la coutume à la mère ou aux collatéraux ou lorsqu'elle échoit au seigneur dominant ou au Roi, alors, la coutume s'inscrit en opposition au droit commun et, pour cette seule raison, la forme de garde est qualifiée de « odieuse ». Une telle qualification emporte comme conséquence que la coutume en question sera rangée parmi les statuts exorbitants du droit commun et, partant, réels. Elle est donc destinée à ne produire ses effets qu'à l'intérieur du détroit coutumier, sur les biens qui y sont situés.

La démonstration de Bouhier fait fi de l'évolution de l'institution : au XVIII^e siècle, les gardes noble et bourgeoise ne font plus difficulté à remettre l'enfant au père ou mère survivant, tandis que la garde seigneuriale est tombée en désuétude, ne se maintenant que dans un pays aussi fermement attaché à ses traditions que la Normandie. Ainsi, le fait de réputer la garde maternelle de « odieuse » semble, pour le moins, sujet à discussions, pour une pratique qui s'est désormais fort répandue au sein des coutumes du Royaume de France. En revanche, le même jugement porté sur la garde seigneuriale normande ne saurait vraiment étonner, étant donné la sensibilité profonde du magistrat bourguignon à l'égard des particularismes normands, qui le conduit volontiers à ranger nombre des dispositions de la coutume de Normandie parmi les statuts prohibitifs, voire odieux.

Dans un second temps, Bouhier passe au crible du droit commun toutes les « lois qui tendent à gêner la liberté de disposer de certaines espèces de biens ou qui ont introduit des droits d'aînesse, et autres préciputs, en faveur des mâles », qui sont, sans autre forme de procès, alignées sur le régime précédemment évoqué pour la garde et donc décrétées réelles parce que contraires au droit commun. Il y adjoint volontiers les statuts qui feraient « défenses à toutes personnes de tester de biens, sans la permission du Prince »⁹⁹⁹. Il ne voit pas dans cette permission du prince un statut personnel qui accorderait une capacité spéciale au testateur de passer son acte de dernière volonté ; il n'y voit pas davantage une formalité intrinsèque « nécessaire pour la validité des testaments », ce qui aurait pour conséquence, selon la logique de son système, de ranger le statut parmi les statuts personnels et extraterritoriaux. La seule raison de préférer la réalité, selon lui, est la suivante :

[XXXV.] VI... Disons donc avec Rodenburg¹⁰⁰⁰, qu'un tel statut, *sine indulto Principis de rebus suis nemo testator* (« aucun ne peut disposer de ses biens par testament sans la permission du Prince »), est constamment réel ; non, parce que *ordinat actum a persona circa res peragendum* (« il règle ce que la personne peut par rapport à ses biens »), comme il le dit ; mais parce qu'il est exorbitant du Droit commun.¹⁰⁰¹

Il semble, une nouvelle fois, que la qualification précède, et dicte, la justification et que l'invocation du droit commun serve de *Deus ex machina* qui dispense l'auteur d'approfondir son examen de la question.

⁹⁹⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitres XXIV, n°66, p. 679.

⁹⁹⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXV, n°5 *in principio*, p. 817.

¹⁰⁰⁰ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, titre premier, chapitre II, édition de 1766, p. 25 (traduction de Louis BOULLENOIS).

¹⁰⁰¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXV, n°5 *in fine*, p. 817.

c) L'ennoblissement par la mère (§ VIII).

Le quatrième exemple a déjà été traité précédemment dans les *Observations*, tout comme la plupart de ceux qui viennent d'être évoqués, par le président Bouhier. Il s'agit d'une question qui relève indiscutablement de l'état et de la condition des personnes et il n'est guère surprenant que l'auteur ait déjà livré son sentiment dans le cadre du chapitre XXIV qui traitait, précisément, de ces questions :

[XXXV.] VIII. Un quatrième exemple est celui de quelques coutumes de Champagne¹⁰⁰², suivant lesquelles la noblesse s'acquiert par la mère, non en tout, mais pour certains effets coutumiers seulement. Aussi est-il certain que ceux qui sont domiciliés dans des coutumes différentes ne peuvent pas prétendre les avantages de la noblesse du chef de leur mère, par rapport aux biens qu'ils ont en Champagne ; ni les Champenois, par rapport aux biens qu'ils ont dans d'autres Provinces. Ce qui prouve que les coutumes de Champagne sont en cela réelles et non personnelles, comme Challine l'a avancé par méprise¹⁰⁰³. J'en ai déjà dit un mot, chapitre XXIV, n°130.¹⁰⁰⁴

La situation considérée se comprend véritablement à la lumière des développements que Bouhier consacre à la condition réservée aux bâtards légitimés par lettres dans le chapitre XXIV. Alors que la doctrine, dans sa grande majorité, s'accorde à faire du statut relatif à la légitimation par lettres une « loi de police » personnelle étroitement enfermée dans son territoire, l'auteur des *Observations* se démarque de cette opinion dominante et invoque les vertus de la courtoisie entre les Nations pour faire admettre l'extraterritorialité d'un tel statut. La *comitas* qu'il préconise lui donne, en vérité, une raison de combattre les positions adverses de Nicolas de Bourgogne, et de Paul Voet, qui, tous deux, refusent toute extranéité à la condition de noble au nom de la souveraineté/territorialité.

Toutefois, lorsqu'il s'agit d'étendre cette solution plutôt libérale aux dispositions des coutumes de la province de Champagne, c'est-à-dire de Troyes, Sens, Meaux, Chaumont et Vitry, qui permettent l'ennoblissement par la mère, il revient sur sa bienveillance :

[XXIV.] CXXX. Quelques-uns de ceux¹⁰⁰⁵ qui tiennent ce sentiment à l'égard des bâtards légitimés par lettres, ont raisonné sur les mêmes principes à l'égard des nobles ; mais je crois qu'en cela, ils se sont équivoqués. J'ai, du moins, pour moi ce beau passage de Loyseau¹⁰⁰⁶ qui, après avoir dit que celui qui est tenu pour noble dans un Etat ami et allié du Royaume est tenu pour tel en France, ajoute ces mots : *chose certes fort séante et utile à la société des hommes, principalement entre les Chrétiens, et surtout entre les Etats alliés, de reconnaître chez soi réciproquement son voisin en la qualité qu'il a en son pays, etc.* Et c'est aussi le sentiment des meilleurs auteurs¹⁰⁰⁷ qui aient écrit en dernier lieu sur la noblesse. Décision que je ne voudrais pas néanmoins étendre à la noblesse de quelques coutumes où le ventre ennoblit, comme l'on dit ; car ce n'est pas une noblesse proprement dite ; et, comme elle n'a

¹⁰⁰² Charles LOYSEAU, *Traité des ordres*, chapitre V, n°65-66, in *Cinq livres du droit des offices, avec celui des seigneuries et celui des ordres*, 2^e éd., Paris, 1613, pp. 55-56 du *Traité* ; Paul CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, p. 231.

¹⁰⁰³ Paul CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, p. 232.

¹⁰⁰⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXV, n°8, p. 818.

¹⁰⁰⁵ Nicolas DE BOURGOGNE, *Elucidatio juridica juris statutarii*, in *Opera omnia*, Bruxelles, 1718, chapitre X, n°39, p. 48, et Paul VOET, *De statutis*, *op. cit.*, section IV, chapitre III, n°16.

¹⁰⁰⁶ Charles LOYSEAU, *Traité des ordres*, chapitre V, n°113 [et non 13 comme indiqué par erreur], in *Cinq livres du droit des offices, avec celui des seigneuries et celui des ordres*, 2^e éd., Paris, 1613, p. 62 du *Traité*.

¹⁰⁰⁷ L'auteur anonyme [Jan Baptist CHRISTYN] des *Observationes engenialogicae et heroicae*, Cologne 1678, livre I, chapitre XIII, pp. 32-35 ; Gilles-André DE LA ROQUE DE LA LONTIERE, *Traité de la noblesse et de ses différentes espèces*, Rouen, 1710, chapitre LXXXVI, pp. 337-340 ; Jean GRIVEL, *Decisiones celeberrimi Sequanorum Senatus Dolani*, Genève, 1660, *decisio XXXII*, n°6 et suivants, p. 99.

lieu¹⁰⁰⁸ que pour quelques effets coutumiers, elle ne doit point être reconnue hors des coutumes qui l'ont introduite. Il en sera encore parlé au chapitre XXXV, n^o8.¹⁰⁰⁹

L'état et la condition de noble sont, par conséquent, soumis, en règle générale à la loi du lieu de domicile de la personne, suivant le principe de personnalité des statuts. La réflexion de Loyseau, qui préfigure la courtoisie entre les Nations¹⁰¹⁰, vient conforter cette solution qui semble approuvée par les « meilleurs auteurs ». Toutefois, Bouhier retranscrit une exception à la règle générale et refuse de lui accorder le bénéfice de la *comitas* : celle tenant aux coutumes qui, comme celles de la province de Champagne, autorisent la transmission de la noblesse par la mère, même si les effets s'en trouvent davantage limités. Or, selon Loyseau, le privilège de la noblesse champenoise ne produit plus, désormais, d'effet sur la condition même de son bénéficiaire. Il n'y a donc aucun titre à lui faire bénéficier de l'extraterritorialité, les seuls effets y étant encore attachés ne s'exerçant plus qu'à l'intérieur des détroits coutumiers concernés. En l'occurrence, il y a toutes les raisons de penser que ce particularisme champenois pourrait rencontrer, effectivement, le scepticisme, voire l'hostilité, des autres coutumes de France et être sanctionné, en étant relégué au rang de statut exorbitant du droit commun. En revanche, il n'est pas acquis qu'il y ait, dans les questions relatives à l'attribution de la noblesse, une contrariété évidente avec le *jus commune*, comme aimerait volontiers le faire croire l'auteur.

d) La succession des mères et l'Edit de Saint-Maur (§ IX)

Le cinquième exemple se réfère à un combat de longue date du président Bouhier. En effet, ce dernier avait rédigé, à l'occasion d'un procès, un *Traité de la succession des mères en vertu de l'édit de Saint-Maur, avec une dissertation sur les droits de la mère en la succession de ses enfants au cas de la substitution pupillaire, principalement par rapport à l'usage du Parlement de Dijon*, paru en 1726, dans lequel il manifestait une vigoureuse hostilité à l'égard de « l'Edit des Mères ». Cet Edit, pris à Saint-Maur par le roi Charles IX en mai 1567, s'était efforcé d'harmoniser les règles pratiquées dans le Midi du Royaume, pays de droit écrit, concernant la succession à laquelle les mères pouvaient prétendre vis-à-vis de leur enfant prédécédé¹⁰¹¹. Par cet Edit, il est décidé que les mères ne pourraient venir à la succession de leurs enfants que pour les seuls meubles et conquêts qui ne seraient provenus de la ligne paternelle et que, pour les biens advenus aux enfants par cette même ligne paternelle, elles auraient droit seulement à l'usufruit de moitié. Le motif avancé pour un tel règlement était de conserver les biens à chaque lignée dont ils descendent, mais l'intention semble avoir été, en

¹⁰⁰⁸ Charles LOYSEAU, *Traité des ordres*, chapitre V, n^o66-67, in *Cinq livres du droit des offices, avec celui des seigneuries et celui des ordres*, 2^e éd., Paris, 1613, pp. 55-56 du *Traité*.

¹⁰⁰⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXIV, n^o130, p. 690.

¹⁰¹⁰ Charles LOYSEAU, *Traité des ordres*, chapitre V, n^o113 [et non 13 comme indiqué par erreur], qui déclare, de manière plus explicite encore : « Les Français sont si hospitaliers envers les étrangers (quoi qu'ils ne leur rendent pas le réciproque) que je tiens pour certain que l'étranger, et notamment celui qui est des États amis et alliés de ce Royaume, étant assurément noble en son pays, sera tenu pour tel en France, et sera exempt de tous subsides roturiers. Chose certes fort séante et utile à la société des Hommes, principalement entre les Chrétiens, et surtout entre les États alliés, de reconnaître chez soi réciproquement son voisin en la qualité qu'il a en son pays » (in *Cinq livres du droit des offices, avec celui des seigneuries et celui des ordres*, 2^e éd., Paris, 1613, p. 62 du *Traité*).

¹⁰¹¹ François-André ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. 14, n^o1 et 2 (juillet 1559 – août 1589), Paris, 1829, « Edit des mères », ou sur l'ordre de succession des mères dans les provinces de Guyenne, Languedoc, Provence et Dauphiné, p. 221. Sur cet Edit, voir Claude DE FERRIERE, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, 2^e éd., Paris, 1714 (t. 4), article CCCXII, glose unique, § 2, pp. 578-590.

adéquation avec la règle *Paterna paternis*, d'exclure les veuves afin d'éviter, par un remariage, qu'elles ne transmissent les biens donnés aux enfants prédécédés à leur nouvel époux. L'Edit suscita une forte résistance de la part des Parlements du Midi, dont une bonne partie ne l'enregistra pas. Il fut néanmoins enregistré par le Parlement de Provence, comme par ceux de Paris et de Dijon, pour les pays de droit écrit qui étaient inclus dans leur ressort. Or, c'est son application aux pays de droit écrit soumis à la juridiction du Parlement de Bourgogne que Bouhier entreprit de combattre, au prétexte que ses dispositions étaient contraires au droit commun. En 1729, le chancelier d'Aguesseau, constatant les difficultés d'application auxquelles donnait lieu l'Edit, ainsi que les oppositions sans cesse réitérées, décida de l'abroger et de restituer aux provinces de droit écrit l'empire des lois romaines, ce qui fut fait par un édit d'août la même année¹⁰¹². Bouhier se fait fort d'avoir directement inspiré l'initiative du chancelier.

C'est précisément cet argument de la contrariété au droit commun qu'il reprend présentement à son compte pour rappeler le funeste destin qu'a subi l'Edit des Mères :

[XXXV.] IX. ... Sur cet Edit, j'ai fait voir combien il était opposé à l'esprit du Droit commun ; ainsi, il serait hors de doute que, s'il était encore en vigueur, il n'aurait pas lieu pour les biens situés dans les pays où son autorité n'était point reconnue, comme dans notre Bourgogne : mais, heureusement, les choses ont été rétablies, suivant nos vœux, par tout le Royaume, sur le pied du Droit écrit, par un autre Edit donné au mois d'août 1729.¹⁰¹³

Si l'exemple donné est désormais dénué de toute valeur positive, il n'est guère surprenant que Bouhier ait voulu le ranger, pour mémoire, parmi les statuts réels exorbitants du droit commun. Il faut, néanmoins, relever qu'il n'a pas hésité, avant même l'abrogation du texte, à reléguer une loi royale – certes au champ d'application limité dans l'espace, les pays de coutume n'étant pas, sauf exceptions précitées, concernés – au rang de « statut exorbitant du droit commun », pour cette seule raison qu'elle ne fut ni enregistrée, ni appliquée partout. La volonté royale d'instaurer un droit commun sur le fondement de cet Edit devait-elle réellement s'incliner devant le droit romain, au prétexte qu'il serait tenu pour droit commun du Midi du Royaume ?

e) La responsabilité des délits ou des dettes d'autrui (§ X.)

Le sixième exemple n'est autre que la reprise, et l'approfondissement, de la règle que Bouhier avait édictée, à la fin du chapitre XXXIII, à propos du règlement de police édictant une responsabilité des parents et maîtres pour les agissements délictueux de leurs enfants et domestiques¹⁰¹⁴. Il n'est, au fond, que l'occasion de rappeler que les statuts qui rendent les personnes responsables du fait d'autrui ou des dettes d'autrui, à quelques exceptions près, sont, par essence, contraires au droit romain :

[XXXV.] X. Un sixième exemple des lois exorbitantes regarde celles qui rendent les personnes

¹⁰¹² François-André ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. 21 (septembre 1715 - Janvier 1737), Paris, 1830, Edit concernant la succession des mères à leurs enfants, pp. 322-326.

¹⁰¹³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXV, n°9, p. 818.

¹⁰¹⁴ La question de la responsabilité pour autrui est abordée à trois reprises par Bouhier, au cours des *Observations* : outre au chapitre XXXV, il évoque déjà le sujet, comme il le rappelle lui-même, au chapitre XXVI (sur la « personnalité des statuts fondés sur les conventions présumées »), aux n°225-232, pp. 747-748, mais, aussi, à la fin du chapitre XXXIII sur les réalités des statuts de police, au n°17, p. 808 : sur ce dernier passage, voir, *supra*, pp. 394-396.

responsables des délits ou des dettes d'autrui, sans aucun fait de leur part. Les Docteurs¹⁰¹⁵ tiennent même que ces lois sont contre le Droit naturel, aussi bien que contre le Droit commun, et, par conséquent, qu'elles ne doivent pas être étendues hors de leur territoire. Cette doctrine est certaine, et ne reçoit de limitation que pour quelques cas, où la Loi (*romaine*) suppose que la personne est tacitement obligée à la dette d'autrui, comme au fait du père, qui souffre le fils de famille faire un négoce public, ou du mari qui permet la même chose à sa femme. Ce sont des exceptions à la règle générale, qui sont fondées sur des raisons que j'ai rapportées ailleurs^{1016, 1017}

Cette position de principe traduit sans doute les réticences que peuvent éprouver certains juristes, encore au XVIII^e siècle, à accepter pleinement le principe de la responsabilité pour fait d'autrui et la référence au droit romain ne serait qu'une justification parmi d'autres pour conforter leur opinion. Il n'en demeure pas moins que Bouhier n'est pas le seul à avoir marqué sa réprobation envers l'éventuelle extraterritorialité de cette responsabilité et d'Argentré lui-même, pourtant partisan revendiqué de la personnalité des peines, n'a pas hésité à déroger à cette idée pour conclure à l'effet réel et territorial de l'article 611 (656 n.c.) de la coutume de Bretagne de 1539, qui permet de sanctionner un père d'une amende pour le délit commis par son fils¹⁰¹⁸.

f) Les pouvoirs conférés par le Pape aux légats (§ XI).

Le septième exemple, tiré de Charles Dumoulin, est nettement d'inspiration gallicane, et, de ce gallicanisme politique et religieux qui ne saurait surprendre chez des juristes d'Ancien Régime, il en tire une règle davantage empreinte de gallicanisme juridique :

[XXXV.] XI. Un septième exemple des lois exorbitantes nous est fourni par Dumoulin¹⁰¹⁹, au sujet du plein pouvoir accordé par les Papes à leurs légats, soit pour les dispenses, les légitimations ou autres choses ; car les grâces, que ces légats accordent en conséquence, ne s'étendent point au-delà des limites de leur légation ; *quia potestas, contra Jus commune data, limitatur ad loca legationis* (« parce que la puissance qui est accordée en contrariété du Droit commun se limite aux lieux de la légation »). Sur quoi il reprend, avec raison, quelques Docteurs ultramontains, qui, pour favoriser l'autorité des légats du Pape, en avaient pensé autrement.¹⁰²⁰

La posture intransigeante qu'adopte, en l'espèce, le président Bouhier, et qui n'est pas sans

¹⁰¹⁵ Voir les interprètes, sur le titre *Ne filius pro patre vel pater pro filio emancipato vel libertus pro patrono conveniatur* (C. 4.13.) ; GIASONE DEL MAINO [Jason], *Lectura super titulo Institutionum « de actionibus »*, sur le paragraphe *Actionem* [et non *Actiones*] *autem* (l. 4.6.10.), n°67 et suivants, Lyon, 1533, folio CCCIII ; Filippo DECIO, *Commentaria in Digestum Vetus et Codicem*, Venise, 1568, sur la loi *Postumo nato* du Code (C. 6.12.2.), au n°3 (« *Statutum Florentiae quod obligat filios pro patre fallit est odiosum* »), p. 198 verso, et ses *Commentaria in Decretalium volumen perspicua*, Venise, 1676, deuxième *lectura* sur le titre *De constitutionibus* du *Liber Extra*, au canon *Canonum* du *Liber Extra* (X. 1.2.1.), au n°25, p. 6 recto, sur lesquels voyez les notes de Dumoulin ; et Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 218, glose VI, n° 18, p. 606.

¹⁰¹⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°226-232, pp. 747-748.

¹⁰¹⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXV, n°10, p. 818.

¹⁰¹⁸ Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, article 218, glose VI, n° 18 *in fine*, p. 606 : *Idem in statutum disponat patrem pro delicto filii teneri, ut hoc nostrum Art. 611. Id extra has metas et Britanniae fines locum non habebit ; intelligitur enim de delicto commisso intra territorium de quo Aret. cons. 92. Quod aliter haberet si personale esset, nam ubique ageret* (« Pareillement du statut qui dispose que le père est engagé par le délit de son fils, comme l'article 611 de notre coutume qui n'a aucun effet au delà des bornes et frontières de la Bretagne et ne se comprend qu'au regard du délit commis sur le territoire, sur quoi voir l'Arétin, *cons. 92*. Alors qu'il en irait autrement, s'il était personnel, car il serait applicable partout » : traduction Bertrand ANCEL). Sur ce passage, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, p. 214, note 7.

¹⁰¹⁹ Charles DUMOULIN, *Annotiones in Consilia Philippi Decii*, in *consilium CCVII* [et non CCVI], in *Caroli Molinaei Omnia quae extant opera ex variis librorum*, tome III, Paris, 1681, p. 778, où il cite aussi Monsieur de Chasseneuz.

¹⁰²⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXV, n°11, p. 818.

écho dans la doctrine juridique de son époque¹⁰²¹, traduit bien la défiance que suscite ceux qui sont l'émanation d'une puissance supranationale qui prétend exercer une *plenitudo potestatis*. Sont, ainsi, particulièrement sujets à suspicion les légats *a latere*, ceux-là même qui, choisis au sein du Sacré Collège, se voient conférer les « pleins pouvoirs ». Les libertés de l'Eglise gallicane exigent que leurs pouvoirs soient sévèrement encadrés et ils ne peuvent excéder les pouvoirs qui leur sont confiés par les bulles de légation et porter atteinte, non seulement à l'Eglise gallicane, mais également aux domaines qui sont exclusivement de la compétence du pouvoir temporel. En vertu de cette conception restrictive de la puissance dont les légats sont les délégataires, et parce qu'ils sont contraires à la toute-puissance de *jurisdictio* que le roi réclame sur son Eglise et sur son Royaume, la souveraineté/territorialité et son pendant, la *comitas*, se conjuguent pour dégrader les pleins pouvoirs des légats au rang de statuts exorbitants et odieux. Cette qualification ne se limite donc pas aux seules coutumes, mais elle peut très bien être étendue à d'autres actes normatifs. Il y a, malgré tout, lieu de se demander s'il peut être reproché aux pouvoirs des légats, d'ailleurs calqués sur une ancienne pratique des Empereurs romains à l'égard de l'administration de leurs provinces, d'être réellement contraire au droit romain, comme « droit commun », comme semble le leur reprocher l'auteur. Cette dernière notion connaît, semble-t-il, une élasticité que Bouhier ne lui avait, pourtant, pas accordée lorsqu'il l'avait introduite au sein de son système, comme le prouve, par ailleurs, l'existence de lois romaines « manifestement injustes ».

2) Le statut « favorable » et « exorbitant du droit commun » du chapitre XXVI des Observations : le plaidoyer en faveur de l'extraterritorialité de l'exclusion des filles dotées.

L'exemple du statut qui décide l'exclusion des filles dotées de la succession de leur père, qui a, longtemps, cristallisé tous les enjeux relatifs aux statuts favorables et odieux, est sans doute celui qui illustre le mieux la conscience que peut manifester, en certaines occasions, et contre son sentiment général, le président Bouhier, de l'existence, et de la force, d'un droit commun coutumier¹⁰²². Il en conclut même à la personnalité, et à l'extraterritorialité, d'un statut qu'il tient pour conforme à un « droit commun coutumier ancestral » et qu'il reconnaît pourtant comme étant contraire au droit écrit des pays du Midi et au droit commun coutumier tel qu'il est entendu en France depuis Dumoulin.

Or, pour ce faire, il va emprunter un détour inhabituel, en prenant le contre-pied de la doctrine dominante à ce sujet. Fervent défenseur de la « personnalité des statuts fondés sur les conventions présumées des contractants », ainsi que l'annonce le chapitre XXVI, le magistrat bourguignon prend résolument parti pour la personnalité des statuts qui prononce « l'exclusion des filles mariées des successions paternelles et maternelles », exclusion qui va à l'encontre du droit commun¹⁰²³. Sa pétition de principe est si fermement exprimée qu'elle vaut pour toutes les exclusions, quelles que soient leur origine et leur source. Ainsi, lorsque l'exclusion est fondée sur une renonciation expressément consentie par contrat de mariage, Bouhier se rallie à l'avis

¹⁰²¹ Il suffit d'en juger par les tonalités fortement gallicanes des articles contenus dans les répertoires de Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, tome 3^e, 7^e édition, Paris, 1771, v^o « Légat », pp. 86-88 (spéc. n^o10) et de Joseph GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome trente-quatrième, Paris, 1780, v^o « Légat », pp. 3-33 (article de l'abbé REMY, avocat au Parlement).

¹⁰²² Sur cet exemple, voir Hugues RICHARD, « La place du président Bouhier », *op. cit.*, pp. 113-114.

¹⁰²³ Sur l'exclusion des filles dotées dans l'Ancien droit français, et le recours aux conventions pour suppléer le droit romain, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n^o801-802, pp. 1113-1114 et n^o842-843, pp. 1154-1155.

qu'exprimait Dumoulin dans son *consilium LIII* et reprend la thèse de ce dernier selon laquelle elle « ne repose pas alors sur la seule force de la coutume, mais sur la force de l'accord dérogeant au droit local combinée à la force du droit commun »¹⁰²⁴. En revanche, lorsque l'exclusion est fondée sur une renonciation tacite « opérée par la disposition d'un grand nombre de statuts, lesquels excluent les filles de tout retour aux successions paternelles et maternelles, à moins qu'elles n'y soient rappelées », il entend, de son propre aveu, se désolidariser de la doctrine et de la jurisprudence dominantes, qui « s'accordent à regarder ces statuts comme réels ; d'où on conclut que cette exclusion légale doit être restreinte dans les limites de la loi qui la prononce, à moins que les biens paternels ou maternels ne soient situés dans une coutume conforme ». Cette prise de position n'entend pas favoriser cette manière d'exclure les filles dotées, considérée ici comme exorbitante et odieuse¹⁰²⁵.

Le président Bouhier critique ainsi Dumoulin d'avoir également pris position en faveur de la réalité des statuts, après avoir livré tous les éléments de raisonnement qui permettaient d'aboutir à la décision contraire. En effet, le magistrat bourguignon reprend volontiers à son compte la distinction prônée par l'avocat parisien entre la renonciation imposée par la coutume, qui « dispose de son plein mouvement », et la renonciation qui intervient, parce que la coutume ne « fait que suppléer à des conventions présumées des parties contractantes ». Dans le premier cas, « la coutume ne sort point de ses limites, au lieu qu'au second, elle a son exécution sur tous les biens des contractants, en quelque endroit qu'ils soient situés »¹⁰²⁶. La renonciation légale (ou statutaire) est, au fond, une mesure prise par la coutume à propos de la succession à venir et elle est, donc, régie par la règle de conflit de lois relative à la succession, c'est-à-dire à la *lex rei sitae*. Inversement, la renonciation présumée s'entend de celle où la fille a accepté la dot, abandonnant ainsi ses droits à la succession : la coutume, en l'occurrence, ne fait que tirer les conséquences de cette manifestation de volonté implicite, en l'interprétant comme une renonciation. Selon Bouhier, parce que l'assentiment à cette organisation patrimoniale est ici présumé de la part des parties, une telle renonciation a vocation à déployer ses effets partout, en quelque lieu que les biens se trouvent. *A contrario*, Dumoulin est revenu quelque peu sur l'affirmation de principe contenue dans le *consilium LIII* et a amendé son affirmation dans les *Conclusiones* en faisant état de la contrariété au droit commun¹⁰²⁷.

Est-ce que le statut qui dispose que la fille mariée et dotée doit être exclue de la succession parentale est bien un statut exorbitant du droit commun ? C'est l'un des terrains sur lesquels Bouhier entend engager la discussion. Deux arguments ressortent de son plaidoyer en faveur de la personnalité des statuts d'exclusion :

1^o Ces statuts, bien loin d'être odieux, doivent, au contraire, être réputés favorables et s'appliquer partout et en tout lieu. Ils ne sont point pris en haine de la fille dotée, mais par égard pour « l'utilité publique » et « le bien des familles », c'est-à-dire pour la conservation des biens dans les familles, comme le soutenait déjà Balde à son époque. En effet, relançant le vieux débat sur la distinction entre statuts odieux et statuts favorables, et sur le critère qui permettrait de déterminer objectivement un critère aussi subjectif, Bouhier relève ainsi que :

[XXVI.] CXCIII. On nous oppose... que le statut exclusif des filles mariées est exorbitant, et

¹⁰²⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°176-182, pp. 739-740, spéc. n°176 (traduction du *consilium LIII* par Bertrand ANCEL précitée, p. 132, note 246).

¹⁰²⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°183, p. 740.

¹⁰²⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°184, p. 740.

¹⁰²⁷ Sur la position défendue par Dumoulin dans les *Conclusiones*, voir, *supra*, pp. 133-134.

contre le droit commun. C'est cela, dit-on, qui fait la différence de ce statut, et de celui qui introduit la communauté conjugale. Ainsi, ce dernier est aussi favorable que l'autre est odieux. Il ne mérite donc pas la même faveur, ni, par conséquent, d'être étendu hors de son territoire. C'est la seule raison qu'allègue Dumoulin, et la seule aussi, ce me semble, qui ait quelque apparence de solidité.

CXCIV. Il y a pourtant de bonnes réponses à y faire. J'écarte, d'abord, la qualité d'odieux¹⁰²⁸ qu'on donne à ces statuts ; car ce qui est fondé sur l'utilité publique, et sur le bien des familles, ne doit point être traité de ce nom : or, ces statuts sont de cette nature. En effet, de grands auteurs¹⁰²⁹ ont regardé ces sortes d'exclusions comme favorables ; et il faut bien que nous en jugions ainsi, puisque nous étendons les renonciations tacites des filles aux coutumes mêmes qui n'en parlent point. D'ailleurs, les Docteurs¹⁰³⁰ nous ont donné une règle infaillible pour distinguer le statut favorable de l'odieux : c'est de considérer *an statuentes moti principaliter fuerint propter favorem, aut propter odium* (« si les législateurs se sont décidés principalement en ayant en vue la faveur ou la haine »). Au premier cas, il est favorable, et odieux au second ; or, il est évident que le statut dont il s'agit n'a point été fait par haine pour le sexe, mais seulement en faveur des mâles, et pour la conservation des biens dans les familles. Il doit donc être tenu pour favorable.¹⁰³¹

Il est loisible de constater que cette distinction dont Balde, répondant à Bartole, avait démontré qu'elle était parfaitement réversible et qu'elle ne pouvait servir de critère certain pour déterminer la territorialité ou l'extraterritorialité d'un statut, et dont on aurait pu penser qu'elle était tombée, depuis, en désuétude, semble encore en faveur dans l'argumentation juridique développée par certains juristes du XVIII^e siècle. La recherche de l'intention du législateur, si chère à Bouhier, pouvait, d'ailleurs, le conduire en ce sens. Malgré cet ultime soubresaut de la distinction entre l'odieux et le favorable, elle a, depuis longtemps, laissé place au seul statut exorbitant et odieux.

2° Ces statuts appartiennent également à la classe des statuts qui ont en vue le bien commun et qui sont conformes à un « droit commun » ancien, dont ils seraient la survivance. Par égard pour cette tradition, ils doivent être accueillis dans toutes les provinces du Royaume, y compris par les lieux de situation des biens, parce que :

[XXXV.] CLXXXV... Ces statuts exclusifs... dérivent d'un usage qui était, autrefois, en quelque manière, de Droit commun en ce Royaume, d'exiger des filles ces sortes de renonciations en les mariant, comme d'autres l'ont déjà observé¹⁰³². Ainsi, les statuts qui ont ordonné que cela aurait lieu désormais, quoiqu'il n'y en eût pas de stipulation, n'ont fait autre chose que de rendre de droit général et public ce qui était auparavant d'un usage ordinaire, mais particulier.¹⁰³³

Il y a sans doute quelque paradoxe à voir Bouhier invoquer l'autorité supposée d'un droit commun coutumier qui relèverait de la plus vénérable tradition juridique du Royaume pour justifier qu'une règle, que la majorité des juristes tient pour odieuse et exorbitante, se voie reconnaître un

¹⁰²⁸ *Addition de Jean Bouhier* : Jean de CORAS, *Miscellaneorum juris civilis libri septem*, Cologne, 1590, livre V, chapitre XIV, n°2, p. 443, et ses *Memorabilium senatus-consultorum Curiae Tolosane centuria*, Lyon, 1599, chapitre VI, pp. 25-31.

¹⁰²⁹ Voir, entres autres, Alessandro TARTAGNI (D'IMOLA), *Consilia seu Responsa Alexandri Tartagni Imolensis*, Venise, 1610, livre VII, *consilium CXXI*, n°10, p. 104 verso, et Mercurialis MERLINUS, *Tractatus de legitima*, livre III, titre I, question II, n°19 et suivants, où il en cite une infinité d'autres. Voir aussi Denis LE BRUN, *Traité des successions*, Paris, 1692, livre II, chapitre II, section II, n°17, p. 190, et Johan Ulrich VON CRAMER, *Jura de pacto hereditario renunciativo filiae nobilis*, Marburg, 1733, chapitre II, § 69, p. 47.

¹⁰³⁰ Alessandro TARTAGNI (D'IMOLA), *Consilia seu Responsa Alexandri Tartagni Imolensis*, Venise, 1610, livre VII, *consilium CXCVII*, n°2, p. 145 verso.

¹⁰³¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXVI, n°193-194, p. 742.

¹⁰³² Denis LE BRUN, *Traité des successions*, Paris, 1692, livre III, chapitre VIII, section I, n°1, pp. 507-508.

¹⁰³³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXVI, n°185, pp. 740-741.

champ d'application extraterritoriale. Reprenant son premier argument, il déduit du caractère favorable du statut que celui-ci est conforme au « droit commun du Royaume », un droit commun qui ne se résume pas au seul droit commun – démentant ce qu'il avait toujours soutenu avec insistance – mais qui peut également regrouper le droit canonique et « l'usage commun » :

[XXVI.] CXCIV. Cette réflexion sert aussi à réfuter ce qu'on dit, que l'exclusion des filles est contre le Droit commun. Un usage aussi ancien que la Nation, que nos auteurs¹⁰³⁴ regardent comme un point essentiel au bien de l'Etat, et qui est universellement reçu partout, peut bien être appelé notre Droit commun.

CXCVI. Que si, par ce nom, on veut entendre le Droit écrit, nous avons l'autorité du chapitre [canon] *Quamvis, de Pactis, in-6^o* (VI. 1.18.2.), dont la décision fut aussitôt adoptée en ce Royaume¹⁰³⁵, et qui, dès là, est devenu notre Droit commun. Non pas qu'avant cette Décrétale, l'exclusion des filles ne fût déjà usitée en France ; mais on peut dire qu'une décision reçue avec autant d'applaudissement et d'unanimité, a mis le sceau à cet usage, et qu'elle peut bien être regardée parmi nous du même œil que les lois romaines qui ne sont les nôtres que parce que nous les avons bien voulu accepter.

CXVII. D'ailleurs, il n'est pas toujours vrai que les statuts contraires au Droit commun ne puissent être étendus hors de leurs territoires. Ceux qui avancent le temps de la majorité, ou qui reculent l'âge de tester, sont constamment contraires à ce Droit. Cependant, on ne doute pas qu'ils ne soient personnels. Pourquoi cela ? Parce qu'ils déterminent la capacité ou l'incapacité des personnes. Or, il en est de même des statuts qui prononcent l'exclusion des filles mariées, comme il vient d'être dit.¹⁰³⁶

En mettant en œuvre cette casuistique complexe, qui trahit sans doute tout autant ses embarras que ses certitudes, le magistrat bourguignon est ainsi conduit à revenir sur les principes qu'il défendait haut et fort depuis le début des *Observations* et qu'il reprendra, pour les développer, dans les chapitres XXXV et XXXVI. Lui-même en convient, dans ce dernier chapitre, lorsqu'il reconnaît que cette solution particulière blesse gravement le principe d'une personnalité des statuts fondée sur la conformité au droit commun et sur l'équité :

[XXXIV.] XV. On m'opposera peut-être la résolution que j'ai faite¹⁰³⁷ de la question, si les statuts qui autorisent les renonciations, soit expresses, soit tacites, des filles aux successions paternelles et maternelles, sont personnels, ou non. Car, en me déterminant pour leur personnalité, il semble que je me sois écarté des principes que j'ai établis dans ce chapitre ; puisque ces sortes de renonciations des filles paraissent entièrement opposées aux règles du Droit commun.

XVI. Mais je crois avoir pleinement satisfait à cette objection, en faisant voir que ces renonciations étaient anciennement d'un usage presque'universel en ce Royaume ; en sorte que cet usage peut y passer pour un droit commun. Il mérite, d'ailleurs, d'autant plus d'être favorisé qu'il est regardé

¹⁰³⁴ Denis LE BRUN, *Traité des successions*, Paris, 1692, livre II, chapitre II, section II, n°17, p. 190.

¹⁰³⁵ Jean FAURE, sur la Nouvelle XVIII, chapitre I, Authentique *Novissima*, insérée au titre *De inofficioso testamento* du Code (C. 3.28.) ; Nicolas BOHIER, *Prima pars Decisiones aureae in Burdigalensi senatu discussae ac promulgatae*, Lyon, 1544, n°4 et 5, p. 21 verso ; Guy PAPE, *Decisiones Guidonis Papae*, Lyon, 1607, *quaestiones CCXXIV*, pp. 442-444, et *CCXXVI*, pp. 445-447, et, à ces endroits, les scholiastes ; Géraud de MAYNARD, *Notables et singulières questions du droit écrit*, 3^e édition, tome 2^e, Paris, 1608, livre IV, chapitre XIX, pp. 869-871 ; Claude HENRYS, *Œuvres de M. Claude Henrys, contenant son recueil d'arrêts et ses plaidoyers et harangues*, par B.-J. Bretonnier, 6^e éd., Paris 1772, tome II, livre IV, chapitre III, question II, pp. 163-167 ; Gabriel ARGOU, *Institution au droit français*, tome 2nd, Paris, 1730, livre III, chapitre XVII, pp. 178-187, et plusieurs autres.

¹⁰³⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°195-197, pp. 742-743.

¹⁰³⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXVI, n°175-202, p. 739-744.

comme avantageux à l'Etat, ainsi que je l'ai observé au même endroit, où l'on peut voir encore d'autres raisons qui tirent ce cas de la règle générale.¹⁰³⁸

L'exclusion des filles dotées est donc l'un de ces cas de figure où l'esprit de système cher à Bouhier atteint ses propres limites : en voulant à ce point défendre la personnalité et l'extraterritorialité d'un statut qu'il juge favorable à l'intérêt des familles, quand tant d'auteurs, confortés par la jurisprudence, y voient, au contraire, un statut odieux pris en haine de la fille dotée, il en vient à démentir les règles les plus fondamentales de son système et y à apporter un sévère tempérament, pour ne pas dire une franche exception. L'invocation de l'autorité de ce très ancien et « presque universel » usage du Royaume le force à revenir sur sa thèse du droit romain comme droit commun du Royaume et à se marginaliser encore davantage au sein de la doctrine juridique et, particulièrement, au sein de la doctrine statutiste. Qu'elles soient novatrices ou qu'elles soient passéistes, ses thèses ne manquent, pourtant, pas d'originalité.

En s'attachant à ébrécher le bloc monolithique de la réalité des coutumes et à promouvoir davantage la personnalité, le président Bouhier s'est évertué, tout au long de ses *Observations*, à répartir les statuts de manière plus équitable, au sein des deux classes traditionnelles selon des critères qui ne s'attachent plus à prendre l'objet, bien ou personne, pour rattachement principal, mais bien davantage la finalité du statut à travers l'intention de son auteur. D'où la dissémination des statuts en sept classes de statuts personnels et cinq classes de statuts réels, qui réagissent tous à une logique qui leur est propre. Or, paradoxalement, c'est sa volonté de rééquilibrer la pondération entre statuts réels et statuts personnels, dans son œuvre, qui a libéré l'énergie des dispositions relatives à la police. En effet, s'il n'est pas, à proprement parler, un disciple des Hollandais, son éclectisme lui interdisant de préférer une allégeance à une autre, il en a recueilli la méthode la plus emblématique de leur démarche : la classification *ab effectu*. Il a également accueilli, avec les nuances et les réserves que lui impose sa sensibilité volontiers personnaliste, les justifications qu'ils avancent de la réalité comme manifestation de la souveraineté/territorialité et de la personnalité comme force agissant au nom de l'intérêt public et s'appuyant sur les vertus de la *comitas*. Ce savant mélange entre esprit nouveau et attachement à l'ordre ancien des choses se traduit sur deux plans :

1° Bouhier parvient ainsi à ériger les lois de police et les lois de sûreté comme deux catégories autonomes de statuts réels, marquées par une réalité/territorialité, absolue ou relative, en lien avec l'intention profonde du législateur qui les a édictés. Si son approche casuistique l'empêche de mener à bien un véritable travail de catégorisation, il a, néanmoins, contribué à replacer ces deux types de lois territoriales et impératives au cœur même de la rhétorique et de la réflexion statutistes et à les lier aux considérations d'ordre public ;

2° Bouhier parvient, également, à livrer une interprétation rénovée des mécanismes les plus traditionnels de la doctrine statutiste, comme le sont les statuts prohibitifs, réels et personnels, et les statuts exorbitants. En appliquant toujours son critère de l'intention du législateur et en se projetant, avant tout, dans une perspective *ab effectu*, il discerne, dans ce genre de statuts, les éléments qui contribuent, dans un cadre essentiellement intercoutumier, et dominé par la dialectique entre droit commun et coutumes particulières, à faire émerger, tout à la fois, lois de police et exception d'ordre public. En effet, la notion de « police », qu'il évoque à plusieurs reprises dans son œuvre, y trouve toute son utilité. Dans son système, elle agit comme exception d'ordre public à l'égard des statuts personnels et extraterritoriaux ou, *a contrario*, du point de vue du droit

¹⁰³⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitre XXXVI, n°15-16, pp. 821-822.

commun, à l'égard des statuts exorbitants. Mais elle est tout autant une manifestation particulièrement impérieuse et absolue de l'ordre public, qui se matérialise à travers les statuts réels prohibitifs et les « lois » de police et de sûreté. Ainsi, au-delà des solutions mêmes défendues par le magistrat bourguignon, c'est tout un appareil méthodique de concepts, de raisonnements et d'outils intellectuels qu'il livre à la postérité. Le constat vaut, au moins aussi certainement, pour son égal Louis Boullenois, qui a, sans doute, tiré grand profit de l'œuvre de Bouhier pour parachever la sienne.

Section 2nde. Louis Boullenois : la consécration du principe de l'assujettissement de l'étranger aux lois de police et de sûreté de l'Etat.

Fort de sa longue expérience d'avocat au Parlement de Paris, et reconnu, depuis les Conférences des Avocats, auxquelles il a assisté aux côtés de Louis Froland, pour sa grande maîtrise des questions liées aux conflits de coutumes, Louis Boullenois a consacré toute sa vie à développer et à faire mûrir sa réflexion en la matière¹⁰³⁹, en enrichissant celle-ci de ses multiples lectures, des arrêts qu'il a lui-même collectés et de sa correspondance avec d'éminents juristes, comme Jean Bouhier ou le président Espiard¹⁰⁴⁰. Ce travail a donné lieu à trois ouvrages, qui retracent l'évolution de la pensée de leur auteur au fil des années :

1° Les *Questions sur les démissions de biens*, publiées à Paris en 1727, dont la sixième (et, de loin, la plus longue) est entièrement consacrée aux conflits de coutumes¹⁰⁴¹. Cet ouvrage précède, d'ailleurs, de deux ans les *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts* de Froland ;

2° Les *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, parues à Paris en 1732, et qui seraient, selon l'auteur, le fruit des Conférences des Avocats du Parlement de Paris tenues en 1729, au cours desquelles seize questions furent traitées et six autres envisagées. Ces vingt-deux questions pratiques font précisément l'objet des *Dissertations* de Boullenois ;

3° Enfin, le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, qui est la grande œuvre de Louis Boullenois et à laquelle il a consacré les dernières années de sa vie. Ce traité fit l'objet d'une édition posthume à Paris en 1766 par les bons soins du fils de l'auteur. Dans cet ouvrage, l'auteur prend appui sur le *De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum, discrepantium conflictu* de Christian Rodenburg, paru en 1653, dont il livre une traduction en français et dont il fait le commentaire, nourri d'exemples tirés de la jurisprudence des Parlements, sans se départir, pour autant, de son esprit critique. C'est donc à Boullenois, qui avait ouvert la voie à Froland et à Bouhier dès 1727, que revient ainsi l'honneur de fermer le ban et de clore, par cette œuvre majeure, la production intellectuelle des statutistes français du XVIII^e siècle.

Comme en témoigne l'architecture de ces trois ouvrages, l'approche pratique qui prédomine dans l'œuvre de Boullenois révèle l'ambition qui est la sienne de mettre à jour, par l'exposition et l'étude de questions concrètes, des principes de solution destinés à faciliter la tâche

¹⁰³⁹ Hugues RICHARD, « BOULLENOIS, Louis », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 158-159.

¹⁰⁴⁰ François-Bernard ESPIARD DE SAUX, né à Dijon en 1659 et mort à Besançon en 1743, est surtout connu pour avoir été président à mortier au Parlement de Besançon et l'annotateur du *Traité des successions* de Denis Le Brun. Correspondant du président Bouhier, il a laissé quelques ouvrages à l'état de manuscrit. Ses échanges épistolaires avec Boullenois sont rapportés dans « l'avertissement de l'éditeur » qui se trouve en tête du premier tome du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Paris, 1766, pp. X-XIV.

¹⁰⁴¹ Sur cette sixième question, voir Véronique DEMARS-SION, *La contribution de Louis Boullenois à la théorie des statuts à travers la sixième question des Démissions de biens (1727)*, Mémoire pour le D.E.A. « Structures fondamentales du Droit », Lille II, 1976.

du praticien qui s'évertuerait à démêler l'écheveau complexe que représentent les conflits de coutumes. Elle révèle tout autant sa fidélité à la tradition de l'École Française, par son attachement indéfectible à la *summa divisio* entre statuts réels et personnels, et son souhait d'infléchir l'intransigeance de certaines solutions qui demeurent marquées par le sceau de la domination du statut réel sur le statut personnel. Mais, en dépit de l'espoir qu'il place dans la monarchie absolue de parvenir à l'unification juridique du Royaume ou, le cas échéant, à l'établissement de règles de conflit uniformes pour l'ensemble des coutumes, Louis Boullenois n'en demeure pas moins désireux de se conformer à la démarche classique. Pour cela, il reprend à son compte l'appareil intellectuel de ses devanciers – italiens, français ou hollandais – pour mieux l'appliquer aux solutions qu'il préconise pour tel ou tel problème juridique. Les quarante-neuf « principes généraux sur les statuts » qui ouvrent le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* condensent ainsi l'ensemble des maximes générales qui forment, selon Boullenois, la matière des conflits et qui en constituent la quintessence¹⁰⁴².

Au fur et à mesure que se déroule son œuvre, Louis Boullenois s'avère toujours plus perméable à l'influence de l'École Hollandaise et semble incliner à donner plus de poids à la classification *ab effectu* des statuts et à la force que donne la souveraineté/territorialité aux statuts réels. D'un point de vue formel, sa construction doctrinale part toujours d'une distinction matérielle entre réalité et personnalité d'un statut, qui en distribue l'application selon que les personnes ou les biens en forment l'objet principal ou le « matériel », pour reprendre un terme qui lui est cher : en cela, il s'inscrit parfaitement dans la continuité d'une longue tradition d'où d'Argentré ne se distingue que par son exclusivisme. Mais cette approche classique ne permet pas, à elle seule, de résoudre toutes les difficultés, notamment lorsque l'objet principal du statut ne se laisse pas aisément déterminer. Elle pousse donc insensiblement Louis Boullenois à embrasser le parti de la classification *ab effectu*, méthode à laquelle il recourt, sans, d'ailleurs, jamais l'admettre ouvertement, à chaque fois que la classification matérielle le laisse dans l'embarras. Conscient, comme ses contemporains, que la classification matérielle ne suffit pas à contenir tous les statuts existants, et qu'il existe donc des statuts qui échappent à ladite classification (soit en n'étant ni réel, ni personnel, soit en étant à la fois réel et personnel), l'avocat parisien s'estime néanmoins tenu de respecter les catégories de statuts développées par ses aînés. C'est pour cette raison qu'il s'efforce de faire rentrer, au prix d'artifices spécieux s'il le faut, toutes les questions de droit dans l'une ou l'autre de ces catégories. C'est pour cette raison encore qu'il injecte, de nouveau, dans sa classification, l'idée d'un « statut mixte » qui, parce qu'il contient une double dimension réelle et personnelle, doit se voir accorder, à la fois, une portée territoriale et une extension extraterritoriale. C'est pour cette raison, enfin, qu'il s'affranchit périodiquement de la dichotomie entre statuts réels et statuts personnels pour examiner certaines questions en fonction de la nature du rapport du droit, délaissant ainsi occasionnellement l'exclusivisme que postulaient ses affirmations statutistes.

Mais l'évolution la plus sensible qui se manifeste dans la pensée de Louis Boullenois reste sa conversion à la classification *ab effectu* mise en lumière par les écrits des Hollandais et la confusion qu'il entretient, comme nombre d'auteurs en la matière, entre l'objet et l'effet (la portée dans l'espace) des statuts. L'identification faite en son temps par Bertrand d'Argentré entre la *res* et son assise au sol a sans doute contribué à entretenir, en doctrine et en jurisprudence, la force du principe de réalité/territorialité, mais son apport le plus essentiel est d'avoir su mettre en

¹⁰⁴² Sur ces « principes généraux », voir Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, Paris, 1766, pp. 1-11, repris par Bertrand ANCEL, *Eléments*, *op. cit.*, pp. 407-413.

perspective les implications publicistes qu'un tel principe contenait en creux. Les Hollandais ont su reprendre à leur compte les accents souverainistes de d'Argentré et de Bourgoigne pour échafauder la théorie de la souveraineté/territorialité et son facteur d'assouplissement que représente la *comitas*. Boullenois, qui se place sous l'égide de Rodenburg (qu'il traduit et commente), mais qui porte également une grande estime aux travaux de Paul Voet, ne demeure pas insensible à l'attrait que leur nouveauté exerce sur la doctrine du conflit de coutumes au XVIII^e siècle. Déjà présente dans la sixième question des *Démissions de biens* et dans les *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, cette influence hollandaise transparait sous une lumière plus forte encore dans le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*. Certains des « principes généraux » qui en servent d'introduction, mais encore la XI^e observation consacrée aux lois de police et aux lois pénales en constituent, à cet égard, une belle illustration.

L'œuvre de Louis Boullenois se trouve à la croisée de plusieurs courants de pensée qui marquent profondément l'auteur et qui le conduisent à trouver un équilibre plus ou moins heureux entre des concepts et des solutions qui ne sont pas toujours aisés à concilier. La question des lois d'application impérative démontre qu'il sait être, selon l'inspiration qu'il privilégie, ouvert à l'esprit nouveau qu'insuffle la souveraineté refondée selon les principes hollandais et respectueux des principes qui ont nourri la tradition française en matière de conflits de coutumes. La souveraineté/territorialité le conduit ainsi à postuler, dans ses « Principes généraux », la soumission du ressortissant étranger aux lois concernant la police et la sûreté de l'Etat et à développer, non sans d'ailleurs quelque timidité, les virtualités d'un tel postulat au travers de la XI^e observation de son *Traité* (1.). Par contraste avec cette innovation, la fidélité de Boullenois envers l'Ecole Française se manifeste sur un plan différent : l'économie générale des conflits de coutumes qu'il tente de mettre en place montre qu'il sait leur appliquer, le cas échéant, les notions de « statut prohibitif » et de « statut exorbitant » (2.), toutes deux héritées du vocabulaire des Bartolistes, à chaque fois qu'il entend caractériser les différents mécanismes de refoulement de la norme étrangère à l'extérieur du détroit de la coutume locale.

§ 1. La souveraineté/territorialité chez Louis Boullenois : la soumission de l'étranger aux lois concernant la police et la sûreté de l'Etat.

S'il n'est pas, et de loin, un manifeste d'adhésion aux préceptes de l'Ecole Hollandaise et s'il garde l'empreinte de la tradition française des conflits de coutumes, le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* témoigne, dans sa structure mais également dans son contenu, de la sensibilité accrue de Louis Boullenois envers les thèses souverainistes et territorialistes développées par Rodenburg et par les deux Voet. Les travaux des juristes ultrajectins ont déteint sur sa vision des notions de territorialité et de réalité et l'ont convaincu d'accorder une place à l'idée de souveraineté et d'intégrer l'approche *ab effectu* au système de résolution des conflits qu'il tente de mettre en place. Davantage que des Voet, c'est du patronage de Christian Rodenburg dont Boullenois se réclame, sans doute parce qu'il juge celui-ci plus modéré et plus fidèle à l'esprit de la classification matérielle qui doit distinguer statuts réels et statuts personnels. Il prend naturellement appui sur Rodenburg, et sur la traduction qu'il en donne, pour livrer son commentaire chapitre après chapitre, en apportant ses vues personnelles et nourrissant ces dernières de ses lectures et de la jurisprudence française, sous forme d'observations. Ces observations sont ramassées et réunies dans les « principes généraux » qui chapeautent le *Traité de la personnalité* et lui servent d'introduction.

Des travaux des Hollandais, et particulièrement du chapitre III du titre I^{er} du *De jure quod*

oritur ex statutorum conflictu de Rodenburg, l'avocat parisien retire la conviction que la territorialité des lois ou coutumes se confond désormais, de la manière la plus absolue, avec la souveraineté du législateur et qu'un statut réel est, de droit, strictement et invinciblement confiné au territoire qui borne cette souveraineté. Mais, prolongeant l'effort de réflexion, il dépasse le cadre de la dichotomie entre réalité et personnalité et envisage également, dès les « principes généraux » de son *Traité*, tous les cas où une loi ou une coutume est souveraine et s'impose aux étrangers qui sont présents sur son territoire (A.). Les « principes » relatifs à cette question de la souveraineté renvoient à la XI^e observation, où il tente d'illustrer la territorialité des lois de police et des lois pénales par des exemples concrets (B.).

A. Les « principes généraux » dans le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*.

Les quarante-neuf principes généraux qui introduisent le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* ont pour objet de condenser et résumer, le plus souvent sous forme de maximes, la doctrine de Louis Boullenois en matière de conflits de lois dans son dernier état d'achèvement et de renvoyer aux observations correspondantes, qui en développeront et étayeront le contenu. Les affirmations contenues dans les premiers principes démontrent que l'avocat parisien avait pleinement conscience de traiter une matière qui ne se limitait plus désormais aux conflits de coutumes qui lui étaient si familiers, mais également aux conflits de lois pleinement indépendantes, comme autant de produits normatifs fécondés par des Etats souverains. S'il prend la forme d'un plaidoyer vibrant pour l'absolutisme monarchique, le premier principe porte, d'abord et avant tout, sur la délimitation dans l'espace de la loi, dont l'empire n'est borné que par les limites que connaît la souveraineté elle-même :

PREMIER PRINCIPE – Celui, ou ceux qui ont la souveraine autorité, ont seuls droit de faire des lois et ces lois doivent être exécutées dans tous les endroits de la souveraineté, où elles sont connues en la manière prescrite.

Cette maxime est aussi ancienne que le monde ; et, comme, en France, toute l'autorité est concentrée dans le Roi, la maxime est que le Roi seul peut faire des ordonnances et des lois dans le Royaume : *Solus Rex facit constitutiones, sive leges in Regno Franciae (Styl. Parlam. 4 part. 12^{um} priv.)*.¹⁰⁴³

En se démarquant de la nostalgie qu'affichait Jean Bouhier envers la primauté du droit romain, Boullenois rejoint la posture adoptée par un Jean Voet et participe ainsi au mouvement de déclasserement du *jus commune* induit par la souveraineté/territorialité. De la sorte, il devient le premier auteur français à inscrire dans l'ordre de la théorie la dimension internationale qui s'attache au conflit de lois, au-delà de sa dimension traditionnellement intercoutumière. Dans la perspective qui est la sienne, et qui est celle d'un juriste gallican, la territorialité de la loi nationale sert d'emblème à la mainmise exclusive qu'entend exercer la souveraineté étatique sur les rapports de droit qui naissent sur son territoire.

Les principes suivants ne sont, au fond, que les déclinaisons et les approfondissements de ce principe premier. Les lois du souverain ont nécessairement cette dimension personnelle qui

¹⁰⁴³ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, « Principes généraux », premier principe, p. 2. La citation en latin (« Le Roi seul peut prendre des constitutions ou des lois dans le Royaume de France ») renvoie explicitement à la quatrième partie du *Stylus antiquus Parlamenti Parisiensis* annoté par Charles Dumoulin, partie établie par Jean Ferrault et qui est relative aux privilèges propres au Roi de France : le douzième privilège porte précisément le titre repris par Boullenois (voir Charles DUMOULIN, *Caroli Molinaei Omnia quae extant opera ex variis librorum*, tome 2^{ème}, Paris, 1681, p. 547).

contraint ses sujets à y obéir, mais le champ d'extension desdites lois comprend également une double dimension territoriale et extraterritoriale qui est évoquée directement par les principes quatrième, cinquième et sixième :

QUATRIEME PRINCIPE – Le Souverain a aussi droit de faire des lois qui assujettissent les étrangers en plusieurs cas. 1° Par rapport aux biens, s'ils en possèdent dans l'étendue de sa souveraineté. 2° Par rapport aux formalités des contrats, s'ils en passent sur ses terres. 3° Par rapport aux actes judiciaires, s'ils plaident devant ses juges. *Observ. 11.*

CINQUIEME PRINCIPE – Le Souverain a droit encore de faire des lois pour les étrangers qui ne font même que passer dans ses Etats ; mais ce sont communément de simples lois de police faites pour le bon ordre et ces lois sont, ou perpétuelles, ou faites seulement pour certaines occurrences particulières. *Ibid.*

SIXIEME PRINCIPE – De droit étroit, toutes les lois que fait un Souverain n'ont force et autorité que dans l'étendue de sa domination ; mais la nécessité du bien public et général des Nations a admis quelques exceptions dans ce qui regarde le commerce civil. C'est ainsi que la majorité et la minorité du domicile ont lieu partout, même pour les biens situés ailleurs. *Observ. 10, 12 et 46.*¹⁰⁴⁴

Les quatrième et cinquième principes ne sauraient être dissociés, car c'est de leur combinaison que ressortent les lignes directrices de la doctrine de Louis Boullenois en matière de lois de police. Ces deux axiomes¹⁰⁴⁵ ont pour finalité de postuler l'assujettissement des étrangers aux lois de l'Etat, soit qu'ils participent au commerce juridique ayant cours dans ce dernier (quatrième principe), soit qu'ils n'y soient de passage (cinquième principe). Ils ne sont que les traductions concrètes d'un principe supérieur selon lequel, « de droit étroit, toutes les lois, que fait un souverain, n'ont force et autorité que dans l'étendue de sa domination », ainsi que le rappelle le sixième principe (qui traite de l'extraterritorialité de la loi du souverain au bénéfice de ses ressortissants et, notamment, du statut personnel) et ainsi que l'affirmaient déjà Paul et Jean Voet. La formulation de cette dernière règle et son enracinement dans le « droit étroit » rappellent, directement et ouvertement, le *strictum jus* ou le *summum jus* que mettaient en avant les deux jurisconsultes ultrajectins pour justifier leurs positions souverainistes et territorialistes. Le cinquième principe est, en soi, une consécration d'une norme à laquelle avait déjà fait allusion, brièvement et incidemment, Louis Boullenois en 1732, dans ses *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, en des termes guère éloignés de ceux repris dans son œuvre postérieure :

Or, comment concevoir qu'un homme qui arrive dans un lieu, qui n'y est que pour autant de temps que ses affaires qui l'y conduisent pourront l'exiger de lui, reçoive à l'instant dans sa personne l'impression d'une loi qu'il ne connaît pas, et qui, comme étrangère, n'a nullement été faite pour lui ?

On ne parle pas de ces lois de police, faites pour le bon ordre d'un Etat, d'une Nation, d'une province ; il importe, à cet égard, que tout homme, le voyageur, le passant, comme celui qui réside dans le lieu, soit assujetti à ces lois générales d'économie politique, et la justice naturelle qui forme le droit des gens accorde en ce cas un temps raisonnable pour s'en instruire.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁴ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, « Principes généraux », quatrième, cinquième et sixième principes, pp. 3-4.

¹⁰⁴⁵ Le choix d'une telle formulation axiomatique semble indiquer que les *Quatre livres du Droit Public* de Jean Domat ont exercé une forte influence sur la démarche de Boullenois.

¹⁰⁴⁶ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, première question, pp. 3-4. Les lois de police sont, en l'espèce, distinguées des lois qui forment l'état et la condition d'une personne.

S'il est fort possible que la lecture du chapitre XXXIII des *Observations sur la coutume de Bourgogne* de Bouhier ait inspiré à Boullenois le sentiment qu'il était nécessaire de faire une place à cette classe particulière de lois relatives au « bon ordre », les quatrième et cinquième principes généraux du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* ont, avant tout, l'immense mérite de forger définitivement une expression – celle de « lois de police » – promise à un long avenir. Par là-même, il contribue à insérer expressément cette notion dans un environnement qui est celui du conflit de lois et non plus sous couvert de la réalité d'un statut, comme s'y évertuait encore Bouhier. En effet, en érigeant les « lois de police » en catégorie à part, il leur confère une pleine autonomie conceptuelle, en les rangeant à côté des autres classes de lois qui assujettissent les étrangers, comme les statuts réels immobiliers et les formalités des actes. Il ne raisonne donc plus uniquement en termes de théorie des statuts : il sort délibérément du cadre de la division bipartite et reconnaît l'existence de lois d'application territoriale qui ne rentrent pas dans un tel cadre. Or, l'innovation qu'apporte le cinquième principe est que le nombre des étrangers visés par cette nouvelle catégorie doit être entendu plus largement que celui des forains qui sont soumis à la loi du souverain à raison des biens possédés ou des actes passés sur les terres de ce dernier. Comme le précise Boullenois dans une règle spéciale, les lois de police s'assujettissent également le simple étranger de passage et non plus seulement celui qui, par sa résidence en France, se trouverait soumis aux règles de conflits de coutumes traditionnelles que sont la *lex rei sitae* ou la *lex loci actus*, évoquées par le quatrième principe.

Il est entendu que ces lois sont le fait du « Souverain » et relèvent d'une prérogative qui lui est réservée. Dès le premier principe, Boullenois a précisé le lien indissoluble et indéfectible qui existe entre la souveraineté et la monarchie. Le Roi de France, et, par extension, les organes qui émanent de son pouvoir sont donc la source même de ces lois de police et c'est pourquoi l'étranger au Royaume se voit étendre leurs dispositions par le simple fait de sa présence sur le territoire. Là où « la nécessité du bien public et général des Nations a admis quelques exceptions dans ce qui regarde le commerce civil », selon une formule dont l'économie évoque irrésistiblement la *comitas* et même la *comitas gentium*¹⁰⁴⁷, le « bon ordre » public commande d'envelopper régnicoles et ressortissants étrangers dans une même réglementation de police et, ainsi que l'explicitera Boullenois dans sa XI^e observation, de « sûreté ». Mais l'articulation axiomatique du discours de Boullenois offre la possibilité d'extrapoler le cinquième principe à l'ensemble des Nations civilisées et à l'ensemble des souverains qui les incarnent. Comme le relevaient déjà les deux Voet et Huber, le pouvoir dont dispose le législateur souverain en matière de conflits de statuts ou de lois est partagé par ses égaux et la réciprocité est une des implications essentielles du système de conflit qui repose sur la souveraineté/territorialité.

A travers ces différents axiomes, et, particulièrement, les quatrième et cinquième principes, l'apport de Louis Boullenois à la théorie des lois de police s'avère, à bien des égards, décisif : en

¹⁰⁴⁷ Sur la *comitas* des Voet, voir, *supra*, pp. 249-293 ; sur la *comitas gentium* de Huber, voir, *supra*, pp. 293-323.

A la différence de Bouhier, Boullenois a pu accéder – sur le tard – à une partie de l'œuvre de Huber, qu'il mentionne, à plusieurs reprises, dans son *Traité*, alors que le juriste frison était entièrement absent dans ses ouvrages antérieurs. Quand il fait appel à l'autorité de Ulrich Huber, il se réfère toujours – et uniquement – au fameux chapitre du *De jure civitatis* qui est relatif aux conflits de lois (livre III, section IV, chapitre I^{er}), même si les références qu'il donne laissent planer un doute sur l'édition qu'il a pu utiliser... Ainsi, consacrant sa dixième observation au commentaire du chapitre III du titre I^{er} du traité de Rodenburg, il revient sur le sixième principe exposé en introduction de son ouvrage et développe, à cette occasion, l'idée de courtoisie internationale. A cette occasion, il renvoie nommément au chapitre de Huber, dont il condense les paragraphes 14 (troisième axiome) et 31 *in fine* (voir note précédente). Voir Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, dixième observation, p. 155.

détachant ce rameau de la branche des statuts réels et en le plaçant sur un pied d'égalité avec la classification bipartite des statuts, il manifeste la prise de conscience progressive, et encore timide, de la doctrine française, au XVIII^e siècle, que tout système de conflits de lois doit dorénavant, conformément aux préceptes de la souveraineté/territorialité, composer avec l'existence de ces dispositions internationalement impératives. Ce n'est pas le moindre mérite de Boullenois que d'avoir fait en sorte que les « lois de police » n'avancent plus masquées, comme c'était le cas jusqu'alors, mais qu'elles s'affichent désormais à visage découvert.

B. La XI^e observation du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* : l'assujettissement à la « police » du juge.

Le cinquième principe général du *Traité* n'ambitionne pas de livrer une définition matérielle des lois de police, mais entend juste servir à leur affirmation théorique, laissant à la XI^e observation le soin d'approfondir la question. Il est remarquable que Boullenois n'ait jamais ressenti le besoin de se lier par une définition trop abstraite et de cerner les contours d'une catégorie dont il devinait l'importance qu'elle revêtait dans le cadre d'une classification des lois *ab effectu*, mais qui demeurait, en tout état de cause, en dehors de la division reine. Or, c'est bien cette distinction entre statuts réels et statuts personnels qui concentre l'essentiel de ses efforts et qui est au cœur d'un ouvrage qui la consacre jusque dans son titre.

L'absence d'approfondissement théorique, au profit d'une démarche beaucoup plus pragmatique, n'est pas pour étonner. Dans la logique qui est celle de l'auteur dès les « principes généraux » de son *Traité*, il ne revient pas au juriste qu'il est d'énoncer les normes, et les types de normes, qui ont vocation à accéder à cette catégorie de « lois de police », mais c'est au Souverain de chaque Etat lui-même, et à ses agents, de déterminer les règles qui sont destinées à contraindre, dans une même sujétion, les régnicoles et les étrangers. C'est la raison pour laquelle la XI^e observation s'attarde davantage à illustrer le cinquième principe général qu'à en étayer les fondements. D'un point de vue formel, son ordonnancement manifeste un saisissant contraste avec les « principes généraux » : en effet, délaissant les énoncés théoriques, Boullenois y adopte une approche exclusivement casuistique, dans la mesure où il appartient à chacun de discerner, au milieu des exemples pratiques destinés à les mettre en lumière, les enseignements que l'auteur en retire. D'un point de vue matériel, sa démarche n'a d'autre intention que celle de démontrer que le fondement de l'assujettissement d'un étranger aux lois de l'Etat dans lequel il se trouve repose entièrement sur le « bon ordre » public, contre lequel aucun agissement ne saurait demeurer impuni.

La XI^e observation est l'une des observations que Boullenois consacre au chapitre III du titre I^{er} du *De jure quod oritur ex statutorum conflictu* de Rodenburg, dans lequel celui-ci, envisageant la question de l'effet territorial ou extraterritorial d'un statut, érige, dans les paragraphes I à III, en principe absolu la souveraineté territoriale des statuts qui, pour cette raison même, assujettissent aussi bien les ressortissants locaux que les étrangers. Le jurisconsulte ultrajectin étend même, au nom d'une souveraineté conçue, cette fois-ci, de manière personnelle, l'empire de la loi locale aux citoyens qui se trouvent à l'étranger, en prenant l'exemple d'un statut pénal prohibitif de la ville d'Amersfoort¹⁰⁴⁸. Ce sont ces trois paragraphes que Boullenois se propose, précisément, de

¹⁰⁴⁸ Sur ce chapitre III du titre I^{er} de *De jure quod oritur ex statutorum conflictu*, voir Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre premier, chapitre troisième, in Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 146-147.

commenter¹⁰⁴⁹. Après avoir exposé et discuté la défense générale d'enfreindre les « règlements de police », motivée par l'ordre public, qui correspond aux lois de police territoriales (1.), il aborde plus longuement la question, complexe et controversée, du pouvoir que le Souverain détient ou non d'interdire certains agissements à ses ressortissants lorsqu'ils se transportent à l'étranger, c'est-à-dire la question de lois de police personnelles ou extraterritoriales (2.).

1) La défense générale d'enfreindre les « règlements de police » : les lois de police territoriales et extraterritoriales.

C'est l'ordre public, dont le Souverain est le garant, qui constitue la trame autour de laquelle se croisent les différentes réflexions émises par Louis Boullenois en matière de police. Conformément à la démarche qui va être la sienne tout au long de cette observation, c'est en partant d'une règle de principe très générale qu'il énonce d'entrée (a) que l'avocat parisien va, ensuite, établir la soumission de l'étranger à l'égard de la loi de l'Etat dans lequel il se trouve, ne serait-ce que de passage. Il va, pour ce faire, prendre appui sur l'un des exemples les plus classiques qui se puisse concevoir : la loi de police réelle et territoriale que constitue l'interdiction d'exporter les grains (b). Un principe aussi assuré n'appelle pas nécessairement, dans son esprit, de longs développements. Ainsi, mettant ses pas dans celui de ses devanciers, il ne prétend nullement innover, mais juste rappeler les enseignements qu'une longue tradition lui a apportés.

a) Le principe : la soumission de l'étranger aux lois particulières du territoire.

Au moment de devoir apporter, dans sa XI^e observation, quelque substance à un principe général si novateur pour la doctrine du conflit de lois, Louis Boullenois rétracte son ambition initiale et s'en remet, avec une prudence extrême qui dissimule peut-être un certain embarras, à l'autorité de la tradition. Cette déférence est l'occasion pour lui de renouer avec des raisonnements que n'auraient pas renié ses prédécesseurs médiévaux et qui s'inscrivent dans la continuité des enseignements de la doctrine canonique classique :

Il est certain qu'un juge, s'il exerce sur tout une autorité indépendante, peut établir dans l'étendue de sa juridiction telle police qu'il estime à propos, et le sujet est obligé d'obéir, parce que la première loi de chaque société est d'obéir à ceux qui ont droit de commander : *generale quippe pactum est societatis humanae, obedire Regibus suis. S. August. Lib. 3, cap. 8 Confess.* (« Le pacte fondamental de la société humaine est assurément l'obéissance aux rois », Saint Augustin, *Confessions*, livre III, chapitre VIII).

Il est même certains règlements qui doivent être observés par ceux qui ne séjournent qu'en passant. *Cum Romam venio, jejuno sabbato ; cum hic sum, non jejuno* (« quand je suis à Rome, je jeûne le samedi ; quand je suis ici, je ne jeûne pas »), disait Saint Ambroise à Saint Augustin, suivant que ce dernier le témoigne, *Ep. 54, alias 118 ad Januar.* (Saint Augustin à Januarius, *épistola LIV, caput II*).¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, en guise d'introduction à sa onzième observation, p. 157, résume ces paragraphes ainsi : « Rodenburgh dit ici que le juge peut défendre à ses justiciables de faire certaines choses hors de son territoire ; mais que ces défenses ne peuvent pas s'étendre jusqu'aux contrats, que les justiciables pourraient passer avec des étrangers hors l'étendue de la juridiction ». Toute la question va être de déterminer de savoir quelles sont ces personnes qui sont soumises à la *jurisdictio* en question, étant entendu qu'il faut entendre ce dernier terme dans son sens historique et non dans le sens restreint que la traduction française pourrait évoquer à l'esprit du lecteur moderne.

¹⁰⁵⁰ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, onzième observation, p. 157. La graphie et la syntaxe des citations de Boullenois ont été modernisées pour faciliter le confort de lecture.

La double référence augustinienne pour fonder la règle évoque invinciblement la doctrine de la soumission absolue de l'étranger à la loi particulière du territoire, telle que l'a formulée le Décret de Gratien, à partir de trois textes de Saint Augustin, sous la forme des canons *Quisquis*, *Quae contra* et *Illa*¹⁰⁵¹. La citation que rapporte Boullenois des *Confessions* renvoie précisément au même chapitre que celui qui contient le canon *Quisquis* ; celle qu'il donne de l'épître à Januarius n'est simplement qu'un extrait de ce qui est devenu, par la suite, le canon *Quae contra* dans le Décret¹⁰⁵². S'il peut sembler surprenant, au premier abord, de voir un juriste du XVIII^e siècle remonter jusqu'à Saint Augustin lui-même, cela tient sans doute au fait qu'il ne songe pas un instant à trouver des exemples de « lois de police » au sein même de la théorie des statuts. En effet, sa volonté de traiter la question en dehors de toute considération tenant aux statuts réels et personnels le conduit à chercher à d'autres sources – comme les sources canoniques – ce que la doctrine statutiste antérieure ne semble pas pouvoir lui offrir.

Le lien avec l'ordre public se présente de la même manière. Après avoir mis en doute l'obligation pour un étranger de se conformer aux pratiques religieuses (ainsi, de l'abstinence) qui ont cours dans un pays dont il ne partage pas les croyances ou même les « dévotions particulières », Boullenois conclut en ces termes :

... J'estimerai sans difficulté que l'étranger y serait assujetti, s'il y avait autrement du scandale, ou que l'ordre public en fut troublé¹⁰⁵³.

Conformément à une dialectique désormais éprouvée, et pour reprendre les termes que lui-même utilise dans ces différents extraits, Louis Boullenois admet que l'étranger puisse échapper au « règlement de police » du lieu, édicté par le « juge », sous l'expresse et décisive réserve, toutefois, de ne déranger en rien « l'ordre public » qui y a cours. En effet, le juge, dans un tel contexte, désigne l'autorité qui est investie du pouvoir de *jurisdictio*, c'est-à-dire de ce pouvoir de dire le droit et de juger qui s'étend dans des limites déterminées qui sont celles du territoire soumis à son autorité. Ce juge-administrateur renvoie donc à la figure traditionnelle du législateur. Les règles tendant au maintien de l'ordre public sont celles, pour qui raisonne dans la continuité de la tradition canonique, auxquelles il ne saurait être question d'opposer le principe de l'exemption de l'application de la loi locale. Ce privilège traditionnel ne peut même pas être objecté par l'étranger qui est simplement de passage sur le territoire : par la fermeté de ses principes, la souveraineté/territorialité ne s'embarrasse pas de nuances au moment d'envisager ses applications.

C'est en cela qu'il importe de garder à l'esprit l'axiome véhiculé par le cinquième principe et de se rappeler que, aux yeux de Boullenois, le détenteur de la *jurisdictio* est avant tout le Souverain, ou tout agent directement émané de sa puissance. Ce qu'une autorité locale ou provinciale, laïque ou ecclésiastique¹⁰⁵⁴, est habilitée à faire, l'autorité vraiment souveraine – ainsi du monarque au sein

¹⁰⁵¹ Sur la doctrine de la soumission absolue de l'étranger à la loi particulière du territoire et le rôle qu'ont pu y jouer les écrits augustinien, par l'intermédiaire du Décret, voir, *supra*, pp. 8-14.

¹⁰⁵² Sur ces deux canons, voir, *supra*, pp. 8-11.

¹⁰⁵³ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, onzième observation, pp. 157-158. A l'appui de son opinion, l'auteur cite la première épître aux Corinthiens, chapitre 10, n°29, et l'épître aux Romains, chapitre 14, n°15, ainsi que le *De matrimonio* de Tomás SANCHEZ, livre III, *disputatio* 18. Sur la notion de « scandale », en rapport avec la doctrine de la soumission absolue de l'étranger à la loi particulière du territoire, voir, *supra*, pp. 8-11, sur le canon *Quae contra*.

¹⁰⁵⁴ A cet égard, il convient de citer l'exemple par lequel Boullenois conclut son exposé du principe (*eod. loc.* p. 158), et qui est directement tiré du premier tome des *Consultations canoniques sur les sacrements* de Jean-Pierre Gibert : dans la consultation LXVIII (et non « 78 » comme il le rapporte erronément), le canoniste traite de la question de savoir « si

du Royaume de France – est, *a fortiori*, en pouvoir de le faire. La formulation du principe directeur de la XI^e observation, derrière sa facture des plus classiques, ne doit jamais être interprétée autrement qu'à la lumière de l'esprit général du *Traité*.

b) La loi de police réelle : l'interdiction d'exporter les grains.

Le principe directeur de la XI^e observation montre à l'envisage que le lien avec le territoire est essentiel à la théorie des lois de police et que la présence ou l'absence du destinataire de la loi sur le territoire constitue le critère important, à défaut d'être unique, de la doctrine de Louis Boullenois. La logique à l'œuvre est bien, quoique l'auteur ne le dise jamais explicitement, celle d'une classification *ab effectu* qui prête bien davantage attention à la portée dans l'espèce qu'au contenu proprement matériel de la disposition en cause. Il suffit, pour s'en convaincre, de porter l'examen sur l'une des plus fameuses et des plus anciennes lois de police, celle qui manifeste au plus haut point le souci d'assurer la police des sols à des fins d'ordre public : l'interdiction d'exporter les grains :

Il est encore des règlements qui doivent être observés par ceux mêmes qui ne sont ni domiciliés, ni simplement passants.

C'est ainsi qu'Antonius Faber [*Antoine Favre*], *C. lib. 1^o, tit. 5, defin. 2, pag. 68*, dit qu'un Souverain peut défendre le transport des bleds hors de son Royaume, et que cette défense regarde même les étrangers, principalement quand ils ont des terres dans l'étendue du Royaume, parce que *edicti verba in rem, non in personam concepta sunt, demonstratis nimirum possidentium personis. Nemo dubitat quin Legislatori cuiuslibet liceat pro arbitrio, et quam vult Legem dicere omnibus qui in territorio suo praedia possident, nempe ratione fructuum ex iis praediis collectorum aut colligendorum. Quod si edictum in personam conceptum proponeretur, non alios procul dubio comprehenderet quam subditos, ni forensium quoque mentio expressim facta esset*¹⁰⁵⁵.

Gaïll [*Andreas von Gail*], en son traité de *Arrestis*, décide la même chose. *An autem Dominus territorii (possit) etiam forensibus ratione bonorum in territorio suo sitorum aliquid oneris imponere, ut videlicet simul cum aliis subditis conferant pro militari subsidio, vel extruendis propugnaculis, etc. et quatenus hoc facere recusent, bona eorum arrestare. Distinguendum est*, dit cet auteur, *utrum forensibus hoc onus imponatur, ut patrimoniale munus, et tunc per aes et libram una cum aliis impositum onus sustinere debent et praestare obligabuntur*.

Il est vrai que cet auteur prétend que, *si onus illud imponeretur ut munus personale, dominum hoc de jure facere non posse*¹⁰⁵⁶ ; mais j'estime que Faber a mieux décidé, et plus conformément aux principes de

les prêtres qui, pour se conformer aux ordonnances du diocèse, ont juré de ne porter jamais, ni habit court, ni perruque, sous peine d'encourir la suspense par le seul fait, vont en habit court et portent perruque hors leur diocèse, violent leur serment et encourent la suspense ». Boullenois se contente de rapporter la solution à laquelle aboutit Gibert après une argumentation *pro et contra*, à savoir que l'évêque n'a jamais entendu prendre de disposition que dans les limites de son diocèse, où son pouvoir est borné, et qu'il n'a pas à entreprendre sur la juridiction d'autrui (Jean-Pierre GIBERT, *Consultations canoniques sur les sacrements*, Paris, 2^e édition, 1750, tome 1^{er}, consultation LXVIII, pp. 461-467). La territorialité de l'ordonnance diocésaine ne fait donc aucun doute.

¹⁰⁵⁵ Antoine FAVRE, *Codex Fabriani definitionum forensium et rerum in Sacro Sabadiae Senatu tractarum*, Leipzig, 1706, livre 1^{er}, titre V, II^e définition, p. 68 : « Les termes de l'Édit sont conçus en considération de la chose, et non de la personne, les personnes des propriétaires y étant clairement désignées. Nul ne doute qu'il est permis à tout Législateur de disposer à son gré et de dicter la loi qu'il lui plaît à tous ceux qui possèdent un fonds en son territoire, notamment en raison des revenus qu'ils recueillent et amassent de ces fonds. Si un édit *in personam* était envisagé, il est hors de doute qu'il ne viserait nul autre que les sujets, sauf à faire mention expresse des étrangers ». Sur Antoine Favre, voir Bernard BARBICHE, « FAVRE, Antoine », *Dictionnaire historique des juristes français, XIIe-XXe siècle, op. cit.*, pp. 419-420.

¹⁰⁵⁶ Andreas VON GAIL, *Tractatus de Arrestis, sive manuum injectionibus et impedimentis*, Cologne, 1599, I, cap. X, n^o6, p. 79 : « Le souverain d'un territoire peut-il imposer des charges aux étrangers en raison de leurs biens situés en son territoire, afin que, ensemble avec les autres sujets, ils contribuent à la protection militaire, ou à la construction des remparts, etc., et s'ils refusent de le faire, peut-il saisir leurs biens ? Il faut distinguer si cette charge est imposée aux étrangers comme charge patrimoniale : alors, dans ce cas, ils doivent supporter la taxe qui leur est imposée ensemble avec les autres en

l'autorité souveraine, lorsqu'il dit que le Prince le peut. *Dummodo forensium expressa mentio facta sit* (« Pourvu qu'il soit fait expressément mention des étrangers »), parce qu'un homme qui a des biens dans une domination étrangère, et qui en jouit sous la protection du Souverain, *subditus improprie dicitur* (« est improprement déclaré sujet »).

Le Prince peut donc ordonner ce qu'il estime convenable pour le bien de ses Etats, permettre ou défendre, et punir les contrevenants, même étrangers.¹⁰⁵⁷

La conclusion à laquelle parvient Boullenois ne fait, en somme, que s'inscrire dans une longue tradition qui remonte au statutisme médiéval et que des jurisconsultes du XVI^e siècle, tels le Savoyard Antoine Favre et le Colonnais Andreas von Gail, n'ont fait que perpétuer¹⁰⁵⁸. Il adopte ainsi les vues du premier, qui, en plaidant pour la réalité du statut, a, selon lui, décidé « plus conformément aux principes de l'autorité souveraine » en favorisant l'extension du pouvoir de celle-ci aux étrangers pour les biens qu'ils y possèdent. Toutefois, cette règle est assortie elle-même d'un tempérament : tout acte du souverain, lorsqu'il est motivé par des impératifs de police réelle, est nécessairement conditionné par la nécessité de toujours préciser si les étrangers détenteurs de fonds sur le territoire sont inclus ou non par la disposition. Il n'est, d'ailleurs, pas certain – malgré la remarque de Boullenois à ce sujet – que le tempérament apporté par Favre lui-même soit si éloigné, dans l'esprit, de la distinction que fait von Gail entre « charge patrimoniale » et « charge personnelle ». Il résulte de cette confrontation de points de vue que Boullenois évite soigneusement d'assimiler le statut juridique des citoyens et des étrangers, mais qu'à ses yeux, en terme de régime juridique, le simple fait de posséder, pour un forain, des immeubles sur le territoire justifie qu'il soit assujéti au même acte d'autorité que celui qui s'impose au sujet – l'interdiction du transport des blés hors du territoire en question ou encore les charges fiscales – par le Souverain dans les limites naturelles de son pouvoir. La leçon qu'en tire l'avocat parisien insiste bien sur la justification de l'intervention du Souverain, qui repose toute entière sur l'ordre public et dont la généralité dépasse, d'ailleurs, le simple cas de la police réelle : « Le prince peut donc ordonner ce qu'il estime convenable pour le bien de ses Etats, permettre ou défendre, et punir les contrevenants étrangers ». En cela, et par un chemin bien différent, il rejoint l'opinion de Bouhier qui faisait de cette interdiction d'exporter les grains l'un des exemples de statuts de police édictant une défense quant aux biens¹⁰⁵⁹.

La soumission de l'étranger aux lois de police est donc fonction de la conception que se fait le Souverain de l'ordre public dont il est, par essence, le garant. Dans le prolongement de ses considérations sur la police réelle, Boullenois relève, en effet que :

Il est des choses, dit Saint Augustin, au livre III, chapitre 8, de ses *Confessions*, qui ne sont crimes que parce qu'elles sont contraires aux mœurs et à l'usage du pays où on se trouve ; car chaque Etat ou chaque Nation subsiste sur de certaines conventions générales qu'il n'est permis, ni aux citoyens, ni aux étrangers de violer. *Ut pactum gentis consuetudine vel Lege firmatum, nullâ civis aut peregrini*

numéraire et ils seront tenus de s'en acquitter... Si cette taxe leur est imposée comme charge personnelle, le souverain n'est pas en droit de la faire ». Sur Andreas von Gail, voir Karl VON KEMPIS, *Andreas Gaill (1526-1587), Zum Leben und Werk eines Juristen der frühen Neuzeit*, Francfort, 1998.

¹⁰⁵⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, onzième observation, pp. 158-159.

¹⁰⁵⁸ Sur cette tradition statutiste qui envisage, depuis, au moins, Ubërto da Bobbio, l'interdiction d'exporter les marchandises parmi les lois de police, voir, *supra*, pp. 74-82, ainsi que pp. 90-94 (sur Bartole). L'exemple, devenu topique, se reliait dans les doctrines des siècles suivants, comme le prouvent les auteurs cités par Boullenois, et, encore, aux XVII^e et XVIII^e siècles, chez les Hollandais et les Français : voir, *supra*, pp. 275-276 (sur les Voet), pp. 302-304 (sur Ulrich Huber) et pp. 384-385 (sur Bouhier).

¹⁰⁵⁹ Sur cette défense d'exporter les grains chez Bouhier, voir, *supra*, pp. 384-385.

*libidine violeturn*¹⁰⁶⁰. Voyez Chorier en sa *Jurisprudence de Gui Pape*, liv. II, sect. 4, art. 7, du transport des grains¹⁰⁶¹.

En citant ce passage des *Confessions* de Saint Augustin, Boullenois prend appui, en réalité, sur l'autorité du canon *Quae contra* du Décret (Distinction VIII, canon 2), qui reprend textuellement le passage en question. Il se réfère également à *La jurisprudence de Guy Pape*, et à la police qu'entend exercer le Parlement de Dauphiné dans son ressort à propos du transport des grains¹⁰⁶². De sa part, c'est bien affirmer qu'il existe un ordre public propre à chaque Nation, destiné à garantir et à préserver la paix civile, autant que certaines valeurs considérées comme fondamentales pour la société. Ce sont ces valeurs qui forment ces « conventions générales », ce pacte ou cette paix qui doivent être acceptées aussi bien par les citoyens que par les étrangers, résidents ou de passage. Cette vision très « contractualiste » de l'ordre public que semble révéler ce passage de Boullenois lui sert, avant tout, à suggérer, en creux, l'idée d'un consentement tacite de l'étranger – à raison de ses biens – qui lui impose, sous peine de sanctions, de respecter l'ordre public, la police de la Nation qui l'accueille.

2) La défense particulière d'enfreindre les « règlements de police » à l'extérieur du territoire : les lois de police personnelles.

Les vues de Louis Boullenois en matière de lois de police personnelles sont bien plus diffuses qu'elles ne l'étaient lorsqu'il s'agissait de traiter des lois de police territoriales : elles s'égrènent au fur et à mesure des exemples divers et variés qu'il passe en revue, sans jamais prétendre former une théorie définitive. L'approche est donc casuistique et non systématique, d'où la multiplicité des cas de lois de police personnelle qui constituent l'essentiel de la XI^e observation. Le premier exemple évoqué a ceci de particulier qu'il permet de mesurer les limites que rencontre l'exemption de l'étranger devant l'ignorance de la loi locale : la police personnelle doit céder face aux exigences de la loi de police territoriale (a). Les exemples suivants interrogent la portée d'un privilège concédé par un souverain (b), le caractère obligatoire ou non des formalités imposées par un législateur à ses ressortissants (c) ou encore le champ d'application territoriale d'une disposition personnelle prohibitive (d).

¹⁰⁶⁰ SAINT AUGUSTIN, *Confessions*, livre III, chapitre VIII (traduction de Louis Moreau, 1864) : « le pacte social établi... chez un peuple, par l'usage ou la loi, ne saurait être enfreint suivant le caprice d'un citoyen ou d'un étranger ». Voir aussi GRATIEN, *Décret*, première partie, distinction VIII, canon 2 (édition de Friedberg, *op. cit.*, pp. 13-14). Sur les canons *Quae contra*, voir, *supra*, pp. 8-9.

¹⁰⁶¹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, onzième observation, p. 159.

¹⁰⁶² Boullenois renvoie ainsi aux annotations de Nicolas CHORIER, *La jurisprudence du célèbre conseiller, et jurisconsulte, Guy Pape dans ses décisions*, seconde édition, Paris, 1769, livre II, section IV, article 7, « Du transport des grains », p. 79. Guy Pape écrivait, en effet, sur cet article : « Le Parlement a un grand soin de l'intérêt public, dans les occasions où il faut qu'il agisse pour lui. Si la disette ou la cherté des vivres est à appréhender dans le pays, il défend par ses arrêts le transport des blés ailleurs. La confiscation des grains, et des animaux employés à leur voiture, est la peine de la contravention et le châtiment de la désobéissance. Néanmoins, si celui qui a prêté ses bêtes pour cette voiture a ignoré la cause de l'emprunt, sa bonne foi l'excusera. Cette défense générale comprend la farine et le pain, et non seulement les grains dans leur espèce naturelle. Les étrangers qui ont des possessions dans le Dauphiné, n'ont pas à cet égard plus d'exemption, ni plus de liberté que ceux du pays. Il ne leur est pas permis d'en tirer leurs blés et leurs grains, ni de les faire porter chez eux-mêmes pour leur usage ». Dans sa note, Chorier précise alors que : « L'an 1545, le Parlement permit aux habitants de Chambéry, par arrêt, de tirer du blé de Dauphiné pour leur usage. Le permettre et le défendre, c'est un fait de police ; et le Parlement prend connaissance de la police, quand il est utile au public qu'il le fasse : il est, pour cela, dans une possession immémoriale ».

a) La police personnelle face aux exigences de la loi de police territoriale : la question de l'ignorance de la réglementation de police locale.

Envisageant, à la suite de la police réelle, les questions de police personnelle, qui visent le comportement de la personne et non l'organisation du territoire et de ses ressources, Boullenois évoque le délicat problème de la connaissance ou de l'ignorance de la loi de police qui peut être supposée de la part de l'étranger qui, n'étant pas domicilié dans le pays, y est simplement de passage. Cette démarche n'est pas pour surprendre et elle rejoint les préoccupations qui étaient déjà celles de la doctrine statutiste médiévale, qui avait ménagé, dans le jeu de la règle de conflit relative aux délits, une place à l'excuse d'ignorance. L'exposé qu'il donne de ce problème recourt donc logiquement aux avis qui furent émis par les autorités doctrinales qui l'ont précédé :

Quant à ce qui est de police personnelle, lorsqu'un non-domicilié habitant seulement depuis quelque temps y manque, il est de la raison et de la justice de l'en avertir avant que de le mulcter, quand il n'y a pas assez longtemps qu'il est résident dans le lieu.¹⁰⁶³

Sur cette excuse d'ignorance, et le rôle qu'elle est appelée à jouer dans la détermination de la peine, Boullenois se réfère successivement aux positions développées en leur temps par Charles Dumoulin¹⁰⁶⁴, le canoniste Guillaume Durand¹⁰⁶⁵ et le civiliste Jean Faure¹⁰⁶⁶ que l'on rattache à l'École d'Orléans, les deux derniers ayant particulièrement réfléchi au temps qu'il fallait laisser à un étranger nouvellement arrivé sur le territoire pour s'informer de la législation locale et sur la connaissance qu'il fallait présumer de l'écoulement d'un certain délai.

Cette réflexion engagée par Boullenois montre que, de l'affirmation des principes issus de la souveraineté/territorialité jusqu'à leur application concrète, il y a un fossé qu'il n'est pas aisé de combler. La force de la tradition résiste aux préceptes territorialistes que matérialisent les lois de police et qui postulent l'assujettissement de l'étranger à leurs dispositions du simple fait de sa présence sur le territoire. Boullenois est bien conscient qu'il semble difficile d'exiger de cet étranger la connaissance parfaite des lois de chaque pays qu'il fréquente et cela se vérifie particulièrement à une époque où l'effacement du *jus commune* donne plus d'importance et de vigueur à la singularité des lois nationales. Il livre, à cette occasion, un témoignage tiré de sa propre expérience d'avocat et qui lui a permis de mesurer toute la difficulté qu'il y a à faire la balance entre le principe, pris dans sa rigueur, et l'excuse d'ignorance censée le tempérer :

Je me suis trouvé un jour à l'audience de police, tenue par M. d'Argenson, vers l'an 1716 : un Vénitien avait été cité par-devant lui pour avoir donné à jouer à des jeux défendus. Il lui demanda depuis quel temps il demeurerait dans le Royaume ; et, ce Vénitien lui ayant répondu qu'il y avait six

¹⁰⁶³ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, onzième observation, p. 159. Voir aussi *eod. loc.*, p. 160 pour les citations des autorités doctrinales dont il se réclame.

¹⁰⁶⁴ Charles DUMOULIN, *De delictis, Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, p. 557 : *Aut Statutum punit factum quod jure communi non est delictum, et tunc peregrinus ignorans non ligatur* (« Ou le statut punit le fait qui, de droit commun, n'est pas un délit et, alors, l'étranger qui l'ignore n'est pas tenu »). Sur le *De delictis* de Dumoulin, voir, *supra*, pp. 121-125. Le droit commun qu'évoque, dans sa dissertation, le Dumoulin romaniste au XVI^e siècle n'est, évidemment, plus le droit commun tel que le conçoit, deux siècles plus tard, un Louis Boullenois, partisan, pour sa part, d'un droit français articulé autour du droit commun coutumier et de la primauté de la coutume de Paris. Il n'est, d'ailleurs, pas certain que Boullenois cite l'autorité de Dumoulin pour sa référence au droit commun, alors qu'il est hors de doute qu'il entend lui reprendre l'idée d'une ignorance excusable de l'étranger en cas de méconnaissance justifiée de la réglementation locale.

¹⁰⁶⁵ Guillaume DURAND, *Speculum Judiciale*, livre IV, 1^{ère} sous-partie, rubrique *De constitutionibus*, § *Constitutiones, in fine*. Sur ce passage, déjà évoqué, du *Speculator*, voir, *supra*, pp. 36-38.

¹⁰⁶⁶ Jean FAURE, *Lectura super Codice*, à la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.). Sur ce passage, déjà évoqué, voir, *supra*, pp. 66-67.

mois, M. d'Argenson lui dit : « vous devez savoir que les étrangers n'ont que six semaines pour apprendre les règlements de police » ; en conséquence de quoi il le condamna à une amende, mais fort légère.

C'est précisément par rapport à ces sortes de règlements de police qu'il a été dit : *intrasti urbem, ambula juxta ritum ejus* (« Tu es entré dans cette ville : suis-en l'usage »)¹⁰⁶⁷, et il est certain qu'une demeure continuelle pendant un certain temps exclut toute présomption d'ignorance. *Praesumptio scientiae proveniens ex habitatione, et mora diurna* (sic : *diuturna*) *facta in loco, ignorantiam excludit* (« La présomption de connaissance, tirée d'une résidence, qui plus est établie de longue date, exclut l'ignorance »). Mascardi., *de gener. Stat. interpret., concl. 6, n. 144.*¹⁰⁶⁸

Il est vrai que la fixation du temps convenable et propre à fonder cette présomption dépend un peu de l'arbitrage du Juge et de sa sagesse. *Praesumitur autem sciens ex longa conversatione in eodem loco, quod est in Judicis arbitrio* (« La connaissance est présumée en cas de séjour prolongé en ce même endroit, ce qui est laissé à l'appréciation du tribunal »), dit M. Ch. du Molin, *C. de Statutis*¹⁰⁶⁹ ; mais le principe n'en est pas moins certain en lui-même.¹⁰⁷⁰

En se basant sur cette sentence de police rendue par le lieutenant général Marc-René de Voyer d'Argenson¹⁰⁷¹ sur une affaire qui concerne directement la police des jeux¹⁰⁷², Boullenois s'aventure sur un terrain qui est, d'ordinaire, davantage l'objet des soins de la doctrine publiciste que familier aux auteurs qui se consacrent aux conflits de lois. S'il livre ici un rare exemple relatif à la police telle qu'elle s'entend sous l'Ancien Régime, celle-ci n'est pas son principal sujet de préoccupation : l'exemple n'est invoqué que pour illustrer la nécessité de prendre en considération le délai qu'il convient d'accorder à un étranger nouvellement arrivé sur le territoire de s'informer de la réglementation de police, que celle-ci soit relative aux jeux ou qu'elle ait trait aux nombreuses matières qui sont comprises sous ce terme. A cet égard, il est intéressant de constater que Boullenois reprend les grandes lignes de la réflexion menée par Dumoulin à ce sujet dans son *De delictis*, à l'exception de la référence au *jus commune* qui ne fait plus sens aux yeux d'un juriste du XVIII^e siècle¹⁰⁷³. S'il n'évoque pas directement la théorie de la soumission volontaire *ratione delicti*, Boullenois partage les conclusions de son prédécesseur sur la question de l'ignorance ou de la connaissance de la réglementation locale qui réprime le délit. Tout comme Dumoulin, il considère que le séjour prolongé sur le territoire suffit à faire présumer la connaissance de la réglementation

¹⁰⁶⁷ L'origine de cette maxime semble difficile à établir. Il se peut qu'elle ne soit, en réalité, qu'un démarquage de la règle contenue dans l'épître de Saint Augustin à Januarius (*epistola LIV, caput II*) qui a donné lieu au canon *Illa* du Décret de Gratien (Distinction XII, canon 11) : *Cum Romam venio, jejuno sabbato ; cum hic sum, non jejuno. Sic etiam tu, ad quam forte Ecclesiam veneris, ejus morem serva* (« quand je suis à Rome, je jeûne le samedi ; quand je suis ici, je ne jeûne pas. Fais-en de même : suis l'usage de l'Eglise où tu te trouves »). Sur le canon *Illa*, voir, *supra*, pp. 9-10.

¹⁰⁶⁸ Alderano MASCARDI, *Communes iuris utriusque conclusiones ad generalem Quorumque Statutorum interpretationem accomodatae*, Ferrare, 1608, conclusio VI, n°144, p. 270 : « La présomption de connaissance, tirée d'une résidence, qui plus est établie de longue date, exclut l'ignorance ».

¹⁰⁶⁹ Charles DUMOULIN, *De delictis, Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, tome 3^{ème}, p. 557. La référence de Boullenois ne doit pas induire en erreur : le passage est bien extrait du *De delictis*, qui suit immédiatement les *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus*.

¹⁰⁷⁰ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 1^{er}, onzième observation, p. 160.

¹⁰⁷¹ Marc-René de Voyer de Paulmy d'Argenson (1652-1721) fut lieutenant général de police de 1697 à 1718. Dans les sentences de police qu'il prononce, il se présente comme : « conseiller du Roi en ses conseils, maître des requêtes ordinaire de son Hôtel et lieutenant général de police de la ville, prévôté et vicomté de Paris ».

¹⁰⁷² Sur la police des jeux, voir Nicolas DE LA MARE, *Traité de la police, op. cit.*, livre III « Des mœurs », titre IV « Des jeux », tome 1^{er}, Paris, 1705, pp. 446-469, qui donne l'état de la réglementation en matière de jeux défendus. Nicolas de la Mare, en sa qualité de commissaire au Châtelet, fut un proche collaborateur des deux premiers lieutenants généraux de police, La Reynie puis d'Argenson.

¹⁰⁷³ Sur le *De delictis* de Charles Dumoulin, voir, *supra*, pp. 121-125.

de police et à justifier l'application de celle-ci à l'étranger¹⁰⁷⁴ ; tout comme Dumoulin, il envisage le problème sous l'angle de la présomption de connaissance et non sous celui de la présomption d'ignorance ; tout comme Dumoulin, il accepte l'idée de proportionner la peine qui doit être prononcée à cette occasion par le juge du lieu à la durée du séjour de l'étranger sur le territoire. C'est ce qui explique qu'à la réponse fournie par le Vénitien posée par le marquis d'Argenson, celui-ci le condamne à une amende, mais légère. En fin de compte, à l'instar de son prestigieux aîné, l'attitude de Boullenois n'est pas si clémentine qu'il y paraît envers l'étranger délinquant, car, dans sa manière de voir, la faculté d'exemption ou de mitigation de la peine se fonde entièrement sur une ignorance qui doit être perçue comme légitime. Or, l'appréciation de cette légitimité est laissée aux mains du juge de police du lieu et de son *arbitrium*.

En effet, si l'excuse d'ignorance – ou, plus exactement, la présomption de connaissance – occupe l'essentiel de son propos dans ces quelques paragraphes, Boullenois s'en remet *in fine* à l'arbitraire du juge, qui est la seule autorité en la matière. Lorsqu'il présente la prise en considération de la durée du séjour de l'étranger dans la détermination de la culpabilité et l'application de la peine comme un devoir qui serait imposé par « la raison et la justice », il retrouve des accents souverainistes et territorialistes, dans la mesure où il évite soigneusement d'en faire une obligation de droit pour le juge. L'office de ce dernier tient plus, de ce point de vue, de la *necessitas facti* ou de la *comitas* que du *summum jus*. En fin de compte, à travers cet exemple, la loi de police personnelle se trouve dans l'ombre portée de la loi de police territoriale et l'étranger de passage dans celle du Souverain.

b) La loi de police personnelle et le privilège des ressortissants locaux : la clameur de haro en Normandie et le privilège de la Bulle d'Or des Brabançons.

Parmi les dispositions qui entrent dans la catégorie des « lois de police personnelles » selon Boullenois, figurent un certain nombre de règles, d'origine coutumière, législative ou statutaire, qui ont pour point commun de s'adresser spécifiquement aux ressortissants du lieu et d'exclure les étrangers de leur champ d'action. Parce qu'elles ne rentrent pas directement dans le cadre qui sera celui, plus tard, de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, elles appellent des développements plus succincts. La plasticité même de la catégorie des « lois de police » commande toutefois de consacrer la place qu'elles méritent à ces prescriptions purement personnelles.

Poursuivant son exploration des lois de police, Louis Boullenois aborde, de manière quelque peu abrupte, le cas d'une règle fameuse de la coutume de Normandie qui ne s'applique, suivant les interprètes, qu'aux seuls Normands et aux étrangers qui ont élu domicile dans le détroit de la coutume, à l'exclusion des étrangers de passage :

¹⁰⁷⁴ Sur cette question de l'influence de la durée du séjour de l'étranger sur le degré de soumission à la législation locale, Louis Boullenois revient, juste après cet exemple, sur le cas du statut pénal d'Amersfoort développé par RODENBURG (*De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre Ier, chap. III, § II et III, in Louis BOULLENOIS, *ed. loc.*, pp. 146-147), en ces termes : « Je suis encore persuadé qu'un juge, par un règlement de Police, peut défendre de faire certaines choses hors de son territoire, comme d'aller boire et festiner au-delà de certaines limites ; mais j'aurais peine à croire qu'un étranger non établi dans le lieu, et qui ne séjourne qu'en passant, fût assujéti à un pareil règlement, qui n'a pour objet que d'empêcher la diminution des impôts, auxquels de simples passagers ne peuvent être obligés de contribuer. Aussi notre auteur ne parle-t-il que des justiciables » (Louis BOULLENOIS, *ed. loc.*, pp. 160-161). La loi de police personnelle, en l'espèce, ne regarde que les ressortissants du lieu et non les étrangers qui, parce qu'ils ne font que passer, sont exclus du champ d'application de cette disposition essentiellement fiscale. Sur cette disposition qui est, à la fois, un statut pénal et une loi de police personnelle pour Rodenburg, voir, *supra*, pp. 181-184).

Dans l'ancienne Coutume de Normandie, il est dit, au sujet du cri de haro, qu'à ce cri doivent *issir* tous ceux qui l'ont ouï. *Ad hunc clamorem, omnes qui audiunt, ex aedibus pedem efferre debent, et concurrere* (« A ce cri, ceux qui l'entendent doivent se transporter hors de leur maison et accourir en foule »).

Un auteur nommé Tanigius Sorinus Lessaeus [*Tanneguy Sorin de Lessay*], qui a fait un petit commentaire sur ce cri de haro, intitulé *de Normanorum quiritatione*¹⁰⁷⁵, demande si un voyageur qui entend ce cri de haro est obligé de sortir dehors et de prêter secours à celui qui crie. *De viatore quid dicendum est ? Sane si ex aliena Jurisdictione est, ad id obstringi non videtur aequum, in quem Judex imperium non habet* (« Que dire du simple voyageur ? Assurément, s'il est originaire d'une juridiction étrangère, sur laquelle le juge local n'a aucun pouvoir, il semble juste de ne pas l'y contraindre »). Et cette raison est en faveur même de l'étranger passant qui saurait à quoi le cri de haro assujettirait.¹⁰⁷⁶

Cette clameur de haro¹⁰⁷⁷ est une règle de procédure très ancienne qui fut recueillie par le Grand coutumier de Normandie, puis, lors de la rédaction officielle de 1583, par la coutume réformée de Normandie¹⁰⁷⁸. Elle constitue un particularisme propre à la province que les juristes coutumiers normands – parmi lesquels Louis Froland – s'accordent à placer au rang des privilèges de la province, ce que confirme l'usage des lettres de chancellerie. Cet exemple est avancé par Boullenois pour illustrer l'exemption dont celui qui est étranger à la province, par son origine ou son domicile, lorsqu'il n'y est que de passage, peut se prévaloir s'il lui était reproché de ne pas se conformer à la disposition normande. En l'occurrence, le critère de l'ignorance a la valeur d'une véritable présomption irréfragable, puisqu'il importe peu que cet étranger de passage soit au courant ou non de la signification du haro et de sa valeur contraignante. Une telle solution tend à réserver l'exercice du haro entre ressortissants de la coutume de Normandie seulement et à en faire une règle de droit purement interne.

Toutefois, essentiellement préoccupé par la situation de l'étranger de passage, Boullenois ne soulève pas la question de savoir si celui qui est étranger à la province peut valablement pousser le cri de haro pour la défense et la protection de ses intérêts. En revanche, Froland s'attache à répondre à cette question dans le long chapitre qu'il consacre au haro dans son *Recueil d'arrêts de règlement, et autres arrêts notables, donnés au Parlement de Normandie*, paru en 1740, et il y répond par

¹⁰⁷⁵ Sur cet auteur et son commentaire du titre LIV du *Grand Coutumier de Normandie* consacré à la clameur de haro, paru en 1567, voir Virginie LEMONNIER-LESAGE, « SORIN DE LESSAY, Tanneguy », *Dictionnaire historique des juristes français, XIIIe-XXe siècle, op. cit.*, p. 939.

¹⁰⁷⁶ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 1^{er}, onzième observation, p. 161.

¹⁰⁷⁷ Dans son commentaire de la coutume, l'avocat PESNELLE donne une définition de ce cri poussé en public en les termes suivants : « Le Haro est un moyen particulier à la Province de Normandie, par lequel les personnes privées empêchent qu'il ne soit passé outre à l'exécution de quelque entreprise faite, ou pour leur faire soit injure, soit dommage, ou pour les troubler en la possession de ce qu'ils prétendent leur appartenir. Ce qui se fait en invoquant la protection de la Justice, et en contraignant l'agresseur de venir à l'instant devant le Juge, pour y voir ordonner, ou la réparation de l'injure et du dommage qu'il a fait ; ou que défenses lui seront faites de passer outre à l'exécution de ce qu'il avait entrepris contre l'intérêt du demandeur en Haro » (*La coutume de Normandie expliquée par M. Pesnelle*, Rouen, 2^e édition, 1727, chapitre II « De Haro », p. 55).

¹⁰⁷⁸ Les règles relatives à la clameur de haro figurent au chapitre 54 du Grand coutumier de Normandie et aux articles 54 à 59 du chapitre II de la coutume réformée de 1583. En tant que telles, elles ont nourri les commentaires de tous les juristes coutumiers normands. La clameur de haro, qui subsiste encore de nos jours dans les Îles Anglo-Normandes, a suscité, depuis le XIX^e siècle, de nombreux travaux d'historiens et d'historiens du droit. Pour ne s'en tenir qu'à ces derniers, citons Louis-Vincent GUILLOUARD, « De l'origine de la clameur de Haro », *Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie*, Caen, vol. XXVIII, 1872 ; Ernest-Désiré GLASSON, « Etude historique sur la clameur de haro », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1882, pp. 397-447 et 517-550 ; Hippolyte PISSARD, *La clameur de haro dans le droit normand*, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit normand », Caen, 1911 ; Nicolas KERMABON, « La clameur de haro chez David Houard. Remarques sur le particularisme juridique des praticiens normands à la fin de l'Ancien Régime », *Cahiers historiques des Annales de droit*, 2012, pp. 245-275.

l'affirmative¹⁰⁷⁹. De même, il insiste bien sur le fait que les personnes, originaires et domiciliées dans la province, et qui se trouvent à l'extérieur de celle-ci, n'ont aucun droit d'invoquer cette disposition purement normande¹⁰⁸⁰. Si l'on suit le parti de Froland, qui n'émet, de son propre aveu, qu'une opinion doctrinale, cette loi de police, qui est tenue pour personnelle par Boullenois, recouvre, à l'inverse, une dimension territoriale dans deux cas de figure : lorsque l'étranger de passage dans la province l'invoque en sa faveur, parce qu'alors, les dispositions relatives au haro lui sont étendues et non plus restreintes aux ressortissants locaux ; lorsque ceux qui sont originaires et/ou domiciliés à l'intérieur de la province se trouvent dans une autre province, auquel cas leur privilège personnel est de nul usage.

Beaucoup plus personnel, et beaucoup plus enclin à l'extraterritorialité, apparaît, à l'inverse, le privilège *de non arreslando* garanti par la « Bulle d'Or brabantine » dont l'Empereur Charles IV accorda le bénéfice au duc Jean III de Brabant en 1349, et qui concédait aux sujets des ducs de Brabant le droit d'échapper à toute poursuite intentée contre eux, et à tout arrêt personnel à leur rencontre, *et intra et extra limites eorum dominiorum*¹⁰⁸¹. S'il ne fait aucun doute que la Bulle d'Or brabantine est opposable à toutes les juridictions soumises au pouvoir de l'Empereur, la question qui s'est posée à ses commentateurs est de savoir si le privilège s'impose aux autorités qui sont indépendantes de l'Empire :

Un législateur peut encore accorder à ses sujets certains privilèges, et à raison de ce, leur faire des défenses de les enfreindre en quelque lieu que ce soit. Par exemple, dans le Brabant, il y a une concession de Charles IV, qui défend à tous Brabançais (*sic*) d'arrêter un Brabançais hors les Etats du Brabant. *Unum Brabantum non posse alterum Brabantum extra Brabantiam arreslando*. Le pourra-t-il, s'il le trouve *in Hispania, Italia, Anglia et aliis Provinciis, aut Regnis quæ non subsunt Imperatori* ? Peckius, *de Jure sistendi*, cap. 8, répond pour la négative. 1°. *Quia sicut Statutum prohibitorium absolute loquens comprehendit subditum existentem in alieno territorio, ita etiam et hoc privilegium, quod vim Statuti habet.* 2°. *Quia potestas statuendi, inter subditos, territorio non arctatur.* 3°. *Quia si Lex Principis suos subditos liget, ubicumque sint, et quocumque eant, ergo etiam et privilegium illius quod voluit habere vim Legis et Statuti*¹⁰⁸² ; et cet avis est embrassé par Knobbaert, *ad Jus civile Gandensium*, rub. 4, art. 12, observ. 1.¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁹ Louis FROLAND, *Recueil d'arrêts de règlement, et autres arrêts notables, donnés au Parlement de Normandie*, Paris, 1740, 1^{ère} partie, chapitre VI « De la clameur de haro, de son origine et de ses effets », § V, p. 161 : « Si un Parisien, un Picard, un Breton, ou autre se retire en Normandie, ou y vient pour vaquer à ses affaires, et se trouve dans un des cas où notre clameur a lieu, pourra-t-il l'interjeter ? Je réponds pour l'affirmative, étant, à mon avis, raisonnable de communiquer à l'étranger qui se retire, ou vient par hasard dans le pays d'un Souverain, et surtout s'il est un de ses sujets, les avantages et les privilèges, qui, par l'invocation de son nom, s'accordent à ceux qui l'appellent à leur secours... ».

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*, p. 162 : à la question posée, il répond : « La négative en ce cas est le parti que je crois qu'il faut prendre, par la raison que les privilèges ne s'étendent point, et que celui dont jouit une province, et lequel est fondé sur la seule vénération des peuples pour le prince qui en a été le Souverain [le duc de Normandie avant le rattachement à la Couronne de France], ne peut avoir effet dans les domaines et terres d'un autre Souverain ».

¹⁰⁸¹ CHARLES IV DE LUXEMBOURG, *Aurea Bulla Brabantina, a Karolo IV Imperatore data Johanni Duci Lotharingiae, Brabantiae et Limburgiae anno 1349*, éditée et commentée par Heinrich Günther THÜLEMEYER, *De Bulla Aurea, argentea, plumbea*, Francfort et Spire, 1687.

¹⁰⁸² Pierre PECK l'Ancien, *Tractatus de jure sistendi et manuum injectione, quam vulgo arresionem vocant*, Cologne, 1615, chapitre 8, n°1 et 2, p. 90 : « 1° Parce que, de même qu'un statut prohibitif entendu de la manière la plus absolue s'étend au sujet qui se trouve en territoire étranger, il en est de même pour ce privilège, qui a la force d'un statut ;

2° Parce que la *potestas statuendi* à l'égard des sujets ne se confine pas au territoire ;

3° Parce que, si la loi du Prince lie ses sujets, partout où qu'ils se trouvent et en quelque lieu qu'ils aillent, il en est de même de ce privilège, qui a voulu avoir force de loi et de statut ».

¹⁰⁸³ Jan Antoon KNOBBAERT, *Jus civile Gandensium, hoc est usus morum in populo nati*, Anvers, 1677, tome 1^{er}, *rubrica IV, articulus XII, observatio prima*, § 2, p. 593. Le juriconsulte gantois († 1677) y explique les raisons qui le poussent à embrasser le parti de Peck l'Ancien : « de même qu'un Brabançon ne peut obtenir l'arrêt d'un Brabançon en Espagne, en Italie, en Angleterre, et dans les autres provinces et royaumes qui ne sont pas soumis à l'Empereur et aux Princes

J'adopte volontiers, pour le cas particulier, l'avis de Peckius...¹⁰⁸⁴

La Bulle d'Or constitue un privilège propre aux Brabançons, les autorisant à se prévaloir de ses dispositions protectrices dans toute l'étendue de l'Empire, puisqu'il s'agit d'un acte concédé et confirmé à maintes reprises par le pouvoir impérial. Mais les juristes des Pays-Bas méridionaux, comme le Brabançon Pierre Peck l'Ancien¹⁰⁸⁵ ou le Flamand Jan Antoon Knobbaert, appelés à se prononcer sur l'extraterritorialité éventuelle de ce privilège hors des frontières de l'Empire, abondent dans le sens de la reconnaissance de ce privilège par des juridictions étrangères. La solution n'a rien d'évident de prime abord, car, aux limites de l'Empire, devrait naturellement s'arrêter la force qui s'attache à un privilège impérial : *finitae enim potestatis finita est virtus*, n'aurait pas manqué de rappeler un célèbre contemporain de Pierre Peck l'Ancien, Bertrand d'Argentré. Mais, dans la perspective qui est celle de ces auteurs, le privilège est comparable à un statut personnel prohibitif qui, parce qu'il a été accordé par le pouvoir de l'Empereur, n'a rien d'odieux, mais, au contraire, est très favorable¹⁰⁸⁶. Bien qu'il s'agisse, avant tout, d'une règle relative à la condition civile, cette interdiction constituerait plutôt, aux yeux de ces juristes, un élément destiné à intégrer le statut personnel des Brabançons et, comme tel, à accompagner ceux-ci partout où ils se trouvent. Si une telle manière de voir peut se discuter, ce que ne manqueraient pas de faire les partisans de la souveraineté/territorialité¹⁰⁸⁷, elle se comprend néanmoins par la volonté de ces auteurs d'en faire une loi de police personnelle. En considérant que le privilège de la Bulle d'Or brabantine n'a pas vocation à se limiter aux Etats où le *jus commune*, comme droit impérial, a toute autorité, mais qu'elle doit déployer ses effets dans les « provinces et royaumes » où la primauté politique de l'Empereur et la supériorité du droit romain sont de nul effet, ils cherchent tout simplement à limiter les cas d'éventuelles fraudes au privilège¹⁰⁸⁸.

qui ont concédé ce privilège, de même, il faut dénier aussi au Gantois la faculté d'arrêter un autre Gantois dans les lieux réchauffés par un soleil différent, ou dans ceux qui sont sujets à d'autres gouvernants » (...*sicut Brabantum Brabantum Arrestare non potest in Hispania, Italia, Anglia, Gallia, et aliis Provinciis et Regnis, quae non subsunt Imperatori et Principibus, qui Privilegium illud concederunt : ita quoque Gandensis Civis Gandensem nequeat Arrestare in locis alio sole calentibus, aut aliis moderatoribus subjectis*). Il en conclut donc que « ... le statut [interdisant l'arrêt personnel] lie également le citoyen, partout où il citera à comparaître un concitoyen » (*statutum ligat civem, ubicumque concivem in judicium vocaverit*).

¹⁰⁸⁴ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, onzième observation, p. 161.

¹⁰⁸⁵ Pieter (Pierre) PECK l'Ancien (1529-1559), originaire de Zirickzee en Zélande, docteur en droit en 1553, enseigna, pendant trente ans, le droit romain et le droit canonique à l'Université de Louvain. Il fut membre du Grand Conseil de Malines, puis du Conseil privé. Il peut être considéré comme appartenant à « l'école flamando-brabançonne (ou belge) des statuts ». Sur Peck, voir Jacques BRITZ, *Mémoire sur l'ancien droit belge, Histoire de la législation et de la jurisprudence des provinces belgiques*, Bruxelles, 1847, tome 1^{er}, pp. 95-98 et Armand LAINE, *Introduction*, op. cit., tome 1^{er}, pp. 396-397.

¹⁰⁸⁶ La « Bulle d'Or brabantine » a été longtemps perçue par les Brabançons comme un des éléments les plus fondamentaux de leur identité juridique et un privilège qu'ils ont longtemps défendu à l'intérieur des grands ensembles politiques auxquels ils ont appartenu : d'où leurs demandes réitérées de confirmation par le pouvoir impérial. En 1663 et 1664, le juriconsulte brabançon Pierre Stockmans fut ainsi envoyé à la Diète perpétuelle d'Empire à Ratisbonne pour défendre ce privilège, contesté par de nombreux grands d'Empire. Voir, sur cette défense, Jacques BRITZ, « Etude sur les juriconsultes belges : Pierre Stockmans, d'Anvers », *Revue de droit français et étranger*, 1844, Paris, volume I, pp. 699-707 et 770-789 et dans la *Revue des revues de droit*, Bruxelles, 1844, volume VII, pp. 347-361, étude reprise dans son *Mémoire sur l'ancien droit Belgique*, op. cit., tome 1^{er}, pp. 194-214.

¹⁰⁸⁷ L'argumentaire développé par Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, op. cit., n°7-8, s'il n'évoque pas directement le cas de la Bulle d'Or brabantine, suffit à prouver combien les tenants de l'extraterritorialité d'un privilège personnel heurteraient les sentiments des souverainistes et territorialistes, d'autant plus lorsque ceux-ci appartiennent à un Etat qui rejette la primauté du *jus commune* et donc toute logique reposant sur le caractère favorable ou non d'un statut.

¹⁰⁸⁸ Cette interprétation était déjà celle qui justifiait l'étude du statut pénal de la ville d'Amersfoort, évoqué par Rodenburg, comme une loi de police personnelle destinée à prévenir ou parer tout risque de fraude de la part des citoyens de cette cité de la province d'Utrecht envers une disposition de nature fiscale : voir, *supra*, pp. 181-184.

c) La loi de police personnelle et les contrats : le statut parmesan.

Poursuivant son étude des lois de police personnelle, qui retiennent bien plus longuement son attention que les lois de police territoriale, sans doute parce qu'elles suscitent davantage de discussion et de perplexité, Boullenois porte la discussion, sans transition aucune, sur le terrain des conventions contraires à l'ordre public, qu'il introduit directement en lien avec celle de l'extraterritorialité des privilèges personnels.

Il s'interroge, d'abord, sur l'opportunité d'étendre à la question des conventions la solution défendue par Peck l'Ancien au sujet des privilèges¹⁰⁸⁹. L'hypothèse échafaudée par Boullenois ne manque pas d'intérêt, par l'assimilation volontaire qu'elle fait entre le privilège des Brabançons – avec ce qu'il emporte de dimension personnelle et extraterritoriale – et un contrat prohibé dans un Etat de manière absolue, mais admise dans d'autres Etats. Dans ce dernier cas, faut-il voir dans l'interdiction une loi de police personnelle qui se transporterait partout et atteindrait toutes les conventions qu'il pourrait passer dans les Etats où elles sont, pourtant, autorisées ? L'enjeu consiste, en l'espèce à déterminer s'il y a lieu de traiter toutes les dispositions prohibitives sur le modèle du privilège de la Bulle d'Or. Mais il n'en va pas du contrat comme il en va de l'état et de la condition des personnes. Fidèle à l'approche pragmatique qu'il a adoptée au sujet « de la loi qui règle le contrat »¹⁰⁹⁰, Boullenois refuse de généraliser la solution de Pierre Peck l'Ancien aux conventions, car la disposition qui frappe ces dernières dans leur matérialité ne peut être traitée de la même manière que celle qui entrave la capacité contractuelle :

Cependant, j'aurais de la peine à me ranger de ce parti, parce que je ne saurais me persuader que la prohibition de la Loi du Brabant pût, dans ce cas, nuire à ceux du dehors avec qui des Brabançons (*sic*) auraient contracté. Le juge peut bien condamner ses justiciables en une amende pour avoir fait ces contrats contre sa défense ; il pourrait encore les déclarer nuls de justiciables à justiciables ; et c'est, selon moi, le véritable cas où étaient les deux Parmesans, dont nous allons parler, qui avaient compromis par-devant un seul notaire et deux témoins, pendant que la Loi de Parme exigeait indispensablement deux notaires, et dont le compromis fut déclaré nul ; mais il ne le pourrait pas de justiciables à non-justiciables, parce que les justiciables ayant une capacité d'état de contracter qui est inhérente en leurs personnes, ils portent cette capacité d'état partout, et que le juge n'a pas d'autorité sur des étrangers avec qui ses justiciables auraient pu contracter, ni sur des contrats passés avec eux hors sa juridiction, outre que ce serait troubler le commerce, et tendre des pièges aux étrangers...¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, onzième observation, pp. 161-162 : « Mais ce principe que *statutum prohibitorium absolute loquens comprehendit subditum existentem in alieno territorio*, est-il vrai dans sa généralité ? Supposons que, dans une Nation, et pour ne point sortir du Brabant, supposons que, dans le Brabant, certaines conventions fussent prohibées, et que quelqu'un de cette Nation se transportant ailleurs, où la convention serait permise, il stipulât avec des Etrangers ; il faudrait dire dans cette espèce, selon les principes de Peckius, que cette convention serait nulle vis-à-vis même de l'Etranger ; *quia Statutum prohibitorium conventionis absolute loquitur, et comprehendit subditum existentem in alieno territorio, quia potestas statuendi inter subditos territorio non arcatur*. Et comme nous supposons un Brabançois (*sic*) qui a contracté, c'est le cas de dire que *Lex Principis suos subditos ligat, ubicumque sint et quocumque eant* ». Les citations de Peck l'Ancien sont traduites, *supra*, à la note 315, mais elles sont réaménagées par Boullenois afin de s'appliquer, en l'espèce, à la *conventio*.

¹⁰⁹⁰ Sur la doctrine de l'auteur en matière de loi applicable au contrat, voir Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 2nd, quarante-sixième observation, pp. 445-538.

¹⁰⁹¹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, onzième observation, p. 162. Il ajoute : « C'est ce que dit Ménochius, *lib. 2^o, praesump. 2, n^o11. Declaratur hic casus ut locum non habeat, quando civis contraxit extra civitatis suae territorium cum extero qui ignorabat Statutum ipsius civis secum contrahentis ; nam tunc contractus iste non redditur nullus Statuto praedicto, cum non praesumatur mentis statuentium fuisse, velle decipere illum exterum* (GIACOMO MENOCHIO, *De praesumptionibus*, livre II, présomption II, n^o11 : « Ce cas montre clairement que cela n'a pas lieu de s'appliquer quand un citoyen contracte en dehors du territoire de sa cité avec un étranger qui ignorait le statut du citoyen qui contracte

L'avocat parisien souligne bien, à travers cet exemple, que l'interdiction faite de passer certains contrats dans le Brabant est une disposition qui a une valeur de loi de police purement personnelle et qu'elle ne peut avoir lieu qu'entre deux Brabançons, quand bien auraient-ils contracté en dehors du Brabant. C'est ainsi qu'il interprète le statut de la ville de Parme, déjà évoqué par Bouhier, qui édicte des formalités obligatoires qu'il impose à tous les Parmesans de respecter, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Le statut de Parme prescrit une formalité obligatoire à ses citoyens : cette disposition de police personnelle ne s'applique qu'aux contrats conclus par deux citoyens, à l'intérieur ou en dehors du territoire de la cité. Elle ne peut s'étendre au cas où le Parmesan contracte avec un étranger, car ce dernier n'est pas soumis au statut de Parme et cette solennité supplémentaire, qui ne le concerne en rien, n'a nulle raison de l'affecter. Si l'acte est conclu conformément à la *lex loci conclusionis*, le Parmesan n'a aucun droit de le contaminer en lui imprimant les solennités particulières imposées par le statut de sa ville. Or, Boullenois raisonne essentiellement en termes de territorialité et d'extraterritorialité et de sujétion à l'égard du Législateur, et non en termes de rapports de droit. S'il évoque la « capacité d'état de contracter » du Parmesan de manière aussi ambiguë, c'est, en réalité, pour en souligner l'extraterritorialité et pour montrer que le juge-législateur parmesan ne peut atteindre, par son interdiction, son propre ressortissant lorsqu'il contracte à l'étranger avec un étranger. *A fortiori*, la capacité d'état de l'étranger échappe à l'emprise de cette défense. L'auteur du *Traité* ajoute, à cette occasion, que « ce serait troubler le commerce, et tendre des pièges aux étrangers » si on laissait un citoyen se prévaloir d'une disposition prohibitive relative à sa capacité pour se soustraire aux engagements contractés avec un étranger, qui, de bonne foi, n'aurait pas songé à s'informer de cette particularité. Boullenois aborde ainsi la question de l'ignorance excusable du statut personnel du cocontractant et sa réflexion sur ce point rejoint, pour mieux s'en distinguer, celle que développait Rodenburg¹⁰⁹². Il conclut, ensuite, son étude du statut parmesan en se replaçant sur le terrain des formalités de l'acte :

M. le Président Bouhier, *ch. 28, n°10*, observe que, par le statut de la ville de Parme, tout acte est déclaré nul entre les citoyens de cette ville s'il n'est passé devant deux notaires, encore que ce fût hors du Parmesan. Il dit qu'un homme de cette ville avait passé un compromis hors de son territoire, avec une personne étrangère, par-devant un seul notaire, et qu'il était poursuivi pour l'exécution par-devant les juges de Parme ; on demandait si on pouvait s'y prévaloir de ce compromis, et Balde répondit que non, à cause de la disposition expresse et prohibitive du statut ; ce qui est, ajoute M. Bouhier, conforme aux principes¹⁰⁹³.

avec lui ; car, alors, ce contrat ne peut être frappé de nullité par le statut en question, car il ne peut être présumé qu'il a été dans les intentions du législateur de vouloir tromper cet étranger ». On peut encore consulter [Bernardus] Schotanus [dans la huitième de ses *Disputationes juridicae*] et ce que nous avons rapporté de cet auteur en la Dissertation 46 [en réalité, *Observation quarante-sixième du Traité*, pp. 458 et 502-503] sur la Loi du contrat ».

¹⁰⁹² Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre premier, chapitre troisième (traduction de Louis Boullenois), édition de 1766, pp. 146-147, semble d'abord favoriser, pour des raisons tenant à la souveraineté/territorialité, la soumission de la capacité d'exercice à la loi applicable au contrat : « Ce serait tendre un piège à celui qui serait d'une autre Jurisdiction, qui est présumé ne faire attention qu'aux lois de l'endroit où il contracte ». Mais le juriste ultrajectin, conscient des inconvénients qu'une telle solution infligerait au commerce, accepte, par la suite, de la mitiger en recourant à la notion de *necessitas facti*, vecteur de l'extraterritorialité du statut personnel. Voir, *supra*, pp. 229-234. La question de l'ignorance excusable de la loi étrangère, telle que la posent Rodenburg et Boullenois, ne sera définitivement tranchée en jurisprudence française qu'avec l'arrêt *Lizardi* rendu par la Chambre des Requêtes le 16 janvier 1861. Sur ce grand arrêt (*Grands Arrêts*, n°5, pp. 39-46), voir *infra*, deuxième partie, pp. 835-838.

¹⁰⁹³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXVIII, n°XI, p. 766 : les « principes » dont parle le président Bouhier sont ceux qu'il expose au chapitre XXI, n°LI, et qui regardent le statut prohibitif.

J'ai vérifié la citation et il me paraît que ceux qui avaient compromis étaient deux Parmesans, et, en ce cas, la décision est juste ; l'acte, n'ayant pas la forme prescrite, était vraiment prohibé entre deux Parmesans. Mais je ne puis me dispenser de dire que, la loi de Parme ne statuant qu'entre les citoyens de la ville, si l'on suppose que le compromis dont il est question était passé, comme le dit M. le Président Bouhier, par un Parmesan avec un étranger hors du territoire, il me paraît qu'il n'y avait pas lieu d'y appliquer la loi du Parmesan.¹⁰⁹⁴

Le statut parmesan est donc une loi de police personnelle prohibitive qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux Parmesans, en quelque lieu qu'ils se trouvent, mais qui ne peut s'imposer, ni s'opposer au cocontractant étranger. Celui-ci, parce que l'acte conclu en dehors de la cité de Parme respecte les exigences de la loi du lieu de conclusion, ne peut raisonnablement s'attendre à être soumis à un tel statut.

d) La loi de police personnelle et les conventions contraires à l'ordre public : les conventions portant contrainte par corps.

Le dernier exemple de loi de police personnelle évoqué par Louis Boullenois¹⁰⁹⁵ concerne la question de savoir si la contrainte par corps acceptée par un Français à l'étranger en garantie des engagements passés par contrat est soumise ou non aux dispositions de l'article 6 du titre XXXIV de l'ordonnance civile de 1667¹⁰⁹⁶ :

Je demande, à cette occasion, si des Français ayant passé des obligations en pays étranger où l'obligation par corps n'est pas de loi ordinaire, mais où il est permis de s'obliger par corps pour toutes sortes de cas, et s'étant soumis à la contrainte par corps dans un des cas prohibés par nos ordonnances, ils pourraient exciper de la disposition de nos ordonnances, pour se mettre à couvert de la contrainte par corps :

1°. Dans les pays étrangers, vis-à-vis des étrangers avec qui ils auraient contracté.

2°. S'ils le pourraient ici en France, vis-à-vis ces étrangers.

3°. S'ils le pourraient en pays étranger, vis-à-vis des Français.

4°. Si du moins, dans ce dernier cas, ils le pourraient ici en France.¹⁰⁹⁷

La deuxième question envisage directement le cas de la soumission éventuelle de l'étranger envers la loi et la juridiction françaises : l'étranger qui poursuit un débiteur français devant une juridiction française échouera-t-il à obtenir la contrainte par corps qu'il réclame, par application de la disposition protectrice de l'ordonnance civile ? Pour l'avocat parisien, la réponse à cette question

¹⁰⁹⁴ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, onzième observation, pp. 162-163.

¹⁰⁹⁵ En réalité, après la question de la contrainte par corps, Boullenois traite encore de deux questions soulevées en jurisprudence et portant toutes deux sur les règlements établis par le Parlement de Normandie et sur leur application dans l'espace et dans le temps (Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., pp. 166-171). Toutefois, comme l'auteur le reconnaît, les deux questions sont bien davantage relatives aux conflits de lois dans le temps qu'aux « questions mixtes » (eod. loc., p. 168) et elles ne figurent dans cette onzième observation que parce qu'elles regardent des règlements établis par une juridiction. Sur la première affaire, qui concerne le comté-pairie d'Eu, soumis à la coutume de Normandie, mais rattaché au Parlement de Paris, voir Louis FROLAND, *Mémoires concernant le Comté-pairie d'Eu et ses usages prétendus locaux*, Paris, 1729.

¹⁰⁹⁶ François-André ISAMBERT et alii, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XVIII (août 1661 – 31 décembre 1671), Paris, 1829, p. 173 : « Ordonnance civile », Saint-Germain-en-Laye, avril 1667, titre trente-quatrième « De la décharge des contraintes par corps », article 6 : « Défendons de passer à l'avenir, aucuns jugemens, obligations, ou autres conventions portant contrainte par corps contre nos sujets ; et à tous greffiers, notaires et tabellions de les recevoir, et tous huissiers et sergents de les exécuter, encore que les actes aient été passés hors notre Royaume, à peine de tous dépens, dommages, et intérêts » (souligné par nous). En vertu de cet article, la contrainte par corps n'est abrogée par l'ordonnance civile qu'en faveur des régnicoles et est maintenue à l'égard des étrangers.

¹⁰⁹⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, onzième observation, pp. 163-164.

suppose de mettre en balance les intérêts privés qui sont en concours dans la conclusion et l'exécution de la convention. En dépit du respect dû aux conventions, qui devrait permettre à l'étranger d'obtenir gain de cause devant le juge français, par application de la loi qui gouverne le contrat (et qui, par hypothèse, autorise la procédure de contrainte par corps), il constate que l'intérêt de l'étranger doit succomber devant l'intérêt du ressortissant français :

Sur la seconde question, le Français le pourrait-il en France, vis-à-vis l'étranger ? Il me semblerait, par les mêmes principes [*que ceux qui ont déterminé la première question*], qu'en France, le Français qui s'est obligé par corps avec un étranger, dans un lieu où la convention est autorisée, devrait pareillement être condamné par corps vis-à-vis de cet Etranger, parce qu'il convient mieux de déférer à la convention, en l'exécutant de bonne foi, que d'y donner atteinte, en déférant à une loi que l'étranger a pu raisonnablement ignorer, et que le Français a violée par dol et par surprise : la correspondance d'entre les Nations exige qu'on préfère ce parti qui est plus d'accord avec la bonne foi. Aussi Coquille nous assure-t-il qu'en France, tout dol est *coërcé* extraordinairement, et par prison. *Inst. au Droit François, tit. Des exécutions*¹⁰⁹⁸, et telle est la décision de Ménoch. ci-devant rapportée¹⁰⁹⁹.

Cependant je n'oserais pas assurer que cet avis fut suivi. L'Ordonnance de 1667, qu'il ne m'appartient pas d'interpréter, laisse à désirer de savoir si elle entend parler seulement des sujets contractant dans les pays étrangers entre eux, ou encore avec des Etrangers, et il paraîtrait que l'Ordonnance aurait voulu comprendre ce dernier cas, parce qu'il parle des actes passés hors le Royaume, et qu'il est plus ordinaire de contracter en pays étranger avec des étrangers qu'avec des Français ; et que, d'ailleurs, l'étranger venant ici implorer les lois de France est censé devoir les adopter en entier, et que les juges de France doivent craindre de heurter les lois du Souverain, dont ils tiennent leur qualité et leur autorité. D'ailleurs, le corps d'un Français est un bien de France, dont on ne peut disposer sans la permission du Prince.¹¹⁰⁰

Répondant à la première question, Louis Boullenois explique qu'il doute fort qu'un juge étranger accorde l'exception que lui réclame le Français qui viendrait plaider devant lui. La loi personnelle prohibitive, qui interdit ainsi au Français de s'obliger par corps, ne fait pas partie de cet « état universel de la personne » qu'un étranger ne peut, ni ne doit ignorer lorsqu'il contracte avec lui. Mais elle est trop particulière à la France pour ne pas encourager, de la part des Français, la tentation de céder à un comportement frauduleux en opposant cette disposition à un étranger de bonne foi¹¹⁰¹. Le particularisme de la loi française, le respect dû à la convention valablement formée et le refus de la fraude sont ces raisons que Boullenois considère, dans un premier temps, pour répondre à la deuxième question. Elles lui semblent justifier la condamnation, par un juge français, du Français à la contrainte par corps demandée par un étranger. Il est d'avis que la conviction du juge français pourrait, en ce cas, être emportée par « la correspondance entre Nations », formule qui n'est pas sans rappeler la *necessitas juris* ou la *comitas* chères à l'Ecole Hollandaise. Les besoins du commerce international sont de ces intérêts que les juges sont incités à prendre en compte.

Cependant, Boullenois ne croit pas que ces arguments suffiraient à faire pencher la balance en faveur de la soumission du Français à la contrainte par corps. Des intérêts plus importants

¹⁰⁹⁸ Guy COQUILLE, *Institution au Droit des François*, 3^e édition, Paris, 1611, titre « Des exécutions sur les biens meubles et immeubles et personnes, respits, cession de biens, et hypothèques », pp. 323- 351, spéc. p. 329.

¹⁰⁹⁹ Sur cette décision de Giacomo Menochio, voir, *supra*, note 1091, p. 453.

¹¹⁰⁰ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, onzième observation, pp. 164-165.

¹¹⁰¹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, onzième observation, p. 164. Il conclue en ces termes : « par ces raisons, j'estime que le Français serait valablement emprisonné dans le pays étranger, en vertu de l'obligation qu'il y aurait passée avec un étranger, avec d'autant plus de raison qu'en France, on prononce le *par corps* contre les étrangers pour toutes sortes de cas ».

viennent s'imposer au juge, qui ne peut s'y soustraire. L'ordonnance civile de 1667, en ses articles 4 et 6, a entendu, expressément, préserver les sujets du Roi de France de tout risque de contrainte par corps, que leur engagement ait été contracté en France ou à l'étranger, devant les juridictions françaises¹¹⁰². L'étranger qui viendrait plaider devant une juridiction française n'aurait pas plus de chances de voir sa demande reçue que le Français qui l'intenterait contre un compatriote. Les derniers motifs avancés par Boullenois en ce sens dessinent les contours d'une véritable loi de police territoriale, qui s'impose aussi bien aux Français qu'aux étrangers, et qui rend vaine toute possibilité de demander en justice la contrainte par corps en France. Cette loi de police est destinée à protéger les sujets du Roi de France, mais l'étranger ne peut se prévaloir de cette protection, puisqu'il demeure soumis à la contrainte par corps¹¹⁰³.

La dimension de loi de police s'accuse plus profondément par le prolongement personnel que connaît l'article 6 de l'ordonnance de 1667. Aux troisième et quatrième questions, Louis Boullenois confirme cette impression en répondant : « je ne fais pas de difficulté que le Français qui, en pays étranger, s'est obligé par corps avec un autre Français, contre la prohibition de l'ordonnance, en doit être déchargé en quelque juridiction qu'il plaide » et en s'autorisant des enseignements de Peck l'Ancien. La loi de police territoriale se prolonge donc en dehors des frontières pour accompagner les Français partout où ils se rendent et contractent des obligations¹¹⁰⁴ : l'impératif de l'article 6 du titre XXXIV de l'ordonnance civile qui entend préserver la personne des sujets du Roi est ainsi pleinement satisfait.

Dans la XI^e observation, la loi de police a naturellement une vocation territoriale, dans la mesure où elle assure la garantie de l'ordre public de l'Etat, mais cette dimension territoriale n'est pas exclusive d'une dimension personnelle et extraterritoriale dont les nombreux (et divers) exemples étudiés par Boullenois ne manquent pas de souligner l'importance. Par les considérations tenant à l'ignorance d'une loi particulière présentée comme personnelle ou encore à la fraude à la loi, le jeu de ce type de loi de police est bien plus sévèrement encadré que ne le serait une loi de police territoriale, dont la puissance et l'exclusivité ont pour elles d'être le reflet de la domination du Souverain.

¹¹⁰² Si Boullenois demeure très prudent, il semble que les formulations des articles 4 (« Défendons à nos cours et à tous autres juges de condamner aucuns de nos sujets par corps en matière civile... ») et 6 (« contre nos sujets ») du titre XXIV de l'ordonnance civile de 1667 (précitée à la note 330) ne laissent aucun doute à ce sujet.

¹¹⁰³ La règle est parfaitement admise jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Boullenois la signale dans la réponse qu'il formule au sujet de la première question, mais elle est mentionnée par les principaux répertoires de jurisprudence du XVIII^e siècle : Claude-Joseph de FERRIERE, *Dictionnaire de droit et pratique*, Paris, 1769, tome 1^{er}, v^o « Contrainte par corps », pp. 362-364, spéc. p. 364 ; Joseph GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1777 (t. 15, Consentement - Contrôle), v^o « Contrainte par corps », pp. 242-264, spéc. pp. 250-251, citant un arrêt *Cokonouski* du 2 septembre 1684, rendu par la Grand'Chambre du Parlement de Paris, qui a condamné par corps un ressortissant polonais à s'acquitter de la dette née de sa pension et de son logement envers son logeur français (voir Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, tome 3^{ème}, Paris, 1757 (1674-1685, par François Jamet de la Guessière), chapitre XXXIV, p. 931) ; Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1786, tome 5^{ème}, v^o « Contrainte par corps », § I, n^o5, pp. 443-444 : « une dernière chose à observer sur l'abrogation des contraintes, et sur les défenses de la stipuler..., c'est que le législateur ne s'est occupé de ses sujets. Il n'y a donc que les régnicoles qui participent à ces faveurs. Les étrangers sont demeurés sujets à la contrainte par corps... ».

¹¹⁰⁴ La solution qui voit dans l'article de l'ordonnance civil de 1667 une loi de police personnelle n'est pas sans rappeler l'un des raisonnements qui a pu motiver le Parlement de Bretagne, dans son arrêt *Platon* du 23 juin 1646, relatif à la contrainte par corps dont sont exemptes les Bretonnes à titre civil : voir, *infra*, pp. 603-604.

§ 2. Les statuts prohibitifs et les statuts exorbitants dans la doctrine de Louis Boullenois.

Parmi les déclinaisons du quatrième principe général du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, qui regroupe les « lois [du Souverain] qui assujettissent les étrangers », les lois relatives à la condition et au sort des biens que ces étrangers posséderaient « dans l'étendue de sa souveraineté » rappellent toute la force contraignante qui s'attache à la souveraineté/territorialité envisagée du point de vue du statut réel¹¹⁰⁵. L'affirmation, exposée sur le plan international, se vérifie à propos des conflits internes mettant aux prises les coutumes dans leur diversité. Le système de résolution des conflits de lois de Louis Boullenois est sans doute l'un de ceux qui représentent et symbolisent le mieux les enseignements et les limites de l'École française des statuts, tout entière centrée sur la distinction des statuts réels et des statuts personnels, comme le confirme le titre de sa grande œuvre. Ce système se ne distingue pas, comme celui de Jean Bouhier, par le caractère novateur de l'approche qu'il adopte à propos de cette *summa divisio*, mais bien davantage par la très grande complexité de l'ensemble, due à un souci constant d'entrer dans les détails et à une discipline de travail qui le conduit à vouloir confronter toutes les opinions jurisprudentielles émises sur une question de droit pour la trancher plus sereinement. Auteur scrupuleux, peut-être trop pour son propre bien, l'avocat parisien s'est constamment nourri de la jurisprudence et de la doctrine – qu'elle soit italienne, française ou « hollandaise » – pour construire sa propre réflexion.

De manière classique, la doctrine de Boullenois s'articule, formellement, autour de la division entre statuts personnels et statuts réels. Sa construction laisse même une place aux statuts mixtes, dans la mesure où ceux-ci participent, tant du point de vue de l'objet que de l'effet, des deux natures, personnelles et réelles. De l'aveu de son auteur, une telle classification se centre essentiellement sur le « matériel » du statut, en cherchant, par conséquent, à déterminer si « l'objet premier, principal et dominant » de celui-ci est tantôt la personne, tantôt la chose, tantôt la personne et la chose envisagées à part égale¹¹⁰⁶. Mais, en dépit d'une telle affirmation, qui semble définitive et dénuée de la moindre ambiguïté¹¹⁰⁷, l'auteur sent bien lui-même que cette répartition n'est pas exhaustive et que le critère matériel révèle bien vite ses insuffisances. Force lui est de convenir que toutes les questions de droit ne se ramènent pas aux domaines assignés aux statuts réels et personnels et qu'il faut faire, nécessairement, une place à toutes ces matières que la *summa divisio* laisse de côté¹¹⁰⁸ : ainsi des actes juridiques¹¹⁰⁹, de la forme des actes¹¹¹⁰, de la procédure¹¹¹¹ et, bien entendu, des « lois de police » et des lois pénales¹¹¹².

¹¹⁰⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, « Principes généraux », quatrième principe, p. 3.

¹¹⁰⁶ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, « Principes généraux », septième principe, p. 4 : « Les Lois d'un Souverain ont pour objet premier, principal et dominant, tantôt de régler l'état et la condition de la personne, tantôt de ne régler que les choses, et tantôt de régler également l'un et l'autre ».

¹¹⁰⁷ Depuis la première règle qui figure dans le « Discours préliminaire » qui ouvre les *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, de 1732, p. XIX : « Tout statut est personnel, ou réel ; il n'y en a point de mixte », la pensée de Boullenois a fortement évolué. Postérieurement, dans le *Traité*, Louis Boullenois reviendra sur ce dernier membre de phrase pour préciser sa pensée au sujet des statuts mixtes.

¹¹⁰⁸ Cette tendance à dépasser la *summa divisio* pour évoquer les statuts hors classification est déjà patente dans la sixième des *Questions sur les démissions de biens*, en date de 1727 : « Cela présupposé, pour descendre imperceptiblement aux questions qui font l'objet de la présente dissertation, il faut observer que, dans tous les actes de la vie civile, on peut envisager quatre objets différents. Le premier est la capacité de celui qui le paraphe. Le second, les formalités qui l'accompagnent. Le troisième, les choses dont on dispose, ou à l'occasion desquelles l'acte se passe. Enfin, la procédure qu'il faut suivre pour parvenir à l'exécution de l'acte » (p. 133). Voir Armand LAINE, *Introduction*, *op. cit.*, tome 2nd, pp. 37-38.

¹¹⁰⁹ Les actes juridiques font l'objet de la longue observation quarante-sixième du *Traité* (tome II, pp. 445-538).

Attaché à la force de la tradition statutiste et désireux de maintenir, autant que possible, une division bipartite (ou tripartite) dont il ressent pourtant les lacunes, Boullenois choisit de doubler la classification matérielle d'une classification *ab effectu*, qu'il a héritée de Christian Rodenburg et de Paul Voet. Dans les faits, l'opération de qualification d'un statut s'attache aussi bien à l'extension dans l'espace dudit statut – son effet territorial ou extraterritorial – qu'à l'objet principal. Si Boullenois est parfaitement conscient de la distinction entre objet et effet, il est insensiblement conduit à assimiler la réalité à la territorialité et la personnalité à l'extraterritorialité. C'est à ce prix qu'il peut espérer contourner les difficultés posées par la classification matérielle française et ranger, à la manière hollandaise, toutes les questions de droit à l'intérieur des deux catégories-tiroir qui portent les noms de personnalité et de réalité des lois. La coïncidence entre l'objet et l'effet du statut, qui s'inscrit dans un mouvement déjà perceptible depuis, au moins, d'Argentré et que n'ont fait qu'assumer de façon plus frontale ses successeurs, traduit une réception mesurée – et redimensionnée, le cas échéant, à l'échelle des conflits de coutumes – des préceptes souverainistes et territorialistes de l'École hollandaise.

La division des statuts que consacre Louis Boullenois dans le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, qui représente le dernier état de sa pensée concernant la discipline des conflits de lois, reflète, derrière son apparence « byzantine »¹¹¹³, la tension constante qui se manifeste entre la volonté affichée de l'auteur de faire prévaloir la classification matérielle, d'ascendance française, et la propension de plus en plus marquée à raisonner *ab effectu*, conformément à l'inspiration hollandaise qui est la sienne¹¹¹⁴. La double influence de Rodenburg, de l'autorité duquel le *Traité* se réclame, et de Paul Voet s'y fait sentir de manière plus aiguë que dans les *Questions sur les Démissions de biens*¹¹¹⁵ et les *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*. Dans les faits, la prise en compte, par l'auteur, de l'application dans l'espace de chaque statut pour en déterminer le caractère, soit réel, soit personnel, justifie amplement les distinctions et sous-distinctions qui

¹¹¹⁰ Sur les actes juridiques et la forme des actes, voir les principes généraux du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, pp. 1-11 : après avoir abordé les questions personnelles et réelles, Louis BOULLENOIS enchaîne sur les actes juridiques, envisagés du point de vue de leur formalité comme de leur contenu matériel, à partir du trente-huitième principe (*eod. loc.*, pp. 9-11).

¹¹¹¹ Sur la procédure, abordée, la plupart du temps, de manière diffuse dans les trois œuvres de Boullenois, voir les quarante-cinquième et quarante-sixième principes généraux du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, p. 10.

¹¹¹² Voir, *supra*, pour une étude de l'observation onzième, pp. 441-458.

¹¹¹³ Selon l'heureuse expression de Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, p. 80.

¹¹¹⁴ Dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, p. 85, Louis BOULLENOIS se défend de reprendre à son compte la classification *ab effectu* des statuts que Jean Bouhier a héritée de Paul Voet et maintient sa préférence pour une classification matérielle : « M. le P. Bouhier expose deux... définitions proposées par Voet, savant professeur hollandais. La première est que le statut réel est celui qui affecte principalement les choses, encore qu'il ait aussi égard à la personne et que le statut personnel est celui qui affecte principalement la personne, encore qu'il ait aussi égard à la chose. La seconde prise, *ab effectu*, est celle-ci, le réel est celui dont le pouvoir ne s'étend pas au-delà de son territoire et le personnel est celui qui étend son empire sur les biens de ceux qui lui sont soumis en quelques lieux qu'ils soient situés. De ces deux définitions, M. le P. Bouhier adopte la deuxième par préférence à la première, après avoir remarqué qu'en l'état où sont les choses, on n'en saurait donner de bonnes.

Je conviendrai avec M. le P. Bouhier que la chose est effectivement difficile, parce que, dans une matière aussi composée et aussi variée que celle des statuts, il n'est pas aisé d'embrasser dans une définition un si grand nombre de lois qui règlent tant et tant de différentes choses, et qui sont énoncées si différemment.

Mais, dans cette espèce d'impossibilité, j'avoue qu'entre les deux définitions de Voet, j'aurais de la peine à donner la préférence à la seconde sur la première. En effet, une définition prise *ab effectu*, n'est pas une définition de la chose, mais une conséquence de la chose ; ce n'est pas donner l'essence de la chose, mais son effet. Au contraire, la première me paraît remplir plus exactement la nature du statut personnel et du réel. Le premier est appelé personnel à cause de la personne, et le second est appelé réel à cause de la chose ».

¹¹¹⁵ Sur l'influence des deux auteurs hollandais sur Louis Boullenois dans les *Démissions de biens*, voir Véronique DEMARS-SION, *La contribution de Louis Boullenois*, *op. cit.*, II^e partie, pp. 76-77.

caractérisent sa classification des statuts. Le critère de l'objet principal se voit ainsi concurrencé – et, *in fine*, supplanté – par le critère de l'effet du statut. En effet, la force imprimée par le statut réel immobilier constitue toujours un obstacle à l'extraterritorialité de principe reconnue au statut personnel, forçant Boullenois à intégrer cette considération dans son économie générale du conflit de lois. Davantage qu'une dilection avérée pour le statut réel, l'avocat parisien manifeste une grande conscience du poids que les enseignements de la doctrine et de la jurisprudence font peser sur la science du conflit de lois : la suprématie du statut réel s'impose à lui, plutôt qu'il ne cherche à l'imposer.

Ce « retour à la réalité » se traduit par l'importance du rôle de mécanismes correctifs accordé aux statuts prohibitifs et aux statuts exorbitants ou odieux, dès lors qu'une solution concrète impose de confiner le statut personnel dans d'étroites limites. En pareil cas, l'opération de qualification revêt une dimension téléologique et s'effectue à rebours, au détriment du critère matériel, relégué en arrière-plan : c'est bien l'impérieuse territorialité qui dicte le recours au « statut réel » et non l'inverse.

Ces instruments n'ont d'autre raison d'être que celle qu'ils tirent de leur vocation : faire barrage, *a priori* ou *a posteriori*, aux effets théoriquement extraterritoriaux du statut réel. C'est donc au regard de la division des statuts *ab effectu* érigée en principe par Louis Boullenois qu'ils tirent leur caractère extraordinaire (A.). Faute de définition théorique avancée par l'auteur, cette division est le seul moyen de comprendre les modalités selon lesquelles s'exerce l'action paralysante attachée à ces statuts prohibitifs (B.) et autres statuts exorbitants (C.).

A. La division ordinaire des statuts et la suprématie de la réalité/territorialité sur la personnalité/extraterritorialité.

Dans le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, qui n'est, de ce point de vue, que le prolongement et l'approfondissement de ses œuvres antérieures, Boullenois s'astreint à intégrer, avec méticulosité, tous les cas de figure particuliers à l'intérieur d'une division des statuts qui ne se contente plus d'affirmations générales. La complexité apparente de cette division tient à ce qu'il dégage, formellement, six classes de statuts (quatre types de statut personnel et deux types de statut réel) et qu'en ne se préoccupant pas de distinguer le genre de l'espèce, il place ainsi les statuts accessoires sur le même plan que les statuts principaux. Cette classification, exposée dans les observations IV^e à VI^e de son ouvrage, et qu'il va s'attacher à mettre en œuvre par la suite, se compose autour de la traditionnelle répartition bipartite des statuts, répartition qui n'exclut pas la présence de statuts mixtes, qui forment un troisième membre, en théorie, mais qui, en pratique, constituent une simple hybridation des caractères personnel et réel. Il faut, pour rentrer dans le détail, distinguer :

1a) Les statuts personnels universels¹¹¹⁶, qui se partagent ainsi entre statuts personnels universels indéfinis¹¹¹⁷ et statuts personnels universels *secundum quid*¹¹¹⁸ ;

¹¹¹⁶ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, douzième principe, p. 5 : « Les lois personnelles universelles sont non seulement celles qui forment et déterminent l'état et la condition de l'homme, généralement pour tous actes ; telles sont celles qui déterminent la majorité, ou la minorité, celles qui interdisent de toute administration ; mais ce sont encore celles qui ne donnent un état que pour une certaine nature d'acte qui emporte par lui-même, et dans son exercice, une sorte d'universalité. Telles sont les lois qui émancipent un mineur. *Obs. 4* ».

¹¹¹⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, quatrième observation, p. 46 : ces statuts sont ceux « qui règlent effectivement l'état universel de la personne, c'est-à-dire un état qui affecte la personne

- 1b) Les statuts personnels particuliers¹¹¹⁹, qui, suivant le « matériel » sur lequel ils portent, personnes ou choses, peuvent être soit purs personnels, soit personnels réels¹¹²⁰ ;
 2) Les statuts réels, qui peuvent être soit purs réels, soit réels personnels¹¹²¹.

Le caractère alambiqué de cette classification ne doit pas être exagéré, comme elle a pu l'être par l'historiographie traditionnelle, qui y a vu un signe de confusion et de fébrilité¹¹²². Ainsi, les diverses subdivisions du statut personnel universel présentent, essentiellement, un caractère théorique qui n'ont guère d'incidence sur leur régime qui demeure uniforme. Ainsi encore, le statut personnel réel et le statut réel personnel ne sont, en réalité, qu'un seul et même statut, mélangé de personnel et de réel, et le seul qui se puisse qualifier de « mixte ». De six classes, la division peut se réduire, en pratique, à trois catégories de statuts : les statuts personnels, les statuts réels et les statuts personnels réels, dont l'autonomie, toute relative, ne se justifie que par des raisons d'opportunité.

En effet, les définitions données par Louis Boullenois dans son *Traité* se comprennent par le souci constant que l'auteur affiche de distinguer, d'une part, la situation du majeur capable qui peut être affecté, à titre exceptionnel et ponctuel, d'une incapacité spéciale d'exercice, et, d'autre part, celle du mineur incapable doté, à titre exceptionnel et ponctuel, d'une capacité spéciale d'exercice. En vérité, c'est à l'aune de cette discrimination, qui traverse les observations IV^e à VI^e, que doit se recomposer sa classification des statuts¹¹²³. Et c'est, donc, en considération de la

d'une qualité qui s'étend sur tous les actes de la société civile... ; tels sont ceux de la majorité, de la minorité, de l'interdiction pour démence, pour prodigalité, et peut-être quelques autres semblables ».

¹¹¹⁸ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, quatrième observation, pp. 46-47 : « Mais il est des statuts personnels universels plus subordonnés, en ce qu'ils ne fixent pas l'état de la personne, généralement pour tous les actes de la société civile mais l'affecte (*sic*) seulement d'une qualité dont l'usage et l'exercice, quoique bornés à une seule nature d'acte, s'étend (*sic*) néanmoins sur tous les biens de la personne, et je les appelle personnels universels, *secundum quid*. Telle est l'émancipation qui donne à un mineur la capacité de gérer et administrer seulement les revenus, mais dont l'administration s'étend sur tous les biens, sans pouvoir d'ailleurs les vendre, les aliéner, ni les hypothéquer. Ainsi, pour qu'un statut soit dit personnel universel, il n'est pas nécessaire qu'il règle universellement l'état total et entier de la personne ; il suffit qu'il affecte la personne pour une nature d'actes qui emporte, dans son exercice, une sorte d'universalité ».

¹¹¹⁹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, quatrième observation, p. 47 : il s'agit de « ceux qui affectent les personnes pour quelques actes particuliers seulement, en rendant les personnes qui sont capables par état, personnellement incapables pour ces actes particuliers, ou les incapables par état, capables de ces mêmes actes... Ces statuts particuliers sont personnels, parce que, nécessairement ils doivent affecter la personne. Car ce n'est qu'à cause de cette affectation qu'ils sont personnels, et ils sont dits personnels particuliers, parce qu'ils n'affectent que pour certains actes ».

¹¹²⁰ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, quatrième observation, p. 48 : « Ces statuts personnels particuliers sont, ou purs personnels, ou personnels réels, selon l'objet qu'ils peuvent avoir : si le sujet et le matériel sont purs personnels, comme un cautionnement, le statut, est pur personnel ; si le sujet et le matériel sont réels, comme serait un fonds, le statut est personnel réel ».

¹¹²¹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, p. 80 : « En effet, il est nécessaire qu'il y ait deux statuts réels. L'un réel personnel... et l'autre pur réel. La raison en est qu'il y a des statuts qui donnent souvent à des incapables par état, une habilité et capacité qu'ils n'ont pas par état, et il faut que ces statuts soient personnels, puisqu'ils habilent la personne incapable par état, et ils sont réels, parce que cette habilité est bornée et limitée pour quelques biens particuliers ; il y en a de purs réels, parce que ceux-ci, loin d'habiliter la personne et de la rendre capable, d'incapable qu'elle est par état, ôtent même à l'homme capable, la capacité qu'il a, et ce, quant à certains biens seulement ».

¹¹²² Armand LAINE, *Introduction*, *op. cit.*, tome 2nd, pp. 155-165.

¹¹²³ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, livre ainsi, dans sa cinquième observation, deux définitions plus approfondies du statut personnel et du statut réel : « Le statut personnel est une loi, une ordonnance, un règlement, une coutume, dont les dispositions affectent la personne, soit que cette affectation imprime en elle une qualité purement politique et distinctive, soit que cette affectation ait pour objet de rendre la personne capable, ou incapable par état et condition pour les actes du commerce civil, sans d'ailleurs parler des biens, si ce n'est par la suite et la conséquence de l'état dont l'homme est affecté » (*eod. loc.*, p. 78) ; « Le statut pur réel est celui qui affecte directement les biens en fixant leur sort et leur destination par une disposition particulière et indépendante de

territorialité ou de l'extraterritorialité de leurs conditions respectives que se déterminent les caractères, réels ou personnels, des statuts qui leur sont applicables. L'étude doit s'en faire en trois temps. D'abord, c'est en se plongeant dans les arcanes de la division des statuts et en élucidant l'épineux problème posé par les incapacité et capacité spéciales reconnues, d'une part, au majeur capable de son état et d'autre part, au mineur incapable de son état qu'il est possible de discerner le caractère prohibitif ou permissif d'un statut (1.). Ensuite, l'analyse du statut personnel particulier réel permet de distinguer le cas d'un statut personnel exclusivement territorial, seul cas d'un statut véritablement mixte où la dimension personnelle se marie avec la réalité/territorialité (2.). Sur ces deux questions, l'autorité de Dumoulin s'est faite décisive. Mais elle ne l'est pas moins que l'influence que les Hollandais ont pu exercer sur le système de pensée de Boullenois. En fin de compte, la logique *ab effectu* et *a persona* de sa division des statuts doit s'interpréter, ou se réinterpréter, à la lumière de la coïncidence entre l'objet et l'effet. Confronté à la prédominance du statut réel, l'avocat parisien est forcé de lui donner une explication : en choisissant de voir dans la suprématie du statut réel celle de la souveraineté/territorialité (3.), il ne fait autre chose que de projeter sa division dans l'espace et d'en déduire les conséquences sur la sujétion au statut qu'éprouvent les domiciliés et les étrangers.

1) La question des incapacité et capacité spéciales : la détermination du caractère prohibitif ou permissif du statut à travers la division bipartite des statuts.

En voulant traiter la particularité de la situation du majeur capable et du mineur incapable au regard des actes particuliers qu'ils sont susceptibles de passer dans leur vie civile, Boullenois est conduit à justifier le choix de ses subdivisions par leur projection dans l'espace. L'effet recherché dicte la qualification. Ainsi, l'état et la condition de la personne majeure sont réglés par son statut personnel universel : ce dernier lui reconnaît une capacité générale d'exercice qu'elle porte partout et en tous lieux, conformément à l'extraterritorialité qui s'attache au statut personnel¹¹²⁴. De même, l'état et la condition de la personne mineure sont réglés par son statut personnel universel : ce dernier lui reconnaît une incapacité générale d'exercice qu'elle porte partout et en tous lieux, pour les mêmes raisons¹¹²⁵.

Toutefois, à l'égard de certains actes particuliers, la personne majeure peut subir une incapacité spéciale d'exercice, qui retire exceptionnellement la faculté que son état et sa condition lui reconnaissent par principe ; la personne mineure peut bénéficier d'une capacité spéciale d'exercice, qui lui octroie exceptionnellement la faculté que son état et sa condition lui déniaient par principe. Quel statut est attiré à intervenir dans l'un et l'autre cas ? C'est là que Boullenois distingue selon la nature des actes :

1° Si l'incapacité spéciale du majeur tombe sur un acte personnel, le majeur est astreint à un statut personnel particulier. Puisqu'il s'agit d'une interdiction, le statut est alors qualifié de « statut négatif prohibitif » et étend ses effets partout¹¹²⁶.

l'état personnel dont l'homme est affecté pour les actes du commerce civil, encore que, quelquefois, ce statut ait égard à l'état personnel que nous avons ci-devant appelé (*sic*) pur politique et distinctif » (*eod. loc.*, p. 83).

¹¹²⁴ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, p. 101, premier et second principes.

¹¹²⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, pp. 101-102, premier et quatrième principes.

¹¹²⁶ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, quatrième observation, p. 49 : « Quand l'état universel d'une personne est un état de capacité, le statut personnel particulier dont il peut être affecté

2° Si la capacité spéciale du mineur tombe sur un acte personnel, le mineur est astreint à un statut personnel particulier. Puisqu'il s'agit d'une permission, le statut est alors qualifié de « statut permissif affirmatif » et étend ses effets partout¹¹²⁷.

3° *A contrario*, si l'incapacité spéciale du majeur tombe sur un acte réel, le majeur se heurte tout simplement au statut réel du lieu, qui est porteur de la prohibition qui paralyse sa capacité à agir civilement. Or, par nature, la *lex rei sitae* est purement territoriale¹¹²⁸.

4° Si la capacité spéciale du mineur tombe sur un acte réel, le mineur bénéficie d'un statut personnel particulier réel¹¹²⁹. Invinciblement lié à un bien, ce statut est, *a priori*, territorial et renfermé au lieu du domicile *rigore juris*, sauf si la « fraternité » des lois conduit la loi du lieu de situation à admettre ou à tolérer un pareil statut particulier¹¹³⁰. Les termes employés sont très proches de ceux qu'aurait employé un Rodenburg ou un Paul Voet s'ils s'étaient exprimés sur ce point.

L'effet du statut personnel particulier doit donc être distingué selon qu'il porte sur un acte personnel ou qu'il porte sur un acte réel. La liaison objet-effet n'est jamais aussi évidente que dans ce cas :

Mais il y a cette différence entre le statut particulier pur personnel et le statut particulier personnel réel, en ce que le premier se porte partout : il affecte uniquement la personne pour la personne. Le second n'affecte la personne que pour le fonds dont est question, et, par cette raison, je l'appelle

est toujours négatif et de prohibition. La raison en est que le capable par état peut tous les actes de la vie civile. Son pouvoir est général ; et s'il est empêché de faire quelques-uns de ces actes, il ne peut être affecté par cette prohibition particulière qu'autant qu'elle dérange son état en quelque chose, et elle ne saurait le déranger qu'en lui interdisant quelque acte personnel... Mais, si la loi défend à une femme majeure de s'obliger pour autrui, cette défense qui regarde un acte pur personnel, est personnelle et affecte la femme d'une incapacité particulière personnelle... On voit donc qu'à l'égard d'un capable par état, le statut personnel particulier qui dérange son état doit être nécessairement négatif prohibitif ». Voir le résumé qui en est donné dans la cinquième observation, p. 101, second et troisième principes.

¹¹²⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, quatrième observation, pp. 49-50 : « Quand, au contraire, l'état général d'une personne est un état d'incapacité, le statut personnel particulier dont il peut être affecté est un statut permissif affirmatif, parce qu'il faut que ce statut lui permette ce que son état général lui défend, et qu'il le relève de son incapacité d'état pour un acte particulier ». Voir le résumé qui en est donné dans la cinquième observation, p. 102, cinquième principe.

¹¹²⁸ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, quatrième observation, p. 49 : « ... car, si l'acte prohibé à un capable est réel, la personne n'est pas affectée par ce statut prohibitif, qui n'a pour objet que les biens. Elle est arrêtée seulement dans l'exercice de certains actes que lui permet son état de capacité » ; cinquième observation, p. 80 : « ... Il y a des Statuts qui donnent souvent à des incapables par état, une habilité et capacité qu'ils n'ont pas par état, et il faut que ces Statuts soient personnels, puisqu'ils habiliteront la personne incapable par état, et ils sont réels, parce que cette habilité est bornée et limitée pour quelques biens particuliers ; il y en a de purs réels, parce que ceux-ci loin d'habiliter la personne et de la rendre capable, d'incapable qu'elle est par état, ôtent même à l'homme capable, la capacité qu'il a, et ce, quant à certains biens seulement » ; cinquième observation, p. 82 : « Les Statuts purs réels... ne donnent pas à l'homme une capacité d'agir, mais renferment très ordinairement une négation de capacité, et une limitation et restriction de celle que l'homme a par état, qui, étant illimitée par elle-même, est réduite et restreinte par rapport à certains actes seulement, en sorte que ceux même conçus en termes affirmatifs, sont souvent négatifs dans ce qui est au-delà de ce qu'ils ordonnent et permettent » ; *eod. loc.* : « Les statuts réels s'adressent toujours à des hommes capables par état, et qui peuvent généralement faire tous les actes de la société civile ; mais qui sont réduits par le statut réel, à pouvoir, ou ne pouvoir disposer, par rapport à certains biens, que d'une manière bornée et limitée ». Voir le résumé qui en est donné dans la cinquième observation, p. 101, troisième principe.

¹¹²⁹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, p. 102, cinquième principe.

¹¹³⁰ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, quatrième observation, p. 50 : « Le statut personnel réel doit être, *selon la rigueur*, renfermé dans le lieu du domicile, comme nous l'avons observé, et ne s'étend pas ailleurs. Il y a pourtant une exception que je crois nécessaire, qui est lorsque la loi de la situation admet, ou expressément, ou tacitement un pareil statut particulier ; car, en ce cas, les lois de ces différents endroits fraternisant par l'adoption expresse ou tacite des mêmes lois, elles se prêtent mutuellement la main à titre de *fraternité* » (souligné par nous).

Statutum personale in rem scriptum ; qui doit être, par conséquent, borné aux biens situés dans l'étendue du domicile, parce que l'état général de la personne se porte bien partout, et cela pour le bien commun des Nations ; mais il n'est pas du bien commun des Nations que l'état particulier de la personne se porte partout, quand cet état n'a pour objet que quelque fonds, parce que les différentes lois des différentes situations des biens, ont chacune droit de régir les fonds, raison pour laquelle j'appelle ces sortes de capacités, des capacités personnelles réelles.

Mais on m'opposera peut-être que, puisque le statut personnel universel se porte partout et règle indirectement, et par conséquent, les biens situés ailleurs, il faut dire la même chose du statut particulier personnel réel ; mais nous avons déjà répondu que le bien commun des Nations exigeait l'un et n'exigeait pas l'autre.

En effet, le statut personnel universel est de disposition nécessaire et indispensable, et il est encore indispensable que les différentes Nations défèrent à ce statut, parce que l'on sent quelle confusion il y aurait dans la société, s'il en était autrement, et qu'en cela les Nations ne défèrent qu'à l'état de la personne ; au lieu que, quand le Statut n'est que personnel particulier réel, il renferme une disposition particulière qui n'est jamais qu'un arrangement singulier qui regarde la disposition d'un fonds, et les autres Nations ne sont pas obligées de déférer à cet arrangement singulier.¹¹³¹

La question de la capacité et de l'incapacité d'une personne, qui est sans doute l'une des plus complexes auxquelles ont pu avoir affaire les auteurs de la théorie des statuts, révèle les différentes influences qui s'entrecroisent au sein du système de Louis Boullenois. Au fur et à mesure de l'avancée de son œuvre, celui-ci s'est avéré de plus en plus sensible aux idées de Charles Dumoulin et il reconnaît lui-même, dans le *Traité*, la dette qu'il doit à son illustre prédécesseur. C'est en partant de la distinction mise en avant par Dumoulin entre les statuts « qui disposent et ordonnent de manière que le ministère de l'homme n'est pas nécessaire et ceux qui disposent et ordonnent de ce que l'homme peut ou ne peut pas » que Boullenois a, de son propre aveu, ressenti le besoin d'échafauder cette construction complexe qui s'encombre de subdivisions subtiles pour cerner, au mieux, la vigueur des permissions ou des défenses qui lui sont faites¹¹³². Une fois déterminés l'état et la condition d'une personne, il faut, pour déterminer le matériel du statut, se demander si la permission ou la prohibition est une suite logique et une dépendance de son état et de sa condition ou si, au contraire, elle est édictée contre son état et sa condition¹¹³³. La distinction

¹¹³¹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, quatrième observation, pp. 48-49.

¹¹³² Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, cinquième observation, p. 97 : à la question posée, p. 94, « Quelle est donc la règle qu'il faut observer pour distinguer les différentes sortes de statuts ? », l'auteur débute sa réponse ainsi : « Voici donc ce que je pense. Je distingue d'après M. Ch. Du Molin deux sortes de statuts ; ceux qui disposent et ordonnent de manière que le ministère de l'homme n'est pas nécessaire, et ceux qui disposent et ordonnent de ce que l'homme peut ou ne peut pas ». La première sorte de statuts ne pose guère de difficulté : « Quant aux premiers statuts, c'est par rapport à eux qu'il est vrai de dire indistinctement, que c'est la matière et le sujet renfermés dans ces statuts, qui décident de leur nature et de leur qualité. C'est pourquoi si le sujet et la matière renfermés dans la loi sont personnels, la loi est personnelle, et elle est réelle, si le sujet et la matière sont réels ». C'est la seconde sorte de statuts qui pose difficulté. Sur la doctrine de Dumoulin, voir, *supra*, pp. 117-139, et, plus particulièrement, Philippe MEYLAN, « Les statuts réels et personnels dans la doctrine de Dumoulin », *Mélanges Paul Fournier*, Paris, 1929, pp. 511-526. L'influence de Dumoulin sur le Boullenois du *Traité* ne se manifeste pas uniquement en termes de division des statuts : elle est plus que sensible à propos des actes juridiques : voir, à ce propos, la quarante-sixième observation du *Traité*, tome 2nd, pp. 445-538.

¹¹³³ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, cinquième observation, pp. 97-98 : « Mais, quant aux Statuts qui disposent et ordonnent ce que l'homme peut ou ne peut pas, la difficulté est plus grande, et voici, je crois, comment on doit s'y prendre communément pour en déterminer la nature et la qualité, du moins quant à la plus grande partie de ces Statuts. Il faut, selon moi, examiner deux choses : 1^o. Quel est (*sic*) l'état et la condition de celui à qui la permission est accordée ou à qui la défense est faite ? 2^o. La permission ou la défense sont-elles la suite, et la dépendance de l'état, ou de la condition de la personne, ou sont-elles contre son état et sa condition ? ».

fondamentale de Dumoulin joue, certes, un rôle décisif au moment de déterminer l'objet du statut, mais, comme c'était déjà le cas dans la doctrine de cet auteur, elle ne peut faire l'économie d'une prise en considération de l'application dudit statut dans l'espace¹¹³⁴. Dès lors que les prémisses de Boullenois sont acceptées, il est aisé d'en déduire que tout statut personnel particulier (restrictif ou attributif de capacité selon la personne) a vocation à l'extraterritorialité, alors que, dès qu'entre en jeu un droit portant sur une chose, le statut du lieu de situation imposera toujours sa territorialité absolue et inconditionnelle, en déterminant la prohibition ou la permission réelle à laquelle la personne est soumise¹¹³⁵. Ainsi, l'homme capable est nécessairement soumis aux prohibitions réelles du lieu en vertu du statut réel ; l'incapable, au contraire, se voit offrir, par la force d'un statut personnel particulier réel, la permission d'agir dans le lieu de situation que son état et sa condition, fixés par la loi de son domicile, lui refusent d'ordinaire¹¹³⁶.

2) Le statut personnel exclusivement territorial : le statut personnel particulier réel comme « statut mixte ».

L'influence de Dumoulin ne s'arrête pas là : par un paradoxe qui n'est qu'apparent, c'est à lui, et non à d'Argentré, que Boullenois doit sa conviction qu'il existe un statut mixte, matérialisé sous la forme des statuts personnels réels. En s'interrogeant sur le statut qui dispose que « les conjoints peuvent se donner leurs meubles et leurs immeubles conquêts », il explique qu'à la différence du conjoint majeur, le conjoint mineur, lui, bénéficie d'un statut personnel particulier réel, à condition qu'il soit domicilié au lieu du statut. Le statut est personnel, en l'affectant d'une capacité spéciale que lui refuserait en théorie son état d'incapacité, et est réel, en déterminant sa faculté d'agir par rapport à certains biens¹¹³⁷.

Or, le statut personnel particulier, lorsqu'il porte sur un acte réel, est nécessairement relatif à une personne incapable d'état et de condition et c'est précisément ce qui explique que Boullenois en tire la conséquence logique *ab effectu*. En effet, à l'instar de Dumoulin, il admet, avec ces statuts mixtes¹¹³⁸, qu'il puisse y avoir des statuts personnels aux effets purement territoriaux : douée d'une

Dans ce dernier cas, Boullenois distingue une nouvelle fois selon que la permission ou défense trouble et dérange, ou non, l'état et la condition d'une personne. Tous les statuts évoqués par Boullenois dans sa classification trouvent, alors, leur place et leur utilité.

¹¹³⁴ Sur la doctrine de Dumoulin, voir, *supra*, pp. 125-139.

¹¹³⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, p. 98.

¹¹³⁶ Sauf coïncidence ou compatibilité des dispositions de la loi du lieu de situation et de la loi du domicile, auquel cas Boullenois plaide pour une fraternité des coutumes. Voir, *supra*, note 1130 et la référence.

¹¹³⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, p. 83 : à la différence du cas du majeur, pour qui le statut réel accorde un « pouvoir limité » qui « est moins un pouvoir effectif de donner les meubles et les conquêts, qu'une défense de donner au-delà », sans altérer sa capacité générale, le mineur est soumis à un régime hybride : « si le statut s'adressait à des incapables par état, pour lors, ce statut ne serait pas pur réel, mais serait personnel réel, en ce qu'il les affecterait en les rendant capables, d'incapables qu'ils seraient par état ; et, comme personnel, il ne pourrait agir que sur les domiciliés et serait inutile à tous autres qui, domiciliés ailleurs, seraient incapables par état, et à qui la loi de leur domicile n'accorderait pas une pareille capacité. Quand je dis que le statut qui rend un mineur conjoint capable de donner à son conjoint est un statut personnel, il faut ajouter qu'il est personnel réel ; d'où j'ai estimé, comme on verra à la fin de l'Observation suivante, qu'il y avait des statuts mixtes ; c'est-à-dire qui ne sont ni purs personnels, ni purs réels, mais tout à la fois personnels réels, ce qui n'est pas admettre les statuts mixtes dans le sens de d'Argentré et des autres ».

¹¹³⁸ La position de Boullenois sur les statuts mixtes a varié tout au long de son œuvre : après les avoir admis avec prudence dans les *Démissions de biens*, et en se réclamant de Dumoulin (pp. 129-133), il nie leur existence dans les *Dissertations* (« Discours préliminaire », règle première, p. XIX), avant d'attribuer ce qualificatif à une classe spécifique de statuts, qui n'a rien à voir, selon lui, avec les définitions défendues par ces prédécesseurs. Il est certain qu'il n'a jamais accepté les statuts mixtes tels que les entendait d'Argentré (voir, pour les *Démissions de biens*, Véronique DEMARS-

capacité spéciale par la loi de son domicile, et pour les immeubles qui sont situés sur le territoire de cette loi, la personne incapable ne peut plus s'en prévaloir, sauf éventuelle « fraternité » des coutumes, au-delà du territoire, où le droit commun – c'est-à-dire l'état et la condition que lui a fixé le statut personnel universel de son domicile – retrouve son empire¹¹³⁹. Le statut du lieu de situation ne saurait l'habiliter d'une capacité que lui refuse son statut personnel universel.

Le statut particulier personnel réel a ceci de commun avec le statut réel qu'il contribue à renfermer ou à refouler l'extraterritorialité de principe attachée au statut personnel universel (ou au statut particulier pur personnel) à l'intérieur du territoire : le statut particulier personnel du lieu du domicile joue pour l'incapable le rôle de confinement que se charge de jouer le statut réel du lieu de situation. Une capacité spéciale purement limitée à un territoire remplit, au fond, la même fonction que celle d'une incapacité spéciale qui serait édictée par le statut réel du lieu de situation. Ces deux configurations, qui, eu égard aux actes réels qu'ils visent spécifiquement, constituent des dérogations à la règle traditionnellement reçue en matière de statut personnel, laissent entrevoir une tendance forte qui traverse l'œuvre de Boullenois : la conscience que toute classification des statuts, se voulût-elle principalement matérielle, doit composer avec la suprématie des statuts réels sur les statuts personnels, qui coïncide avec la suprématie des statuts d'application territoriale sur les statuts venus de l'étranger.

3) La suprématie du statut réel sur le statut personnel, expression de la souveraineté/territorialité.

Boullenois n'est pas uniquement un digne représentant de l'École française ; les développements de sa doctrine révèlent également la forte impression qu'exercent sur sa construction intellectuelle les préceptes de l'École hollandaise. Dans le cours de sa démonstration, l'avocat parisien a su mettre au jour l'empire du statut réel sur l'état et la condition de la personne : il s'est retrouvé obligé de composer avec cette suprématie¹¹⁴⁰ et de prendre en compte tous les cas où la loi du domicile doit s'incliner devant l'omnipotence de la loi du lieu de situation. Cette suprématie n'est que le reflet de la coïncidence entre effet et objet : s'éloignant imperceptiblement

SION, *La contribution de Louis Boullenois, op. cit.*, pp. 57-66) et il consacre toute la VI^e observation de son *Traité* à défendre sa thèse et à combattre celle des autres auteurs. Il consacre, *in fine*, le principe dans le seizième « principe général » de son *Traité* : « Ces Lois particulières personnelles réelles sont les seules qu'on puisse appeler (*sic*) mixtes, et il n'y en a point de mixtes dans le sens de Dargentré, de Burgundius, de Voet, etc. » (p. 5).

¹¹³⁹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 1^{er}, « principes généraux », vingtième principe : « Les lois personnelles réelles n'agissent de droit que sur les biens du Territoire où elles commandent à la personne. *Obs. 5, 9 et 10.* » ; et vingt-et-unième principe : « Elles agissent quelquefois sur les biens situés ailleurs ; mais c'est en tant qu'elles sont conformes entr'elles, et à titre de fraternité seulement. *Obs. 16.* ».

Voir aussi la cinquième observation, p. 93 : « En effet, je dirai avec M. Ch. Du Molin, 1^o. *Quando Statutum agit in personam, tunc non includit exteros, et restringitur ad suos subditos* ; 2^o. *In quantum agit in res, restringitur ad sitas intra suum territorium* (« 1. Quand le statut dispose sur la personne, alors, il ne s'étend pas aux étrangers et se restreint à ses sujets : 2. Quand il dispose sur la chose, il se restreint aux biens situés sur son territoire ») ; mais ces deux effets joints ensemble n'ont jamais lieu que dans les statuts personnels réels : car, s'ils sont purs personnels, ils agissent par suite et par conséquence sur les biens situés ailleurs, et s'ils sont purs réels, *etiam includunt exteros* (« ils incluent aussi les étrangers ») ; mais l'effet du statut personnel réel est de donner une capacité qui n'affecte que les sujets, et il ne les affecte que pour les biens de son territoire.

Dès lors, comme ce Statut personnel réel présuppose une incapacité d'état dans la personne, je dis que celui qui n'est pas domicilié dans le lieu, et qui est incapable par état, ne pourra user du statut personnel réel, et qu'il porte, dans cette coutume qui ne saurait l'habiliter, l'incapacité de son état. Mais, *voyez l'observ. 13* ».

Sur les *Conclusiones* de Dumoulin ainsi évoquées par Boullenois, voir, *supra*, pp. 125-131.

¹¹⁴⁰ Sur les manifestations de cette suprématie dans la sixième *Question sur les démissions de biens*, voir Véronique DEMARSSION, *La contribution de Louis Boullenois, op. cit.*, pp. 90-140.

de sa classification matérielle, Boullenois finit par identifier la réalité à la territorialité et la personnalité à l'extraterritorialité ; il accepte, même, en certains cas, pour ne pas blesser l'empire du statut réel immobilier, de dénier toute application transfrontière à un statut personnel, le renfermant invinciblement à l'intérieur du territoire. Parce qu'il doit toujours prendre en compte les conséquences de l'application de tel ou tel statut, Boullenois est amené à raisonner *ab effectu* et à envisager les limites qui doivent être assignées à l'application extraterritoriale d'un statut. S'il finit par souscrire aux thèses souverainistes et territorialistes des Hollandais, ce n'est pas en vertu de considérations de droit public, mais bien parce qu'il entend garder une approche pragmatique à l'égard de la différence de valeur impérative qui existe, de fait, entre le statut réel et le statut personnel. L'étude soutenue qu'il a consacrée aux statuts l'a convaincu de l'impossibilité de passer outre le statut réel, lorsque celui-ci était porteur d'une impérieuse territorialité, et de la nécessité de composer avec des intérêts supérieurs, émanant des ordres juridiques locaux, qui postulaient l'exclusion de tout statut personnel – et, plus largement, extraterritorial – qui leur seraient contraires. Le statut réel prend à sa charge ces intérêts que, supposément, le statut personnel ignore : il semble donc logique de le faire prévaloir, non plus à la manière de d'Argentré, mais à la manière des Hollandais. Les thèses de ces derniers comblent les attentes de Boullenois en lui apportant les justifications, en droit, dont il avait besoin pour expliquer cette suprématie qui s'accorde si mal avec la pureté des principes d'une classification matérielle qui se voudrait équitable. La suprématie du statut réel est celle d'un déséquilibre, motivé par des considérations qui transcendent les intérêts privés, qu'il convient d'expliquer et d'organiser. Ce déséquilibre se justifie, dans l'œuvre de Boullenois, par l'assimilation entre l'objet et l'effet, qui entraîne pour conséquence la prééminence de la réalité/territorialité sur la personnalité/extraterritorialité (a.). L'auteur en tire la conséquence logique, en établissant une présomption de réalité lorsqu'il y a doute sur la nature d'un statut (b.). Cette attitude est, certes, très proche de celle qu'adoptait déjà Bertrand d'Argentré dans la classification des statuts deux siècles auparavant, mais l'esprit n'est plus le même : en fait, elle traduit, de la part de Boullenois, une adhésion, mesurée, à la souveraineté/territorialité de l'École Hollandaise et une sensibilité plus accrue envers la qualification *ab effectu* déjà en œuvre dans les travaux de Rodenburg et de Paul Voet.

a) L'assimilation entre l'objet et l'effet : la prééminence de la réalité/territorialité sur la personnalité/extraterritorialité, expression de la souveraineté.

La confrontation entre réalité/territorialité et personnalité/extraterritorialité est celle des deux polarités opposées qui s'expriment à travers la division bipartite des statuts d'inspirations française et hollandaise et qui en jalonnent l'histoire depuis, au moins, Bertrand d'Argentré. La solution qui consiste à les faire coïncider n'est donc pas nouvelle, et Boullenois ne se fait pas faute de rappeler le lien consubstantiel qui existe entre la condition des immeubles et l'exclusivisme auquel prétend la *lex rei sitae* sur le territoire qui en forme l'assiette dès qu'il s'agit de leur sort. Mais, sous la pression de l'influence exercée par l'École hollandaise, la justification traditionnellement donnée à cette solution pluriséculaire évolue dans la littérature juridique du XVIII^e siècle et s'enrichit d'un nouveau fondement : la souveraineté absolue de la coutume sur son territoire¹¹⁴¹. Epousant pleinement les inflexions de Rodenburg, en particulier, et de Paul Voet, Boullenois exprime sa conviction qu'un statut est, par nature, et intrinsèquement, voué à être territorial, parce

¹¹⁴¹ Michèle BEGOU-LEGUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, op. cit., pp. 95-109.

qu'il n'est que l'émanation du pouvoir souverain qui exerce sa domination à l'intérieur des frontières qui bornent ce pouvoir. La rhétorique qu'il emploie en plusieurs occasions dans les *Démissions de biens* rappelle précisément les fortes affirmations des Hollandais :

Dans le cas où le statut d'un lieu est étendu dans un autre, ce n'est pas par la force et par l'empire du statut, car chaque statut, régulièrement, ne dispose que pour son territoire ; si les statuts personnels se portent partout, comme on va le dire, c'est parce que l'homme est né pour se mouvoir et pour se transporter ; et qu'il n'aurait pas été possible, ni convenable au bien public, de faire régir la capacité ou l'incapacité [générale] d'un homme, par les différentes lois des différents endroits où il pouvait se transporter, mais les biens ont une assiette immuable, et chaque coutume a un empire souverain sur ceux qui y sont assis.¹¹⁴²

Quant aux choses, lorsqu'il s'agit de décider si l'on a pu singulièrement disposer de certains biens, et jusqu'à concurrence de quelle portion, à qui tels et tels biens doivent appartenir par succession, donation, etc., il est sans difficulté qu'il faut suivre la coutume du lieu où ces choses sont situées ; parce qu'ayant une assiette immuable, et formant en partie le territoire de la coutume, c'est sur les biens principalement que l'autorité et la domination de la coutume agissent.

Mais, aussi, ces coutumes, hors l'étendue de leur territoire, n'ont plus d'autorité ; ce qui a fait comparer nos coutumes aux divinités locales des anciens, dont le pouvoir était borné dans un certain lieu et dans une certaine étendue : *nemo Deorum extra regnum suum regnat* (« aucun Dieu ne règne en dehors de son royaume »)¹¹⁴³.

La Thaumassière, chap. 18, du *Traité du Franc-alleu*, dit que les coutumes sont des juges muets que l'on peut comparer aux juges qui sont des lois ou des coutumes parlantes, et qu'elles ont cela de commun avec eux que, de même que les magistrats sont sans puissance, sans crédit, sans juridiction hors de leur territoire, de manière que l'on peut sans craindre la peine enfreindre leurs défenses, aussi, les coutumes hors de leur ressort, sont, elles, sans force, sans puissance et sans autorité. Elles ne peuvent opérer *extra sphaeram activitatis*, et leurs décisions ne sont point suivies dans le territoire des autres.¹¹⁴⁴

Ce passage illustre le glissement de sens qu'a connu la réalité/territorialité, par l'effet d'entraînement provoqué par les thèses souverainistes et territorialistes. En partant d'une définition matérielle du statut réel et de la règle de conflit donnant compétence, en la matière, à la *lex rei sitae*, Boullenois est naturellement porté à envisager son champ d'application territorial et à s'appuyer sur « l'autorité et la domination de la coutume » pour justifier la solution. Au-delà des métaphores employées par les auteurs, se dessine la conviction que la coïncidence entre la constitution matérielle du territoire de la coutume par les immeubles et la compétence exclusive, et indiscutée, que réclame cette même coutume pour décider du sort de ses immeubles justifie de s'en remettre à l'idée de souveraineté. La référence à l'œuvre de Gaspard Thaumassière¹¹⁴⁵, infatigable partisan du droit français et de la supériorité du droit coutumier, ne saurait d'autant moins surprendre qu'elle met en avant l'autorité traditionnelle de la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20), dont elle est la retranscription littérale. La doctrine française rejoint alors l'École hollandaise dans sa lecture territorialiste du conflit de coutumes.

¹¹⁴² Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 110. Voir aussi, dans le même ouvrage, p. 123 : « L'effet, au contraire, du statut réel est de régler les choses, et sa disposition ne s'étend point hors les limites de son territoire ».

¹¹⁴³ La véritable maxime semble être : *nemo Deorum extra coelum suum regnat*, si l'on en croit les annotations de Brodeau sur la lettre C, « Quelle coutume l'on doit garder, quand il s'agit de la qualité de la personne », dans Georges LOUET, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnés en la cour de Parlement de Paris*, op. cit., sommaire XLII, n°8, p. 308.

¹¹⁴⁴ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 145-146.

¹¹⁴⁵ Jacqueline VENDRAND-VOYER, « THAUMAS DE LA THAUMASSIERE, Gaspard », *Dictionnaire historique des juristes français*, op. cit., pp. 960-961. Ce juriste originaire du Berry a vécu de 1631 environ à 1712.

Le caractère absolu de la loi réelle et territoriale se démarque également dans les *Dissertations*, qui ne manquent guère d'insister sur ce principe, au fur et à mesure des questions de droit abordées par l'auteur, à chaque fois qu'il est question de l'empire de la *lex rei sitae* sur les biens qui sont situés sur son territoire. Ainsi, entre autres occurrences :

Ainsi, les lois, dans l'étendue de leur territoire, ont, à la vérité, un empire absolu sur tous les fonds qui y sont situés, parce qu'à raison de leur assiette et de leur situation, ils se trouvent environnés de toute l'autorité de la loi, et assujettis à tout ce qu'elle ordonne¹¹⁴⁶.

Le lien indéfectible entre réalité et territorialité est si puissamment ressenti qu'il se trouve hissé au rang de « principe général » parmi ceux qui ouvrent le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* et qu'il est constamment rappelé par la suite de l'ouvrage, au détour des observations que l'auteur consacre à l'œuvre de Rodenburg :

VINGT-SEPTIEME PRINCIPE. - Les lois réelles n'ont point d'extension directe, ni indirecte, hors la juridiction et la domination du Législateur.

VINGT-HUITIEME PRINCIPE. - Le domicilié et le non-domicilié sont également assujettis aux lois réelles, si ce n'est qu'elles soient expressément restreintes aux simples domiciliés, ou accordées comme privilèges.¹¹⁴⁷

2° C'est un autre principe que les lois qui n'ont pour objet que de régler les biens, sont des lois réelles ; que ces lois régissent et règlent l'usage que l'homme peut faire de ces mêmes biens, en déterminent le sort et la destination, et qu'à cet égard, ces lois sont renfermées dans leur territoire, et n'ont point de force et d'autorité au-delà.¹¹⁴⁸

Ce qui forme la difficulté [*posée par l'extraterritorialité du statut personnel*], ce sont deux autres principes qui sont ; 1° que les lois ne peuvent commander que dans l'étendue de leur juridiction. 2°. Qu'elles y commandent seules, sans être obligées d'y reconnaître d'autre autorité que la leur.

De là, il s'ensuivrait que l'homme se trouvant dans une autre juridiction devrait, dès lors, être tel dans sa personne que le prescrit la loi où il se trouve.¹¹⁴⁹

Cette pétition de principe – qui est tout autant un manifeste d'adhésion aux thèses des Hollandais – n'a pas vocation à s'appliquer en tant que telle : elle présente surtout l'utilité de fonder, en théorie, la suprématie du statut réel sur le statut personnel. Son caractère absolu est tempéré par la nécessité de laisser le statut personnel donner cours à son extraterritorialité de principe, que Boullenois n'hésite pas à rappeler à l'occasion :

3^e [règle]. *Le Statut personnel du domicile, soit prohibitif, soit permissif, a lieu partout, par préférence à un autre statut personnel qui serait contraire, et qui aurait vigueur dans le lieu de la situation des biens* : exemple, dans la personne qui, étant majeure de vingt ans en Normandie et domiciliée, pourra vendre ses immeubles situés à Paris, *et vice versa* ; dans celui qui, ayant vingt ans à Paris, où il est domicilié, ne pourra pas vendre en Normandie.¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁶ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, première question, p. 3.

¹¹⁴⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, « principes généraux », vingt-septième et vingt-huitième principes, p. 7.

¹¹⁴⁸ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, préface, p. XXII.

¹¹⁴⁹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, trente-deuxième observation, p. 41.

¹¹⁵⁰ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 163. Voir aussi, dans le même ouvrage, p. 122 : « L'effet du statut personnel est que la personne porte partout la puissance ou l'impuissance, la

DIX-SEPTIEME PRINCIPE. – Les lois personnelles, soit personnelles universelles, soit personnelles particulières, soit personnelles réelles, n'agissent que sur les domiciliés.

DIX-HUITIEME PRINCIPE. – Les lois pures personnelles, soit personnelles universelles, soit personnelles particulières, se portent partout ; c'est-à-dire que l'homme est partout de l'état, soit universel, soit particulier, dont sa personne est affectée par la Loi de son domicile. *Obs. 10, 12, 14 et 46.*¹¹⁵¹

Les exemples en faveur de l'extraterritorialité des lois personnelles et de la territorialité des lois réelles et personnelles réelles pourraient se multiplier à l'envi et ne feraient, d'ailleurs, que confirmer la tendance de la doctrine française du XVIII^e siècle à assimiler l'objet et l'effet du statut. Dans le système de Boullenois, l'extraterritorialité du statut personnel constitue une exception – jugée légitime – à la compétence absolue de la réalité/territorialité et une dérogation – communément acceptée dans l'intérêt des personnes privées – à la souveraineté des coutumes. L'avocat parisien considère même que cette dérogation ne porte aucunement atteinte à la souveraineté de la loi territoriale :

Si les statuts personnels se portent partout, comme on va le dire, c'est parce que l'homme est né pour se mouvoir et pour se transporter ; et qu'il n'aurait pas été possible, ni convenable au bien public, de faire régir la capacité ou l'incapacité [*générale*] d'un homme, par les différentes lois des différents endroits où il pouvait se transporter.¹¹⁵²

Mais les hommes n'ont point une assiette de permanence et d'adhésion à aucun lieu ; ils vont, ils viennent, ce sont les habitants de la terre, qui naissent avec le penchant naturel de se mouvoir, et de se transporter, et que la nécessité du bien public et particulier, et même le besoin mutuel et réciproque dans lequel l'Auteur de la nature a constitué tous les hommes, obligent souvent de parcourir les pays les plus éloignés, et les plus contraires aux mœurs de leur nation.¹¹⁵³

Les accents de souveraineté/territorialité se renforcent dans le *Traité*, qui est, de toutes, l'œuvre dans laquelle l'influence de l'École hollandaise se fait la plus aiguë, et dans laquelle Boullenois n'hésite plus à recourir à des notions comme la « nécessité du bien public des Nations », le « concours général des Nations », la « déférence presque nécessaire » ou encore le « droit de parcours et entrecours », qui ne sont pas sans évoquer la *necessitas facti* de Rodenburg ou encore la *comitas* ou l'*humanitas* de Paul Voet, telles qu'elles se définissent par rapport au *strictum jus* ou à la *rigor juris* des statuts réels :

Les principes les plus universellement connus et les plus unanimement adoptés sont... 1^o. Que les lois qui fixent, règlent et déterminent l'état et la condition d'une personne sont des lois personnelles ; que ces lois n'affectent que le domicilié, et qu'il porte partout l'état et la condition dont il est affecté par la loi de son domicile, et cela, non pas, à la vérité de droit, mais par une nécessité de bien public, et une déférence de convenance et d'utilité.¹¹⁵⁴

capacité ou l'incapacité, que le statut personnel qui la régit lui donne. Ainsi, celui qui est majeur dans la coutume de sa naissance et de son domicile l'est partout en quelque autre coutume qu'il puisse se rencontrer, même dans celles où la majorité serait fixée à un âge plus avancé.

¹¹⁵¹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, « principes généraux », dix-septième et dix-huitième principes, pp. 5-6.

¹¹⁵² Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 110.

¹¹⁵³ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, première question, p. 3.

¹¹⁵⁴ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, préface, p. XXII.

SIXIEME PRINCIPE. – De droit étroit, toutes les lois que fait un Souverain n'ont force et autorité que dans l'étendue de sa domination ; mais la nécessité du bien public et général des Nations a admis quelques exceptions dans ce qui regarde le commerce civil...¹¹⁵⁵

Je ne puis m'empêcher de remarquer que si, effectivement [*comme le soutient Paul Voet, De Statutis, section IV, chapitre II, n°6*], de *ratione juris civilis fermo instituat, nullum statutum sese extendit ultra statuentis territorium*, parce que nulle puissance ne s'étend au-delà de l'étendue de son territoire.

Mais il faut convenir que, par un concours général des Nations, et une déférence presque nécessaire, les statuts qui règlent l'état et la condition des personnes, se portent dans toutes les coutumes. Elles ont établi entr'elles, à cette occasion, une espèce de droit de parcours et entrecours, pour le plus grand bien du commerce et de la société d'entre les hommes¹¹⁵⁶.

Mais ce qu'il est important d'observer, en l'un et l'autre cas, est que c'est le bien général qui seul autorise que les lois d'une Nation soient reçues dans une autre ; ôtez les motifs de bien public, les lois de la situation commandent pleinement et absolument dans toute l'étendue de leur juridiction et donnent l'exclusion à toutes lois étrangères.¹¹⁵⁷

Le motif qui conduit Boullenois à défendre l'extraterritorialité du statut personnel repose donc sur la « nécessité de bien public » et sur une « déférence de convenance et d'utilité », et non sur le « droit étroit » ou la « vérité de droit », qui encourage une loi locale à rebattre de son exclusivité pour accepter, dans l'intérêt des personnes privées, l'effet porté par une loi étrangère. L'avocat parisien ne doit pas aux auteurs hollandais d'avoir découvert l'assimilation entre l'objet et l'effet d'un statut, qui constitue sans doute l'apport le plus fondamental de la doctrine de Bertrand d'Argentré¹¹⁵⁸, mais il leur doit, en revanche, de lui avoir servi les justifications théoriques qui manquaient à la souveraineté des lois sur leur territoire et à l'extraterritorialité des statuts personnels. Comme chez les Hollandais, l'extraterritorialité et la personnalité ne sont plus perçues comme des règles autonomes, mais s'inscrivent bien dans la dépendance et dans l'assujettissement envers la territorialité et la réalité. Il en découle naturellement que les « exceptions », fondées sur le seul « bien public des Nations » doivent le céder au principe, qui, lui, est de « droit étroit », c'est-à-dire que les lois personnelles cèdent la préséance aux lois réelles : le trentième principe général du *Traité* n'est, au fond, que la déclinaison du sixième principe.

b) La présomption de réalité.

La suprématie du statut réel se concrétise, enfin, dans la présomption de réalité, qui doit jouer à chaque fois qu'il y a un doute sur le caractère personnel ou réel d'un statut. A la différence de Jean Bouhier, qui plaide en faveur d'une présomption de personnalité, plus conforme, selon lui, aux biens public et privé, Louis Boullenois ne se départit pas de la fidélité qu'il croit devoir aux principes traditionnels qu'il s'est proposé d'exposer dans son œuvre. Si attaché qu'il soit, lui aussi, au « bien public », il ne le croit pas assez puissant pour renverser la souveraineté absolue des

¹¹⁵⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, « principes généraux », sixième principe, p. 4.

¹¹⁵⁶ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, neuvième observation, p. 152.

¹¹⁵⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, quarante-deuxième observation, p. 42.

¹¹⁵⁸ Voir, *supra*, pp. 147-167. D'ailleurs, Armand LAINE, dans son *Introduction*, tome 2nd, p. 26, l'avait fort judicieusement perçu en déniaut à Paul Voet la paternité de cette assimilation/confusion et en rappelant qu'elle était déjà bien présente dans les théories de d'Argentré et de Rodenburg.

coutumes et il en manifeste suffisamment le regret pour appeler de ses vœux une unification législative du Royaume sous l'égide du Roi souverain¹¹⁵⁹. Mais, conscient que cette entreprise est encore prématurée, et qu'il faut se conformer à la pratique, il s'explique sur son désaccord avec Bouhier dans son *Traité*¹¹⁶⁰. Il développe, à ce sujet, une argumentation autour de l'obligation de respecter l'empire absolu du statut réel et de soumettre tout statut personnel aux exigences que lui imposerait le statut réel :

Comme les personnes ont leurs biens répandus sous différentes coutumes, que la coutume de la situation ne saurait commander à la personne, et que celle du domicile ne peut pas toujours, et de droit commun, commander aux biens, il faut nécessairement conserver les droits des uns et des autres. Or, dès qu'il y a un mélange de la personne et des biens, et que la nature du statut ne se développe pas suffisamment, il n'y a rien de plus naturel que de les régler par la loi de la situation, qui, de droit, commande aux biens, si nous ne sommes pas pressés par quelque autre raison supérieure.

En suivant ce parti, vous n'étendez point la domination de la loi : elle commande dans l'étendue de son territoire, et elle commande à des biens qui lui sont soumis. Au lieu que, si vous estimez ce statut personnel, c'est pour en étendre la disposition dans une domination étrangère, et sur des biens exempts de toute autre domination ; ce qui est contre les principes, *quia sicut limitatur potentiae causa, etiam debet limitari effectus* (« parce qu'il faut limiter l'effet de la puissance autant que l'on en limite la source »). Or, la puissance et l'autorité de quelque loi que ce puisse être *coarctata est intra limites proprios, nec se extendit ulterius* (« est confinée à l'intérieur de ses frontières et ne s'étend pas au-delà »). Il est vrai que, si dans une même domination, on voulait fixer ce point de jurisprudence, il pourrait être avantageux d'introduire la maxime du Magistrat [*Jean Bouhier*] préférablement à l'autre. Mais j'ai proposé celle-ci sur l'état actuel des choses, et comme un principe en cette matière, auquel il faudrait déroger expressément, et je suis persuadé que la loi contraire ne serait goûtée, ni de nous, ni de nos voisins.¹¹⁶¹

En prolongeant la discussion sur ce terrain, il est amené, quoi qu'il s'en défende par ailleurs¹¹⁶², à reconnaître que sa division des statuts ne repose pas tant sur l'objet – le « matériel » – du statut que sur les effets qui sont assignés aux statuts personnels et réels. L'argument décisif semble bien celui qui tient à la primauté du statut réel territorial sur le statut personnel extraterritorial :

Quand nous agissons la question de la personnalité, ou de la réalité des statuts, c'est pour discerner les différents effets des statuts. Si nous disons qu'un statut est plutôt personnel que réel, ce statut n'agira que sur les seuls domiciliés, et pourra, par suite et par conséquence, agir sur les biens. Si nous l'estimons réel, il n'agira que sur les biens de son territoire et il fera loi pour les étrangers comme pour les domiciliés. Ce n'est donc pas sans beaucoup de raison qu'il est important de fixer la nature du statut et, dans le doute, j'estime qu'il est plus naturel, dès que le statut contient un mélange des biens et qu'il ne se développe pas avec une sorte d'évidence, de l'estimer réel pour ne pas faire régir les biens par une loi étrangère, et ne pas donner atteinte à la loi de la situation.¹¹⁶³

¹¹⁵⁹ C'est l'un des thèmes qu'il développe, de la manière la plus ardente, dans le « Discours préliminaire » qui inaugure les *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, *op. cit.*, aux pp. XXI-XXVIII, et dans la préface du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, aux pp. XIII-XVIII, dans lesquelles il esquisse un programme d'unification des règles de conflit de lois, et à la p. XXVI.

¹¹⁶⁰ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, pp. 108-122.

¹¹⁶¹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, p. 108.

¹¹⁶² *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, p. 85. Voir, *supra*, note 348.

¹¹⁶³ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, p. 112.

La considération du champ d'application territorial du statut ne peut se dissocier de celle sur le cercle des assujettis qui en sont, ou non, les destinataires : derrière le statut réel, c'est la loi territoriale qui s'imprime avec rigueur sur les étrangers et les domiciliés, quand le statut personnel, lui, ne fait qu'accompagner les domiciliés partout pour en définir l'état et la condition. La force rassurante du statut réel tient à ce qu'il soumet à ses dispositions les ressortissants locaux comme étrangers, empêchant que ceux-ci n'amènent avec eux, sur le territoire, une loi qui serait manifestement incompatible avec l'ordre juridique du lieu.

Entraîné par la séduction qu'exerce sur lui la souveraineté/territorialité, qui apporte avec elle une explication de la suprématie du statut réel qui est à même de le satisfaire, Louis Boullenois consacre donc, au sein même de son système, les mécanismes destinés à rejeter l'extraterritorialité d'un statut, chaque fois que celle-ci menace les intérêts de la loi locale. Deux manières d'opérer se présentent alors à lui :

1^o Soit l'extraterritorialité d'une loi doit être rejetée parce qu'elle heurte frontalement une « disposition prohibitive ou négative » locale, qui endosse véritablement le rôle de loi de police en imposant sa compétence exclusive au détriment de toute loi concurrente.

2^o Soit elle est, tout simplement, déniée et la personnalité du statut vouée à ne développer ses effets qu'à l'intérieur du territoire.

Employant, dans un sens nouveau, une terminologie passée en doctrine depuis l'École italienne, Boullenois prend soin de distinguer les deux manières : ainsi, le statut prohibitif se veut une mesure de défense de l'ordre juridique local, tandis que le statut exorbitant ou odieux est, à l'inverse, une marque de défiance envers un ordre juridique local dont le particularisme trop accentué heurte le droit commun du Royaume.

B. Les statuts prohibitifs négatifs, ou la mise en œuvre de la maxime « le statut personnel du domicile cède au statut réel du lieu de situation ».

La prééminence du statut réel local à l'égard de toute norme étrangère qui lui serait directement contraire se traduit, dans l'œuvre de l'avocat parisien, par une célèbre règle, énoncée à la fin de la sixième *Question sur les démissions de biens*, et reprise ensuite dans les *Dissertations* et dans le *Traité* :

4^e [règle]. *Mais le Statut personnel qui permet cède au statut réel qui défend* ; exemple, dans un homme qui a la liberté de disposer de tous ses biens par la loi de son domicile, et qui est prohibé par la loi de la situation de disposer de certains biens seulement ou pour certaines portions.¹¹⁶⁴

XIII [treizième règle sur les statuts]. Le statut personnel du domicile et le statut réel de la situation étant en concours, le personnel cède au réel.¹¹⁶⁵

TRENTIEME PRINCIPE. - Mais le statut personnel du domicile qui se trouve en concurrence avec un statut réel, soit du domicile, soit de tout autre endroit, cède au statut réel. C'est ainsi que le majeur, qui, par son état de majeur, peut donner entre-vifs tous ses biens, ne pourra pas les donner, ou

¹¹⁶⁴ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 163.

¹¹⁶⁵ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, Discours préliminaire, p. XXI.

n'en pourra donner qu'une partie, s'ils sont situés dans une coutume qui l'ordonne ainsi par une prohibition réelle. [*Obs.* 16].¹¹⁶⁶

Cette règle est devenue la double expression du refus de l'application extraterritoriale du statut personnel et de l'empire absolu que le statut réel prétend exercer sur les biens qui se trouvent sur son territoire : le régime applicable aux biens qui y sont situés s'étend aux personnes qui exercent des droits dessus. Erigée en véritable maxime, elle condense toute la force contraignante qui s'attache à des statuts qui se définissent par la mission qui leur est assignée : faire refluer toute disposition étrangère, portée par un statut personnel (c'est-à-dire tout statut ayant vocation à l'extraterritorialité, y compris ceux relatifs aux actes juridiques), qui tenterait de produire ses effets sur le territoire dont ils ont la garde. Ils sont qualifiés de « prohibitifs négatifs » parce qu'ils emportent une interdiction qui restreint la liberté d'agir sur les biens formant l'assiette du territoire et qui s'adresse aussi bien aux sujets du lieu qu'aux ressortissants étrangers. L'acte visé n'est pas simplement dénié par l'ordre juridique du lieu, auquel cas le statut serait simplement « négatif », mais il est explicitement proscrit et sanctionné. L'exclusivisme de la *lex rei sitae*, souligné par ce double caractère prohibitif et négatif, permet alors de s'assurer que les étrangers ne pourront avoir plus de droits sur leurs biens que les domiciliés.

Le statut prohibitif négatif constitue, au fond, une traduction concrète et, même, un prolongement des règles, issues de la division générale des statuts de Louis Boullenois, qui consacrent la suprématie du statut réel sur le personnel. Les questions de droit auxquelles se heurte l'avocat parisien dans la mise en œuvre de son système ne tiennent pas seulement à ces statuts qui agissent par simple disposition de la loi, mais, également et surtout, à ces statuts qui agissent « par le ministère de l'homme », pour reprendre une distinction cardinale de son œuvre et qu'il a reprise de Charles Dumoulin¹¹⁶⁷. La difficulté tourne, dans cette dernière configuration, autour de la détermination de ce qui est permis ou prohibé à l'homme et des conséquences, territoriales ou extraterritoriales, qui s'en induisent.

Il est donc naturel que, si l'on se renferme dans le matériel du statut, comme nous y encourage Boullenois, un statut édictant expressément une prohibition d'agir puisse être personnel ou réel : dans l'une et l'autre hypothèses, le statut ne laisse pas d'être « prohibitif négatif ». Le traitement que leur réserve, respectivement, Boullenois n'est, toutefois, pas similaire. Le statut prohibitif personnel n'est jamais qu'un statut personnel particulier, relatif aux actes personnels : il s'applique donc aux seuls sujets du législateur, ce qui est dans son pouvoir usuel, et il est voué à l'extraterritorialité, sauf à se heurter à une disposition prohibitive réelle qui lui soit contraire¹¹⁶⁸. Le statut prohibitif réel, en revanche, est l'illustration de la maxime « le statut personnel qui permet cède au statut réel qui défend ». En tant que tel, il se retrouve au cœur même de la *summa divisio* des statuts de Boullenois. Or, tout au long de ses trois ouvrages, les apparitions de ce statut prohibitif réel se multiplient à l'envi et elles prennent des formes si diverses qu'il paraît raisonnable de limiter

¹¹⁶⁶ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, « principes généraux », trentième principe, p. 8.

¹¹⁶⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, quatrième observation, p. 52 et cinquième observation, p. 97.

¹¹⁶⁸ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, quatrième observation, p. 49 : « Quand l'état universel d'une personne est un état de capacité, le statut personnel particulier dont il peut être affecté est toujours négatif et de prohibition... On voit donc qu'à l'égard d'un capable par état, le statut personnel particulier qui dérange son état doit être nécessairement négatif prohibitif ». Voir aussi la passe d'armes échangée avec le président Bouhier sur les statuts prohibitifs, *op. cit.*, tome 1^{er}, treizième observation, pp. 184-185.

l'étude à ceux qui traversent l'ensemble de l'œuvre de l'auteur et qui en forment les exemples les plus emblématiques.

La maxime territorialiste, via le statut réel prohibitif négatif, trouve ainsi lieu à s'appliquer à de nombreuses questions touchant aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités (1). Mais il peut se concevoir qu'une prohibition personnelle et une prohibition réelle se rejoignent pour former une « loi de police » dans le sens le plus absolu : le sort réservé au Sénatus-consulte Velléien normand par le Parlement de Paris, que ce dernier a fini par interpréter comme un statut mélangé de personnel et de réel, contraint Boullenois à un examen attentif pour tenter d'apporter une explication qui soit conforme à ses principes (2).

1) Le statut réel prohibitif négatif en matière de régimes matrimoniaux, de successions et de libéralités.

C'est vers la treizième question des *Dissertations* qu'il convient de se tourner pour trouver une définition du statut réel prohibitif négatif, qui permet de distinguer celui-ci du statut réel simplement négatif :

On distingue ordinairement deux sortes de statuts réels négatifs ; les uns sont purement négatifs, les autres sont négatifs prohibitifs. C'est-à-dire que les premiers contiennent seulement dans leurs dispositions une négation, sans que, d'ailleurs, il soit défendu à l'homme de convenir autrement ; les seconds, au contraire, ajoutent aux termes négatifs une prohibition de contrevenir à la disposition.

Quand le statut est purement négatif, la disposition de l'homme peut faire cesser la disposition de la loi : *dispositio hominis*, dit-on communément en assez mauvais latin, *facit cessare dispositionem legis*. Mais, quand il est négatif prohibitif, l'homme ne peut pas contrevenir à la loi, à raison des défenses qu'elle prononce [*suivent des extraits de la loi Non dubium du Code, C. 1.14.5., pr. et 1.*].¹¹⁶⁹

A cette définition, fait écho celle qui figure, entrecoupée d'exemples, dans le tome second du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, à la trente-septième observation « sur le douaire » :

C'est un principe en matière de statuts que les lois commandent aux héritages situés dans l'étendue de leur domination, qu'on ne saurait leur disputer ce droit, quand leurs dispositions ont les biens principalement en vue.

Mais ces dispositions de nos Coutumes peuvent être simplement négatives, sans prohibition d'une convention contraire, ou être encore négatives prohibitives de toute autre convention ; et, avant que de proposer aucune question particulière, il est bon d'examiner ce qui est requis pour former ces sortes de statuts et les distinguer entre eux.

Je trouve qu'il y a deux sortes de statuts purement négatifs : les uns qui sont conçus en termes expressément négatifs et les autres négatifs sous une forme affirmative.

Les statuts expressément négatifs sont ceux qui ordonnent et qui disposent en termes négatifs. Les autres statuts négatifs, sous une forme affirmative, sont ceux qui, dans une disposition affirmative, excluent tacitement la chose contraire.

Les statuts négatifs nient bien la chose, mais ne contiennent pas toujours une prohibition de convenir de la chose... Mais, outre ces premiers statuts, il y en a qui sont, en même temps négatifs

¹¹⁶⁹ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, treizième question, pp. 239-240.

et prohibitifs, c'est-à-dire qui disposent et qui, en disposant, excluent toutes stipulations et conventions au contraire.¹¹⁷⁰

Le fonctionnement d'un statut réel prohibitif négatif repose, dans l'esprit d'un statutiste français du XVIII^e siècle, sur la souveraineté des coutumes sur les biens qui forment le territoire. La considération tenant aux biens – à ce qui constitue la réalité au sens propre du terme – ne doit pas être minorée dans l'étude qui doit être menée de ces statuts : ceux-ci trouvent, dans l'œuvre de Boullenois, à intervenir essentiellement sur des questions touchant aux régimes matrimoniaux, aux successions ou aux libéralités, chaque fois que l'exécution des actes d'administration ou de disposition sont susceptibles de déranger l'organisation patrimoniale et foncière des familles et de semer le trouble dans la structure même de celles-ci. Le statut prohibitif négatif est réel parce que l'interdiction s'impose à la personne à raison des biens qui commandent la prohibition. Il n'est donc guère étonnant que le jeu de ce statut soit dépendant de la qualification matérielle qui décrète le statut réel par son objet. Il n'est guère plus étonnant que cette qualification matérielle s'inscrive dans la continuité ou la fidélité envers la jurisprudence des Parlements, que Boullenois s'évertue à interpréter à l'aide des outils intellectuels dont il dispose. Il n'est guère étonnant, enfin, que les questions de droit les plus sensibles à l'intervention de ce mécanisme correcteur soient en corrélation avec des actes aussi graves de la vie civile que ceux qui regardent les rapports patrimoniaux entre époux : ainsi des conventions matrimoniales (a.), des donations entre vifs (b.) ou encore des successions (c.). Une étude synthétique de ces actes, sans prétendre à rivaliser avec l'étude fouillée que leur a consacrée, à chaque fois, Louis Boullenois, suffira à rendre compte des incidences du statut réel prohibitif.

¹¹⁷⁰ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, trente-septième observation, pp. 198-199.

a) Les statuts réels prohibitifs en matière de conventions matrimoniales.

L'étude des arrêts de Parlement suffit à démontrer l'importance prise par les rapports patrimoniaux entre époux, et les intérêts familiaux dont ils sont le support, dans la jurisprudence relative aux conflits de lois. A ce titre, ils appellent une attention particulière de la part de Boullenois, parce que la teneur de certaines solutions ne peut s'expliquer, selon lui, que par la dimension prohibitive qui s'attache à certains statuts réels, avec les effets que ceux-ci peuvent emporter :

1° Les conventions matrimoniales mettent en jeu la liberté des parties dans la détermination de leur régime matrimonial et, conformément au droit commun des contrats, la volonté des parties contractantes est appelée à servir de loi pour les intérêts dont ils ont la libre disposition. Toutefois, comme le veulent les règles qui prévalent en la matière, la loi choisie par les parties est toujours susceptible d'être écartée si elle va à l'encontre d'un statut prohibitif qui en refuse l'exécution sur le territoire dont il a la garde. C'est un principe général que Boullenois exprime dès ses *Démisions de biens* :

Les conventions sont encore des lois particulières, qui ont leur extension, quand rien ne s'y oppose et ne la contredit ; les hommes ayant la liberté de contracter, de se former des engagements, ces engagements doivent être exécutés partout, tant qu'il ne se trouve pas de loi contraire et prohibitive.¹¹⁷¹

En matière de contrats, la doctrine de Boullenois s'inscrit dans la continuité de celle de Dumoulin et laisse un champ relativement large à la liberté contractuelle, y compris dans le choix de la loi applicable¹¹⁷². Les obligations sont des engagements personnels qui ont vocation à déployer leurs effets en dehors des frontières. Mais, en vertu d'une distinction cardinale chère à Boullenois, et qu'il a héritée de son prédécesseur au barreau de Paris, ce périmètre d'action se limite au domaine que la loi impérative entend bien concéder à la volonté des parties, c'est-à-dire au ministère de l'homme :

Quand la loi donne et agit de son autorité, il faut distinguer si elle agit en opposant des défenses à l'homme de rien faire au contraire ou si elle agit en laissant à l'homme la liberté de disposer autrement.

Au premier cas, c'est-à-dire au cas d'une loi négative prohibitive, l'homme ne saurait, par sa disposition, déranger la loi et en empêcher l'exécution.

¹¹⁷¹ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 111. Voir aussi son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, quarante-sixième observation, p. 513 : « Il est vrai que, quand ces lois du contrat combattent les lois réelles, négatives, prohibitives du lieu de la situation, en ce cas, il faut donner la préférence aux lois de la situation ; parce qu'il est juste que de pareilles lois, faites pour régir des biens soumis à ces lois, aient leur exécution et que la volonté soit gênée et nécessairement astreinte aux lois réelles prohibitives de la situation ».

¹¹⁷² Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, quarante-sixième observation, p. 462 : « On ne peut pas douter que, quand il y a une stipulation, il faut s'y référer ». Boullenois est l'un des rares auteurs de l'Ancien droit, après Dumoulin, à avoir développé une véritable théorie sur les règles de conflit relatives aux contrats. Si les formes du contrat sont naturellement soumises à la vénérable règle *Locus regit actum*, la loi qui en gouverne les dispositions matérielles, quant à elle, varie selon que l'acte se trouve en présence d'une loi impérative ou qu'il lui soit laissé pleine liberté. De manière artificielle, Boullenois rattache la matière aux « statuts personnels », ce qui l'autorise à assigner au contrat (formes et contenu) une extension extraterritoriale.

Mais, quand la loi dispose en laissant à l'homme la liberté de disposer autrement, pour lors, il est entièrement le maître. La loi n'est occupée qu'à connaître sa volonté ; et c'est de là que nous vient cette maxime : *hominis facit cessare dispositionem legis*.¹¹⁷³

Ce libre choix de la loi applicable est donc enserré dans d'étroites contraintes qui en limitent l'exercice. Dans l'exposé du principe, la loi « contraire ou prohibitive » ou « négative prohibitive » n'est pas spécifiquement reliée à un objet réel. Mais, dans la pratique, la mise en œuvre de la règle ne laisse guère de doutes sur le fait que les stipulations contractuelles sont vouées à se briser sur un statut réel contraire, seul maître sur son territoire et détenteur d'une compétence exclusive dès lors qu'il s'agit du sort d'un bien.

C'est, en tout cas, ce que laissent entrevoir les exemples qui sont liés à la communauté conjugale, dans la mesure où ils rappellent constamment l'obligation faite aux conventions matrimoniales qui stipulent ladite communauté de respecter la loi prohibitive. Boullenois en fait abondamment état dans son œuvre, à commencer par les *Démissions de biens* :

L'avis de Maître Charles Dumoulin a constamment ses embarras ; en effet, si ce n'était qu'en vertu de la convention tacite et expresse, que la communauté coutumière et légale a son étendue dans toutes les autres coutumes, où le mari peut acquérir pendant le mariage : ne sait-on pas que toutes les conventions qui sont permises dans une coutume n'ont pas toujours lieu dans les autres, quand ces autres coutumes sont prohibitives et négatives ; un homme domicilié dans une coutume où il est permis de stipuler un douaire si fort qu'il le juge à propos le stipule en vain, si ce douaire est à prendre dans une coutume qui le fixe au tiers, au quart des biens, avec prohibition d'excéder cette quotité ; il faudrait, dans le système de Maître Charles Dumoulin, dire et décider que, du moins, la communauté ne s'étendrait pas dans les coutumes, où elle est exclue (*sic*) prohibitivement et négativement. Il est vrai que, pour la faire subsister, même dans ces coutumes, on peut invoquer la crainte du dol ; un mari acquerrait des biens dans ces coutumes exclusives de la communauté et, par-là, il donnerait atteinte à la convention.

Or, quand l'exécution d'une convention dépendra du fait et de l'action du mari, il ne doit pas lui être permis de déroger à une convention reçue par les parties, et qui est une loi commune entre lui et sa femme. Dans ce système, ce ne sera plus par la force de la personnalité du statut que la femme réclamera les biens acquis par son mari, dans quelque coutume que ce puisse être, mais ce sera en s'écriant au dol et à la supercherie ; or, il pourrait se trouver telle circonstance où ce moyen n'aurait point lieu : un parent collatéral, un étranger, aura fait une donation au mari d'un bien situé en Normandie, cette coutume ne donne rien dans ce cas à la femme, elle est même prohibitive pour ce cas ; cependant, le dol cesse en cette occasion, et, par conséquent, le moyen de la femme.¹¹⁷⁴

La position de Boullenois fait, évidemment, référence aux jurisprudences contraires des Parlements de Paris et de Rouen sur le régime de communauté et au caractère, prohibitif négatif ou simplement négatif (au sens d'exclusif), qu'il appartient de reconnaître à la fameuse disposition normande figurant à l'article 330 de la Coutume de Normandie¹¹⁷⁵. Les affaires relatives aux conquêtes normands ont été l'occasion de révéler, à loisir, les divergences de vues entre les deux juridictions et l'attachement indéfectible des magistrats normands à la dimension prohibitive négative de ce fameux article 330, qui a la force d'une véritable loi de police.

¹¹⁷³ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, quarante-sixième observation, p. 525. Voir aussi les pp. 528, 535 et 556.

¹¹⁷⁴ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 113. Voir aussi p. 117.

¹¹⁷⁵ Voir, *infra*, pp. 541-550.

Les vues de Boullenois en matière de communauté sont très fermes et tendent même à dépasser celles de Dumoulin, non tant sur la solution en elle-même que sur son fondement. En effet, il voit dans la communauté entre époux un « statut personnel », donc extraterritorial, qui forme « l'état et la condition de la personne des conjoints » et qui est « la suite et la conséquence de l'union personnelle d'entre le mari et la femme »¹¹⁷⁶. Dans la perspective qui est la sienne, il n'est guère utile de recourir à une abstraction quelque peu artificielle comme celle qui présume dans la volonté tacite des parties le choix de loi applicable à leur régime de communauté, alors que les conjoints n'ont jamais entendu soumettre leurs intérêts patrimoniaux qu'à la loi qui régit les effets personnels de leur mariage : à défaut de stipulation expresse, la loi du domicile matrimonial remplit cette fonction supplétive¹¹⁷⁷. En pratique, les deux systèmes – celui de Dumoulin et celui de Boullenois – ne sont guère éloignés¹¹⁷⁸.

Dans le passage des *Démissions de biens* précité, c'est pourtant cette divergence qui incite Boullenois à prendre le parti de critiquer la solution préconisée par son prestigieux aîné. Et cette divergence se cristallise précisément sur la question du statut prohibitif négatif de communauté. En effet, Boullenois rappelle, à dessein, que « toutes les conventions qui sont permises dans une coutume n'ont pas toujours lieu dans les autres, quand ces autres coutumes sont prohibitives et négatives ». Or, il craint que la mise en œuvre extraterritoriale de la convention matrimoniale, telle que la conçoit Dumoulin, ne se heurte à la résistance invincible d'une coutume hostile à la communauté et que les intérêts des époux, ou de l'un d'entre eux, ne s'en trouvent atteints. La crainte de Boullenois s'alimente du constat que les moyens d'action qui reposent sur le simple contrat – et non plus sur la force de la loi – sont insuffisants à réparer les torts qui pourraient être causés par le jeu d'une coutume prohibitive¹¹⁷⁹. L'auteur, dont le propre système épouse l'esprit de

¹¹⁷⁶ Voir, parmi tant d'autres, les citations choisies par Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, op. cit., pp. 262-263 : ainsi, Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, cinquième question, p. 109, et *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, observation vingt-neuvième, pp. 741, 763 et 765.

¹¹⁷⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, « principes généraux », quarante-huitième principe : « La loi du lieu où se passe un contrat ou un testament ne décide pas toujours les questions qui peuvent en naître. Plusieurs de ces questions se décident par la loi du domicile des parties, et même quelquefois par celle du domicile de l'une des parties, plutôt que de l'autre. S'il s'agit, par exemple, de décider quelles sont les lois qui doivent régler des conjoints qui se sont mariés sans contrat, on décidera par le domicile des conjoints au jour du mariage ; et, si leurs domiciles sont différents, ce sera plutôt par celui du mari que par celui de la femme ». Comparer avec l'opinion de Froland, rapportée par Boullenois (*Dissertations*, op. cit., dix-neuvième question, p. 372) : « C'est une maxime au Palais que les conventions arrêtées entre conjoints doivent être réglées par la coutume des lieux où les contrats de mariage ont été passés, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et que les coutumes n'aient pas des dispositions prohibitives à leur égard » : voir Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 1^{er}, seconde partie, chapitre 1^{er}, p. 206.

¹¹⁷⁸ A telle enseigne que BOULLENOIS, influencé par Rodenburg, dont le parti-pris n'est guère éloigné de celui de Dumoulin, tempèrera de beaucoup ses critiques à l'encontre de la convention présumée lorsqu'il rédigera la vingt-neuvième observation du *Traité* : « Quant à moi, sans donner atteinte à ce système de convention présumée que je prise beaucoup, par rapport au fonds d'équité qu'il renferme en cette occasion... » (op. cit., tome 1^{er}, observation vingt-neuvième, p. 737). Cela ne le dissuade pas de proposer un système relativement proche, mais qui offre, à ses yeux, l'avantage de faire l'économie de cette idée trop abstraite qu'est la convention tacite.

¹¹⁷⁹ Les objections de Boullenois à l'encontre des *Conclusiones* de Dumoulin semblent sérieuses : en prenant le « bref de mariage encombré » normand comme exemple de statut personnel permissif, Dumoulin avait reconnu, *a contrario*, que la femme parisienne, ou d'ailleurs, se heurterait à un statut réel prohibitif normand si elle entendait vendre un immeuble situé en Normandie. Le statut permissif offre ainsi une protection aux femmes normandes, traitées avec plus de rigueur par leurs maris, qui est refusée aux femmes parisiennes, qui n'y sont pas sujettes et n'ont pas à souffrir des mêmes risques. Or, cette iniquité dans le traitement respectif des femmes normandes et des femmes parisiennes ne peut manquer de soulever l'indignation de Boullenois, pour qui il revient au statut personnel qui est constitutif de l'état d'époux mariés (c'est-à-dire à la loi du domicile matrimonial) d'organiser lui-même la protection des intérêts de la femme. Si ce statut personnel doit s'incliner devant un statut réel prohibitif, la femme parisienne sera lésée par les

la jurisprudence parisienne¹¹⁸⁰, a en tête les arrêts rendus par le Parlement de Rouen, qui témoignent de son interprétation particulièrement intransigeante de l'article 330. Or, il déplore que cet entêtement à voir dans cette disposition un statut prohibitif négatif soit de nature à encourager un mari à frustrer, par « dol et supercherie », les droits de sa femme en faisant des acquisitions dans une coutume qui rejette la communauté et laisse donc moins à l'épouse que ce qu'elle aurait pu prétendre en vertu de son contrat de mariage. Le système de Dumoulin, à trop faire valoir la force de la convention sur celle de la loi, lui apparaît donc comme insuffisamment protecteur des droits de la femme, là où, lui semble-t-il dans ses *Dissertations*, le sien serait plus équitable, en escomptant que la coutume de Normandie, en dépit de ses préventions contre la communauté, ne prêterait pas son concours au dol du mari. La réaction supposée de la coutume de Normandie est, dès lors, très proche de l'exception d'ordre public ou, plus exactement encore, de la loi de police¹¹⁸¹. La fraude serait, d'ailleurs, tout autant celle qui s'opère au détriment de la loi du contrat que celle qui s'exerce au détriment de l'ordre public normand : le mari peu scrupuleux s'appuierait sur la prohibition normande pour obtenir un avantage que lui refuserait la loi normalement applicable à son contrat de mariage.

Quels que soient les argumentaires que Dumoulin et Boullenois déploient pour justifier l'extraterritorialité du statut personnel¹¹⁸², il n'en demeure pas moins que l'un et l'autre doivent

agissements frauduleux de son mari. Sur la position de Charles Dumoulin à l'égard du bref de mariage encombré, voir, *supra*, pp. 129-131.

¹¹⁸⁰ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, cinquième question, pp. 108-109 : se proposant de se prononcer sur la nature de la loi qui admet ou rejette la communauté entre conjoints, il constate, tout d'abord, que : « les uns, comme d'Argentré, l'ont cru réelle ; les autres, comme Dumolin, l'ont cru personnelle. Les premiers se sont persuadés que cette loi n'avait eu que les biens pour objet, et n'avait eu par conséquent pour but que de les régler. Les autres, au contraire, ont cru que cette loi ne concernait que les personnes, et que toute la vue de la loi était de donner un état aux conjoints : *ponere jus personae, non autem ipsi rei*. Le Parlement de Normandie a adopté la réalité de ce statut ; mais il semble que l'avis contraire soit aujourd'hui le plus suivi : c'est celui du Parlement de Paris ; et c'est, on l'ose dire, celui qui paraît le plus conforme à l'intérêt des familles ».

D'une manière générale, Boullenois affiche une très grande hostilité envers la prétention de la coutume de Normandie à étendre son empire sur des contrats de mariage valablement passés dans une autre coutume (*eod. loc.*, pp. 113-117) ; de même qu'il répute frauduleux les agissements d'époux normands qui n'iraient passer contrat de mariage dans une autre coutume – comme celle de Picardie – que dans le seul but d'échapper à la prohibition dictée par la loi de leur domicile matrimonial, à savoir la coutume normande (*eod. loc.*, pp. 117-118).

Dès les *Démissions de biens*, sa conception du mariage comme une société conjugale dont la plus belle expression serait la communauté de biens – inverse de celle qui préside au régime séparatiste normand – l'incite à avancer un peu présomptueusement : « Aussi est-il certain dans nos mœurs que les biens acquis en Normandie par des conjoints domiciliés à Paris, étant en communauté, doivent se partager entre eux, nonobstant la disposition de la coutume de Normandie » (*op. cit.*, p. 115). Or, la jurisprudence relative aux conquêts normands tend à infirmer cette assertion.

¹¹⁸¹ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, cinquième question, p. 111 : « Il est vrai que, quant aux biens, les coutumes sont réelles, et l'on accordera, si l'on veut, que le statut de la communauté est pareillement réel ; mais, quand la communauté a été stipulée, la convention était légitime ; cette convention se portait vers des biens qui n'étaient pas encore acquis ; ainsi, la coutume de Normandie n'avait pas encore droit d'exercer son empire contre cette convention.

Ce ne serait donc qu'à l'instant de l'acquisition en Normandie que cette coutume pourrait faire valoir son autorité ; mais cette acquisition dans un lieu prohibé n'est-elle pas frauduleuse, et la fraude connue, la Coutume de Normandie peut-elle ne pas s'élever, pour condamner une prétention qui n'a pour base que la mauvaise foi et une contravention formelle à un contrat de mariage? D'ailleurs, il faudrait du moins une indemnité à la femme, et cette indemnité ne peut être moindre que la chose dont on la veut priver » (souligné par nous).

¹¹⁸² Cherchant à faire cesser l'impérativité absolue qui s'adosse au statut prohibitif, BOULLENOIS fait même appel à la *comitas*, afin que la dureté des règles normandes ne soit pas un obstacle à un mariage projeté entre une Parisienne et un Normand : « Il semble qu'il faille, à l'égard de cette question, faire cesser la grande rigueur des principes, pour établir entre ceux d'une même Nation une communication respective et une sorte de parcours et entrecours, en facilitant les mariages » (*Dissertations, op. cit.*, p. 114). Du *rigor juris* à la *comitas*, en passant par l'idée de réciprocité, les leçons des Hollandais semblent bien assimilées par l'avocat parisien.

composer avec un impératif constant : la permanence du statut prohibitif négatif¹¹⁸³ normand qui s'érige comme une loi de police destinée à faire échec aux effets d'une communauté conjugale contractée ailleurs. Boullenois est forcé de le reconnaître dans ses *Dissertations* :

La coutume de Normandie, en l'article 330, règle la part que la femme doit prendre aux conquêts et ajoute : « Quelque accord ou convenant qui ait été fait par contrat de mariage, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari que celle qui est réglée par la coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger ». Cette disposition est négative et prohibitive, puisqu'en ne donnant à la femme qu'une certaine part dans les conquêts, elle défend de stipuler une plus grande part.¹¹⁸⁴

Les difficultés que les deux avocats parisiens ont pu rencontrer, à deux siècles de distance, devant cette absence de coordination entre les ordres juridiques coutumiers ne font que refléter celles que le Parlement de Paris a pu rencontrer lorsqu'il lui a fallu s'ajuster sur l'inflexibilité de la coutume de Normandie¹¹⁸⁵.

2° Parmi les questions relatives aux rapports patrimoniaux entre époux qui ont soulevé le plus l'effervescence de la jurisprudence et de ses interprètes, figure le délicat problème du douaire préfix lorsque la part de propres du mari qu'il entend attribuer sur le territoire de telle ou telle coutume dépasse la quotité déterminée par cette dernière¹¹⁸⁶. Pour éviter que la liberté des époux, faute d'encadrement rigoureux, n'entraîne un déséquilibre dans le patrimoine qui adviendra, à la mort du mari, aux héritiers de ce dernier, certaines coutumes ont ressenti le besoin de se prémunir contre les excès possiblement causés par un douaire préfix. Le douaire coutumier, en servant de mesure à la quotité, remplit un rôle équivalent à celui d'une réserve coutumière. Boullenois reconnaît ainsi qu'en pareil cas, les époux se trouvent frappés d'une incapacité particulière qui est imposée par le statut réel – en l'espèce, la coutume du lieu de situation des immeubles – et que cette incapacité a bien la valeur d'une disposition prohibitive négative :

Quand le douaire est stipulé plus fort que le coutumier dans les coutumes où cela est permis, cette stipulation semblerait devoir avoir lieu dans les coutumes prohibitives, parce que, dans ce cas, il y a

¹¹⁸³ BOULLENOIS semble prendre ses distances avec les auteurs qui réputent la coutume de Normandie prohibitive et négative : « Quelques coutumes, néanmoins, rejetèrent cette communauté légale, mais sans aucune prohibition de la stipuler. Quant à la Normandie, plusieurs veulent qu'elle l'ait rejetée avec prohibition et défense de l'admettre » (*Dissertations, op. cit.*, p. 108 ; voir aussi p. 113). Mais, malgré sa réticence à l'admettre, lui-même reconnaît volontiers qu'il n'est pas possible de nier ce double caractère à la coutume normande : abordant dans la sixième question de ses *Dissertations* le problème des conquêts normands, il déclare, à propos de la communauté conventionnelle : « cette convention est un engagement personnel qui se porte partout, quand les Coutumes ne sont pas négatives prohibitives » (*loc. cit.*, p. 125). Voir aussi la dix-huitième question des *Dissertations, op. cit.*, aux pages 349-351, où Boullenois revient sur les coutumes prohibitives de communauté.

¹¹⁸⁴ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, treizième question, p. 240.

¹¹⁸⁵ Louis BOULLENOIS revient sur la question de la communauté conjugale dans le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, à la vingt-neuvième observation (*op. cit.*, tome 1^{er}), notamment en évoquant, dans les mêmes termes que précédemment, le cas de la coutume prohibitive de communauté, aux pp. 746-748. Voir aussi p. 750 : « ... si l'on veut convenir avec moi que le statut qui ordonne même une communauté générale fixe et détermine l'état et la condition des conjoints [...] dans ce cas, on ne peut se dispenser de le regarder comme personnel ; mais, tout personnel qu'il puisse être, il faut qu'il cède à la réalité du statut de la situation » ; et encore p. 752, qui fait référence à l'impossibilité d'exécuter la convention. Voir aussi à la trente-septième observation (*op. cit.*, tome 2nd), où il constate que le contrat de mariage, en dépit de sa force extraterritoriale, « ne peut pas déroger aux lois, lorsque, par exemple, les lois le défendent dans le cas même de mariage telle est la Coutume de Normandie, en l'article 330 et article 73 des Placités » (*loc. cit.*, pp. 207-208).

¹¹⁸⁶ Sur la jurisprudence en matière de douaire préfix, voir, *infra*, pp. 550-552.

une convention qui forme un engagement personnel, et il a été dit que les statuts qui réglaient les engagements et les obligations étaient purs personnels et s'étendaient partout ; par cette raison, il faudrait dire que la stipulation du douaire préfix devait avoir lieu dans les coutumes même prohibitives d'un douaire préfix plus fort que le coutumier. Mais, aussi, il a été répondu que le statut personnel du domicile ne pouvait pas être, à la vérité, vaincu par un autre statut personnel d'une autre coutume, ni par aucune disposition qui ne serait que la suite et la conséquence d'un statut personnel ; mais qu'il cessait dans le cas d'un statut réel, contenant une disposition particulière des biens, laquelle disposition n'est pas la suite et la conséquence d'aucun statut personnel ; parce que, dans ce cas, il est juste que chaque coutume agisse sur les biens qui lui sont soumis, au lieu que, quand la coutume ne dispose à l'occasion des biens que par une suite d'un statut personnel, il n'est pas juste que ce statut personnel agisse sur une personne qui ne lui est pas soumise, au préjudice du statut personnel du domicile.¹¹⁸⁷

Le raisonnement tenu par Boullenois montre que la fermeté et la clarté des principes touchant l'extraterritorialité du statut personnel (ici, celui du douaire préfix) ne leur évite pas de devoir s'incliner devant la prééminence et l'exclusivité du statut réel prohibitif. Il n'hésite pas, d'ailleurs, à se servir de la réduction du douaire préfix comme exemple de statut prohibitif négatif dans ses *Dissertations* :

C'est en l'article 8 du titre 4 [de la coutume de Bourgogne qu'on trouve cet exemple] : « Si (dit cet article) constitution de douaire divis est faite, par traité de mariage, à la femme plus grande et excédant le douaire coutumier, ladite constitution dudit douaire divis sera ramenée, et réduite au douaire coutumier. »

La coutume de Bourgogne ne veut pas que le douaire divis (préfix) excède le coutumier ; cet article est négatif d'un plus grand douaire et, en même temps, prohibitif, puisque l'homme est obligé de se renfermer dans la quotité prescrite par la coutume sans pouvoir excéder.¹¹⁸⁸

Conformément à la jurisprudence du Parlement de Paris en la matière, et sans chercher, cette fois, à faire prévaloir une opinion plus nuancée, Louis Boullenois admet sans difficultés qu'il y a justice à se renfermer dans les bornes de la coutume, qui assure un traitement équitable, à raison des biens qu'elle abrite, entre ses sujets et les ressortissants qui lui sont étrangers. Le douaire, comme l'illustre à merveille la trente-septième observation du *Traité* précitée, est un des lieux privilégiés où se rencontre l'action paralysante du statut réel prohibitif et c'est dans cette observation qu'il se lance dans une tentative – limitée – de définition du régime juridique applicable à ces statuts prohibitifs¹¹⁸⁹.

Le caractère prohibitif qui semble s'attacher au douaire ne se limite, d'ailleurs, pas au seul cas du douaire préfix excédentaire. Il se fait sentir de manière tout aussi aigüe dans les coutumes qui décrètent une incompatibilité des qualités de douairière et de donataire de la veuve à l'égard des biens laissés par son défunt mari : les coutumes de l'Ouest du Royaume (Anjou, en son article 310 ; Maine, en son article 313 ; Touraine, en son article 337), à laquelle s'adjoint, par contamination, la coutume de Bretagne (en son article 208), disposent que la veuve ne pourra obtenir « don et douaire »¹¹⁹⁰ et imposent que ces règles soient gardées comme des statuts prohibitifs négatifs, selon

¹¹⁸⁷ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 147. Voir aussi, dans le même sens, p. 113.

¹¹⁸⁸ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, treizième question, p. 240.

¹¹⁸⁹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 2nd, trente-septième observation, pp. 196-219.

¹¹⁹⁰ Robert-Joseph POTHIER, *Traité du douaire*, première partie, chapitre VI, article II, dans *Oeuvres de Pothier*, éd. Dupin, t. 5, Paris, 1825, pp. 526-527.

l'interprétation qu'en donne Louis Boullenois¹¹⁹¹. En réalité, la question du douaire stipulé met en jeu des intérêts si importants que la simple fonction prohibitive négative de la règle coutumière ne suffit pas ; il arrive qu'elle soit relayée par la qualification de statut odieux ou exorbitant, lorsqu'une coutume autorise ce que ses paires réprouvent.

b) Les statuts réels prohibitifs en matière de donations entre vifs.

D'une manière plus générale encore que les rapports patrimoniaux entre époux, lorsqu'ils sont convenus, les donations retiennent régulièrement l'attention de la jurisprudence et de la doctrine pour le support qu'elles offrent à l'action des statuts prohibitifs. En premier lieu, l'interdiction des donations entre époux, lorsqu'elle est prescrite par un statut, a été de nature à soulever des débats entre les auteurs qui tiennent pour son caractère personnel (comme Dumoulin, Coquille ou Bouhier) et ceux qui défendent sa dimension réelle, par la diversité et la contrariété des intérêts qui s'affrontent à cette occasion. Or, dans ses *Démissions de biens*, Boullenois prend parti en faveur de la réalité des statuts qui édictent cette prohibition, au nom de la conservation des biens dans la famille, parce que seul un statut réel peut opposer une disposition protectrice du patrimoine familial à un statut personnel extraterritorial porté par l'acte de donation, avis qu'il reconduira plus tard dans la trente-cinquième observation de son *Traité* :

Voici encore un statut de la nature duquel tout le monde ne convient pas : *le mari et la femme ne peuvent pas disposer au profit l'un de l'autre par donation entre vifs ou par testament.*

Selon plusieurs, ce statut est réel, quoiqu'il parle des conjoints, parce qu'il ne met dans le mari et la femme qu'une incapacité particulière ; ce qui est si vrai que le mari peut disposer au profit de tout autre que de sa femme, et la femme de même, étant, à cet égard, autorisée de son mari quand la disposition est entre vifs ; et, d'ailleurs, cette prohibition de disposer au profit l'un de l'autre n'est pas la suite de leur qualité de mari et femme ; il ne s'ensuit pas en effet qu'étant mari et femme, ils doivent être dans l'interdiction de se faire des avantages ; mais cette interdiction prend sa source dans des raisons pures politiques, et qui changent suivant les mœurs des différents pays.

[*A la différence des Romains, pour qui cette prohibition est pure personnelle,*] dans nos mœurs, la prohibition est pour la conservation des biens dans la famille...

Parmi nous, le statut prohibitif de se donner entre mari et femme est regardé comme réel, parce que ce statut ne met dans les conjoints qu'une incapacité particulière, qui n'affecte pas les conjoints, mais qui n'a en vue que la conservation des biens...¹¹⁹²

Il ne faut pas conclure de là [*de ce que la prohibition de se donner entre conjoints est réelle*], que la faculté de se donner entre conjoints descend pareillement d'un statut réel ; car l'on verra ci-après que c'est un statut personnel qui a lieu dans toutes les coutumes, si ce n'est dans celles prohibitives qui, à raison de la prohibition, qui est un statut réel, empêche l'exécution et l'opération du statut personnel.¹¹⁹³

¹¹⁹¹ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, treizième question, p. 241 : « Les exemples de statuts purs négatifs et de ceux négatifs prohibitifs que nous venons d'alléguer, sont sensibles par eux-mêmes parce qu'ils portent des défenses à l'homme de rien faire au contraire. Mais il en est où la prohibition n'est pas si marquée, et qui ne laissent pas d'être des statuts négatifs et prohibitifs ; par exemple, celui-ci tiré de l'article 310 de la coutume d'Anjou : « Femme ne peut avoir don et douaire sur les héritages immeubles de son mari ». Voir aussi *loc. cit.*, p. 242 et 248 ; ID., *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 2nd, trente-septième principe, pp. 196-219, spéc. pp. 199-211.

¹¹⁹² Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 116-117.

¹¹⁹³ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 119. La citation est particulièrement importante en ce qu'elle met l'accent, *in fine*, sur l'action paralysante du statut réel prohibitif qui neutralise les effets du statut personnel qui lui est contraire.

Voir aussi *loc. cit.*, p. 122 : « Si l'on voulait pratiquer cette distinction des coutumes [*qui défendent, selon des modalités diverses, à titre personnel ou réel, les donations entre conjoints*], il faudrait, quand la validité ou invalidité d'une donation se présenterait,

C'est pourquoi tous nos auteurs conviennent que les lois qui permettent ou qui défendent de donner regardent principalement la conservation des biens dans la famille ; l'objet et le matériel du statut est (*sic*) dès lors pur réel et, par conséquent, le statut est réel et, comme tel, il est renfermé dans l'étendue de son territoire : nulle loi étrangère ne peut faire violence à sa disposition.¹¹⁹⁴

Nos dispositions de coutumes ont donc en vue l'intérêt des parents, *propter interesse haeredum* ; c'est pour empêcher que l'un des conjoints ne dépouille les héritiers de l'autre ; c'est pour prévenir la facilité qu'ils auraient d'y parvenir que la loi a fait ces sortes de prohibitions, et c'est pour conserver les biens dans les familles.

Ainsi, la loi en cette partie est toute réelle ; le matériel en est les biens, et le statut ne met dans les conjoints qu'une incapacité particulière et pure réelle, qui ne saurait, par conséquent, dépendre que de la loi de la situation.

Aussi, c'est ce qui a été décidé par plusieurs arrêts, et ce qui se trouve soutenu de l'avis de nos meilleurs auteurs.¹¹⁹⁵

A titre d'illustration de cette faveur pour la réalité, et des motifs qui l'animent, les dons mutuels, au même titre que le douaire, ont donné lieu à des arrêts fameux que les auteurs statutistes n'ont pas manqué de commenter. La question, fameusement lancée par l'arrêt *De Ganay* de 1527, et la consultation de Charles Dumoulin qui l'a précédée, se résolvait par l'application de la loi du domicile matrimonial mais cette dernière solution, qui postulait l'extraterritorialité du don mutuel, avait contraint les magistrats du Parlement de Paris à réserver une exception dans le cas où la coutume où étaient situés les biens qui faisaient l'objet du don proscrivait spécialement le don mutuel¹¹⁹⁶. En effet, l'arrêt *de Miromesnil* du 31 janvier 1663 témoignait de cet équilibre délicat entre extraterritorialité et territorialité absolue que les juridictions tentent de maintenir pour préserver, tout à la fois, les intérêts des époux qui sont à l'origine du don mutuel et la souveraineté des coutumes sur leurs biens, lorsque ces coutumes emportent une prohibition absolue de cette pratique, comme, en l'espèce, l'article 410 de la coutume de Normandie. Il était donc tout à fait naturel que Louis Boullenois prenne appui sur cet arrêt célèbre pour illustrer le lien indéfectible entre réalité de la coutume prohibitive et prise en charge des intérêts familiaux¹¹⁹⁷.

La tension permanente entre extraterritorialité et territorialité qui se manifeste à l'occasion des donations offre l'occasion à Boullenois de se servir de sa fameuse maxime : « le statut personnel qui permet cède au statut réel qui défend ». Dans les *Démisions de biens*, il évoque ces prohibitions de disposer entre vifs à fins d'héritage, c'est-à-dire visant des donations-partages (ou partages anticipés), qui se rapprochent, dans leur esprit comme dans leur régime, de l'interdiction des donations entre époux :

bien examiner le lieu du domicile et le lieu de la situation des biens ; si le domicile était dans un lieu qui la permit par la raison de la personnalité, il faudrait la déclarer bonne dans les coutumes qui, par la même raison de la personnalité, les défendraient, parce que, dans la concurrence de deux statuts personnels, celui du domicile doit remporter ; quand, au contraire, la loi du domicile, que nous supposons encore être personnelle, concourra avec la loi de la situation des biens, et que cette loi sera réelle, cette dernière dans le concours l'emportera sur la première, quant aux biens du lieu de la situation. Mais, comme la plupart de nos coutumes sont réelles en cette matière, ainsi qu'on vient de l'observer, le statut réel concourra très souvent avec un autre pareillement réel... ».

¹¹⁹⁴ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, trente-cinquième observation, p. 97.

¹¹⁹⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, trente-cinquième observation, p. 104.

¹¹⁹⁶ Sur la jurisprudence en matière de don mutuel, voir, *infra*, pp. 563-567.

¹¹⁹⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, trente-cinquième observation, pp. 106-107. Il compare cet arrêt avec l'arrêt *Des Hameaux* du 7 janvier 1671, également rendu par le Parlement de Paris, qu'il voit, cette fois, comme une décision illustrant le jeu d'un « statut permissif ».

La raison qui fait que la prohibition de se donner entre conjoints vient d'un statut réel a déjà été dite¹¹⁹⁸. Cette prohibition ne met dans les conjoints qu'une incapacité particulière qui n'affecte pas les conjoints et ne leur forme pas un état, mais qui n'a en vue que la conservation des biens.

Ainsi, dans les coutumes prohibitives de se donner entre conjoints, la prohibition n'est pas d'une autre nature que celle portée dans certaines coutumes de disposer entre vifs entre ses héritiers présomptifs.

Or, il est certain que la prohibition de disposer entre ses héritiers est un statut pur réel, et la raison en est que ce statut ne règle qu'une action particulière, en vue de conserver les biens. Il en faut dire de même de la prohibition de se donner entre conjoints.¹¹⁹⁹

L'identité de raison tient à l'incapacité spéciale d'exercice qui s'attache à la qualité de conjoint ou de donateur et qui s'enracine dans une motivation similaire : dans l'un et l'autre cas, l'incapacité prohibitive « a en vue la conservation des biens ». Malgré la réticence de Boullenois à raisonner selon le motif, pour préférer le matériel du statut, force est de constater que la qualification de statut réel prohibitif ne peut faire abstraction de la prise en compte de la finalité qu'elle se propose de remplir et qui a justifié l'institution de la règle dans l'ordre juridique coutumier. Le *Traité* offre une illustration encore plus concrète de ce statut prohibitif en prenant à témoin l'article 203 de la coutume de Poitou. Abordant la question des effets du statut personnel dans la seizième observation, il insiste sur la nécessité de distinguer, au sein de la personnalité, ce qui ressortit à la capacité générale de ce qui a trait aux incapacités spéciales, exemple à l'appui :

Mais, s'il s'agissait de savoir si un homme capable et habile par la loi de son domicile, d'une capacité et habileté personnelle, peut vendre, donner et aliéner certains biens situés dans une coutume qui le défend par une prohibition pure réelle, et d'une défense bornée et particulière à certains biens et à certains cas, pour lors, la capacité du domicile ne se portera pas, pour ces biens, dans la coutume de la situation, et le statut personnel cèdera au statut réel.

Par exemple, dans la coutume de Poitou, *art. 203*, « l'on ne peut donner entre vifs, à quelque personne que ce soit, plus du tiers de son héritage, sinon pour provision de corps, nourriture et entretenements de la personne »¹²⁰⁰.

Il est certain que cette disposition de la coutume de Poitou est pure réelle et particulière, et la preuve en est que le majeur a d'ailleurs, dans cette coutume, la liberté de vendre et aliéner ses propres et, même, de disposer de tous ses acquêts par donation, ayant des propres. Ainsi, la prohibition poitevine de disposer entre vifs de plus du tiers de ses propres est bornée et renfermée dans le simple cas de la donation.

Au contraire, dans la coutume de Paris, l'homme majeur peut donner entre vifs généralement tous ses biens propres, ou acquêts à personnes capables, *salvá legitima* (« sauve la légitime »), s'il a des enfants.

Cela supposé, un homme majeur domicilié à Paris a des biens situés en Poitou et à Paris ; il pourra donner entre vifs tous ses biens situés à Paris, mais il ne pourra donner de ses propres situés en Poitou que jusqu'à concurrence du tiers ; et, quant à ce, l'état et condition de la personne dans son domicile ne saurait influencer sur la loi de Poitou, qui est une loi réelle et particulière.

J'ai cru ces principes si vrais et si constants que, dans ma Question 6^e des *Démissions de biens*, et dans le Discours préliminaire de mes *Dissertations* qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes, j'en ai formé deux règles [*dont la seconde est que,*] le statut personnel du domicile et le statut réel de la situation étant en concours, le personnel cède au réel.¹²⁰¹

¹¹⁹⁸ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 116-117. Voir, *supra*, pp. 483-484.

¹¹⁹⁹ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 118.

¹²⁰⁰ Joseph BOUCHEUL, *Coutumier général ou corps et compilation de tous les commentaires sur la coutume du comté et pays de Poitou*, Poitiers, 1727, tome 1^{er}, titre II « Des donations », article CCIII, pp. 509-533.

¹²⁰¹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, seizième observation, p. 206.

La maxime qui veut que « le personnel cède au réel » s'est certainement, en partie, construite dans le but de prémunir les héritiers contre les largesses inconsidérées émanant d'un défunt ou d'un donateur. En effet, l'article 203 de la coutume du Poitou fixe la réserve coutumière portant sur les biens propres, à hauteur d'un tiers, que toute libéralité, fût-elle fondée sur une autre coutume, se doit de respecter. Le donateur n'aura donc la faculté de disposer dans la limite des deux-tiers, que lui reconnaît, *a contrario*, le même article. Celui-ci témoigne de ce que la liberté de donner, lorsqu'elle est admise, ne laisse pas d'être encadrée par la coutume réelle et prohibitive, qui, en ce cas, l'emporte sur une manifestation de volonté qui entendraient s'en affranchir¹²⁰².

c) Les statuts réels prohibitifs et la protection de la réserve ou de la légitime successorales.

Parce que les mêmes causes produisent souvent les mêmes effets, les successions, au même titre que les libéralités, constituent un champ d'action privilégié des statuts réels prohibitifs, pour cette raison que les coutumes doivent s'assurer qu'il ne sera pas porté atteinte, par un acte de disposition, à la réserve coutumière, à la légitime coutumière ou à la légitime de droit¹²⁰³ qu'elles ont établie en vue de protéger les intérêts des héritiers du *de cuius*. En matière de donations testamentaires, la réserve des quatre-quints, réserve en vigueur dans les coutumes de Paris et d'Orléans et dans celles qui les ont prises en exemple¹²⁰⁴, revêt indiscutablement cette qualité. Dans son œuvre, Boullenois affirme à plusieurs reprises que le testateur ne peut excéder, dans les coutumes qui connaissent une telle réserve, la quotité disponible (le quint datif) de ses propres, au détriment de la réserve :

L'on ne peut pas disposer des quatre quints de ses propres par testament : ce statut est réel, parce qu'il ne dirige les biens propres que jusqu'à concurrence d'une certaine quotité et ne met dans la personne qu'une certaine incapacité particulière qui ne forme pas l'état de la personne.¹²⁰⁵

¹²⁰² Les donations qui s'effectuent en secondes noces en faveur du conjoint et au détriment des enfants du premier lit sont également susceptibles d'être régies par un statut réel prohibitif : Boullenois considère ainsi que les deux lois romaines *Hac edictali* (C. 5. 9. 6) et *Feminae* (C. 5. 9. 3), qui ont cours dans les pays de droit écrit qui n'ont pas enregistré l'Edit des secondes noces de 1560 « sont des dispositions réelles qui n'ont lieu, qu'autant que les biens du remarié sont situés dans des endroits où ces lois sont en usage. C'est pourquoi, si le remarié avait ses biens partie dans des endroits où ces lois sont observées, et partie dans des endroits où elles ne le sont pas, les réductions et prohibitions portées par ces lois, auraient, ou n'auraient pas lieu ». Il retient la même qualification réelle prohibitive pour l'article 279 de la coutume de Paris, « disposition singulière » qui reprend les termes de l'Edit, mais en les limitant aux conquêts seulement, à propos d'un Bourguignon marié en sa région, puis remarié à Paris où il s'était installé et avait fait nombre d'acquisitions pour faire part d'enfant à sa seconde femme. Malgré son premier mariage bourguignon, l'ordre public parisien s'opposait, sur le fondement de l'article 279, à ce que les acquisitions parisiennes puissent aller à la seconde épouse. A l'inverse, il ne se prononce pas sur l'Edit de 1560. Voir Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, vingt-neuvième observation, « dixième question », pp. 806-809. Sur la jurisprudence relative à l'Edit des secondes noces, voir, *infra*, pp. 567-572, ainsi que 572-574 (position de Bouhier).

¹²⁰³ Sur l'évolution historique de la notion de « légitime », voir Marta PEGUERA-POCH, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, accessible par Internet : <http://books.openedition.org/puam/885>. Sur les limites de la liberté de disposer à cause de mort dans l'ancien droit français, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n°959-969, pp. 1289-1299.

¹²⁰⁴ Sur la réserve des quatre-quints en vigueur dans les coutumes du groupe parisien, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n°961, pp. 1292-1293.

¹²⁰⁵ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 101. Voir aussi *op. cit.*, p. 89 : « Quant aux statuts réels, ce sont ceux, incontestablement, qui régissent la chose... Tel est le statut qui défend de disposer par testament des quatre quints des propres » ; ou encore *op. cit.*, p. 117 : « le statut qui défend de tester des quatre quints des propres n'a en vue que la conservation des propres » ; et, *op. cit.*, p. 123 : « La prohibition de se

Ainsi, les statuts purs personnels du domicile, et ceux qui ne sont que la conséquence de ces statuts, l'emportent sur les statuts personnels des autres coutumes, et sur ceux qui ne sont que la suite de ces statuts ; mais ils ne l'emportent pas sur les statuts purs réels.

De là, l'on voit pourquoi un homme qui, par la loi de son domicile, peut disposer de tous ses biens, soit entre vifs, soit par testament, ne pourra pas disposer par testament des quatre quintes des propres situés à Paris, c'est que le statut prohibitif de Paris n'est pas personnel, mais réel.¹²⁰⁶

Après avoir semblé, un temps, dans ses *Dissertations*, hésiter à maintenir cette qualification pure réelle au sujet de cet article 292 de la coutume de Paris, au profit d'une qualification à la fois personnelle et réelle¹²⁰⁷, l'avocat parisien revient à son premier sentiment dans son *Traité*, sans doute encouragé en cela par les critiques émises par Bouhier sur la réalité de la réserve des quatre-quintes¹²⁰⁸. Dans le système de l'Ancien droit, et préluant à la logique qui présidera au sort de la réserve héréditaire du Code civil dans les successions testamentaires internationales, le statut réel prohibitif est le mieux à même de garantir l'intégrité de la réserve ou de la légitime et de soustraire l'une comme l'autre aux défaveurs qu'un disposant pourrait entraîner au détriment de ses héritiers légitimes.

Si les exemples de statuts prohibitifs relevés et étudiés par Louis Boullenois sont si nombreux¹²⁰⁹, c'est parce que, dans la pratique de l'Ancien droit, ils sont rentrés dans le droit ordinaire du conflit de coutumes. Leur caractère singulier et exceptionnel, comme le prouve une jurisprudence qui ne se retient plus d'y recourir dès lors que l'ordre public d'une coutume l'exige, s'efface et se banalise pour se fondre dans un statut réel prohibitif qu'un auteur tel que Louis Boullenois s'efforce de rationaliser en l'érigeant en membre à part entière de leur classification des statuts. La fréquence de ses apparitions et la résistance victorieuse qu'il oppose à l'extraterritorialité d'une coutume étrangère ou d'une manifestation de volonté démontrent la vivacité des différents ordres juridiques coutumiers dans l'ensemble du Royaume. En bon praticien, Boullenois ne fait que s'incliner devant la réalité, celle de son époque. « Le statut personnel qui permet cède au statut réel qui défend » : son territorialisme ne s'explique pas par un goût particulier ou une convenance personnelle pour la réalité des statuts, là où un d'Argentré l'avait, en son temps, érigée en rempart protecteur de l'ordre politique et social de toute une province, mais par un sens aigu des possibles et des impossibles. Le statut réel prohibitif se mue alors envers ce qui se peut qualifier, avec un peu d'agilité d'esprit, en véritable loi de police territoriale. Mais il n'en est pas la forme la plus radicale que connaisse l'Ancien droit : le particularisme coutumier se révèle encore plus exacerbé lorsque le

donner entre mari et femme, celle de disposer au-delà des quatre quintes, etc. sont pareillement réels (*vis*) et ne sortent point le lieu du statut ».

¹²⁰⁶ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 126.

¹²⁰⁷ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, première question, pp. 20-21. Il y livre le texte de l'article 292 en question : « Toutes personnes saines d'entendement, âgées, et usantes de leurs droits, peuvent disposer par testament et ordonnance de dernière volonté, au profit de personnes capables, de tous leurs biens meubles et acquêts, et conquêts immeubles, et de la cinquième partie de tous leurs propres héritages, et non plus avant ».

¹²⁰⁸ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, pp. 84-85.

¹²⁰⁹ Voir aussi Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, vingt-neuvième observation, pp. 732-817, spéc. aux pages 770-796 qui contiennent une étude critique des problèmes soulevés par la singularité du régime matrimonial normand et son caractère prohibitif de communauté (sur la jurisprudence relative à celui-ci, voir, *supra*, pp. 540-550) ; ou encore, *op. cit.*, tome 1^{er}, trente-et-unième observation, p. 877, sur la clause de style réservant le jeu de la contrariété « aux bonnes mœurs » et à la loi « prohibitive négative » dans le contrat de concession de fief.

statut réel prohibitif joint ses forces à un statut personnel prohibitif. C'est le constat que tire Boullenois de son étude du sénatus-consulte Velléien normand.

2) La rencontre entre statut personnel prohibitif négatif et statut réel prohibitif négatif : le sénatus-consulte Velléien normand.

Sans doute l'exemple le plus fameux de statut prohibitif qui se soit rencontré dans la jurisprudence de l'Ancien droit, le sénatus-consulte Velléien normand est, par voie de conséquence, celui qui a fait couler le plus d'encre chez les jurisconsultes qui se sont évertués à justifier et à critiquer les décisions discordantes des Parlements de Paris et de Rouen¹²¹⁰. Les magistrats parisiens, quoiqu'ils en tinssent, par ailleurs, pour la personnalité des statuts autorisant ou prohibant les actes d'intercession de la femme à l'égard de son mari, ont été contraints de s'incliner devant la résistance acharnée des magistrats rouennais et de mettre leurs décisions en accord avec le statut réel prohibitif qui leur était systématiquement opposé : la conviction qu'il leur serait impossible d'obtenir, de la part des autorités normandes, l'exécution d'un engagement contracté par une femme autorisée à passer un tel acte sur ses biens situés en Normandie a certainement déterminé leur position conciliatrice. Cette attitude des cours, et l'assentiment que les juristes normands – dont le statutiste Louis Froland, auteur, en 1722, des fameux *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien dans le duché de Normandie* – manifestent à son égard, ne cessent d'interpeler Louis Boullenois, car ils le contraignent à justifier une solution qu'il accepte, à défaut de l'approuver, et à la mettre en conformité avec les principes qui fondent sa classification des statuts.

Le Parlement de Paris ayant fini par interpréter le sénatus-consulte Velléien, ou, serait-il plus juste de dire, l'incapacité velléienne, comme un statut mélangé de personnel et de réel, Louis Boullenois n'a de cesse, tout au long de son œuvre, d'approfondir cette position jurisprudentielle en qualifiant, dès ses *Démissions de biens*, cette incapacité de « statut réel prohibitif » et d'argumenter pour discerner les raisons qui ont déterminé la juridiction parisienne à statuer ainsi. De ce point de vue, il fait preuve d'une admirable constance dans son jugement. Qu'il suffise de s'en tenir à ce qu'il en dit dans les *Démissions de biens* et qu'il répétera dans les *Dissertations* et dans le *Traité*¹²¹¹, se contentant, à l'occasion, d'approfondir certains de ses arguments. Ayant affirmé que les « statuts qui règlent les engagements dont l'effet est de lier et d'obliger les personnes » étaient des statuts personnels et donc voués à l'extraterritorialité, il prend l'exemple du sénatus-consulte Velléien qui, en prohibant les actes d'intercession de l'épouse normande en faveur de son mari, entend accompagner cette épouse partout, tandis que celle qui, étant autorisée à un tel acte par son statut personnel, pourra l'accomplir en tous lieux. Après ce dernier constat favorable à l'extraterritorialité, il ajoute :

Il est vrai que cela se juge autrement par rapport aux cautionnements d'une femme domiciliée, même dans les coutumes où le sénatus-consulte velléien n'a point lieu, quand ces cautionnements sont à exécuter sur des biens situés en Normandie. Mais, à cet égard, c'est par la force des articles 539, 540 et 542 de cette coutume qui a des dispositions réelles au sujet des biens des femmes

¹²¹⁰ Sur cette jurisprudence, voir, *infra*, pp. 554-563.

¹²¹¹ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, quinzième question, pp. 272-307, et seizième question, pp. 308-323, spéc. pp. 305-309 ; ID., *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, treizième observation, pp. 187-196 (avec le commentaire de l'arrêt *Malet*, du Parlement de Paris, rendu le 12 juin 1717 : sur celui-ci, voir, *infra*, p. 559 et la note 1413).

mariées : en sorte que la jurisprudence des arrêts n'est pas, dans ce cas, fondée sur la disposition du sénatus-consulte velléien observé en Normandie, mais sur la disposition des articles de cette coutume qui sont réels.

Cette jurisprudence est si constante pour les cautionnements d'une femme à exécuter sur les biens de Normandie, qu'il n'est pas possible de s'y refuser...

Ainsi, il faut considérer deux lois différentes dans la Coutume de Normandie. La première est le sénatus-consulte velléien qui met dans la femme une incapacité de s'obliger pour autrui, et cette incapacité est personnelle et fait que la femme est hors d'état de former aucun cautionnement qui puisse être exécuté sur quelques immeubles que ce soit, dans quelques lieux qu'ils soient situés. Cette incapacité n'affecte que les femmes domiciliées en Normandie, puisque c'est un statut personnel ; mais il y a une seconde loi, qui résulte des articles 539, 540 et 542, qui ne permet pas à la femme mariée d'engager les immeubles qu'elle possède en Normandie, et ce statut est réel ; en sorte qu'une femme domiciliée à Paris, quoique capable de ces sortes d'engagements par la loi de son domicile, ne peut pas engager ses immeubles en Normandie, le statut réel s'y opposant. Ainsi, le statut personnel... vient échouer contre le statut réel, et cela est dans la règle.¹²¹²

Confronté à une « jurisprudence constante » qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause, Boullenois discerne, dès les *Démissions de biens*, la mise en œuvre concomitante de deux lois différentes portées par la coutume de Normandie et reconduit cette analyse dans les *Dissertations* et dans le *Traité* :

1° D'une part, le sénatus-consulte Velléien, à proprement parler, qui n'est qu'une disposition prohibitive qui place dans la femme normande une incapacité personnelle et extraterritoriale de s'obliger pour autrui pour tous ces biens, qu'ils soient situés sur le territoire de sa coutume ou sur le territoire d'une autre coutume. En effet, il n'y a pas d'acte plus personnel que celui qui consiste à s'obliger et le Velléien se range parmi ces « statuts qui règlent les engagements dont l'effet est de lier et obliger les personnes [et qui] sont purs personnels, quoique, par l'évènement, ces engagements produisent des droits réels, comme sont les hypothèques, parce que ces engagements *adhaerent personae et ossibus* ». Seules les femmes domiciliées en Normandie, à l'exclusion de toute autre, se voient frappées de cette prohibition.

2° D'autre part, les articles 539, 540 et 542 de la coutume, insérés dans le chapitre relatif au « bref de mariage encombré » et qui semblent directement inspirés des dispositions de la *lex Julia de fundo dotali*¹²¹³. Ces articles, en protégeant le droit à la récompense de la femme mariée lorsque ses biens dotaux ont été aliénés, portent une incapacité réelle et territoriale de grever, à telle fin, les immeubles qui se trouvent sur le sol de Normandie¹²¹⁴.

¹²¹² Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 86-88.

¹²¹³ En réalité, de la partie de la *lex Julia de adulteriis* qui est relative aux fonds dotaux et qui figure au Livre XXIII du Digeste, au titre V, *De fundo dotali*, et plus, particulièrement, la loi *Lex Julia* (D. 23.5.4.).

¹²¹⁴ COUTUME DE NORMANDIE, article 539 : *Hypothèque du remplacement du dot* – « Si le dot de la femme a été aliéné en tout ou partie, et que les deniers ne soient convertis à son profit, elle aura récompense du juste prix sur les biens de son mari, du jour du contrat de mariage et célébration d'icelui ».

COUTUME DE NORMANDIE, article 540 : « Et où la femme ne pourrait avoir sa récompense sur les biens de son mari, elle peut subsidiairement s'adresser contre les détenteurs dudit dot, lesquels ont option de le lui laisser, ou lui payer le juste prix à l'estimation de ce qu'il pouvait valoir lors du décès de son mari ».

COUTUME DE NORMANDIE, article 542 : *Hypothèques du remplacement des biens de la femme autres que les dotaux* – « Et quant à tous autres biens immeubles appartenant aux femmes, autres que leur dot, soit à droit de succession, donation, acquisition ou autrement, s'ils sont aliénés par la femme et le mari ensemble, ou par la femme du consentement et autorité de son mari, et que l'argent provenant de la vente n'ait été converti au profit de la femme, comme dessus est dit, elle doit avoir sa récompense sur les biens de son mari, mais l'hypothèque prend seulement pied du jour de l'aliénation, et où le mari serait non solvable, subsidiairement contre les détenteurs desdits biens, lesquels en seront quittes en payant le juste prix d'iceux, eu égard à ce qu'ils valaient lors du contrat » (Henri BASNAGE, *Œuvres de Maître Henri Basnage*, 3^e édition, 1709, tome II, pp. 401-412 et 414-416).

Pour assurer l'application absolue de la coutume de Normandie sur les biens qui y sont situés, Boullenois combine les deux types de statut, le personnel et le réel, conformément à ce qu'exige la coutume elle-même, afin d'aboutir à la seule conclusion qu'autorise son système : « le statut personnel vient échouer contre le réel et c'est dans la règle ». La prohibition velléienne, théoriquement limitée aux femmes normandes, est étendue, par l'effet d'un statut prohibitif, à toutes les femmes mariées qui posséderaient des biens en Normandie : elle est, tout à la fois, personnelle et réelle, extraterritoriale et territoriale et elle revêt tous les atours d'une loi de police normande. En effet, celle-ci, en l'occurrence, ne se contente pas d'assurer l'emprise exclusive de la coutume sur son sol, mais, également, étend la protection due aux femmes et à leurs intérêts patrimoniaux à celles qui ne sont pas, normalement, sujettes à la coutume. En précisant que le statut réel s'oppose à la loi du domicile de la femme parisienne ou que le statut personnel vient échouer contre le statut réel, Boullenois ne se charge pas de trancher entre loi de police ou exception d'ordre public ; il confirme juste que le statut réel prohibitif fait obstacle à l'exécution d'un statut normalement compétent, mais dont l'application heurterait les valeurs fondamentales du for ou la compétence exclusive que la loi du lieu de situation réclame sur la situation considérée.

Malgré sa réserve à l'égard de l'orientation de la jurisprudence, et en dépit des discussions qu'il lance pour en minorer la pertinence, Boullenois est obligé de reconnaître que la solution, maintes fois confirmée par les cours, n'a rien que de très logique, parce que conforme à la maxime « Le statut personnel qui permet cède au statut réel qui défend ». Elle n'est, d'ailleurs, pas propre à la Normandie, dont elle illustre si bien l'esprit de résistance devant les tentatives d'unification juridique et devant les visées expansionnistes de la jurisprudence du Parlement de Paris ; le Dauphiné ou encore l'Auvergne ne lui cède en rien. Par conséquent, l'avocat parisien est forcé de convenir que certaines coutumes emploient le statut réel prohibitif dans le dessein exprès de faire barrage à l'exécution d'un engagement personnel aussi contraire à leur conception des intérêts patrimoniaux de la femme mariée : ainsi de l'aliénation des biens dotaux¹²¹⁵. C'est ainsi qu'il revient sur les circonstances qui ont donné lieu à l'arrêt *Fauvelet* du 29 août 1711 ou à l'arrêt *Malet* du 12 juin 1717¹²¹⁶. Or, c'est à l'occasion de l'étude qu'il consacre longuement à la question du Velléien dans la treizième observation du *Traité* qu'il revient sur les définitions *ab effectu* des statuts réels et statuts personnels et qu'il livre, alors, la clé d'interprétation qui explique la supériorité du statut réel sur le personnel, en des termes empruntés directement à la rhétorique de la souveraineté/territorialité :

Au premier cas, ce statut est réel et ne cède à aucun autre statut, parce qu'il est souverain dans ses Etats, et qu'une loi étrangère n'est pas en droit de mesurer ses forces avec celles de ce statut. Elle doit baisser pavillon, et respecter la domination d'autrui, comme elle veut qu'on respecte la sienne. Mais, au second cas, le statut est personnel, et le statut personnel de la situation doit céder au statut personnel du domicile, et cela, non pas que l'un ait droit de commander à l'autre, mais par une nécessité de bien commun et de réciprocité avantageuse, en ce que chaque statut conserve autorité sur ses sujets, et que cette autorité serait bien peu de chose si l'homme, qui est né pour se mouvoir et pour parcourir cette terre que Dieu lui a donnée, pouvait ainsi se soustraire aux lois légitimes qui gouvernent sa personne auxquelles, par spécialité, il est soumis. Les souverains n'auraient pour sujets que gens du hasard ; leur autorité ne résiderait jamais sur une tête fixe ; elle serait même fort

¹²¹⁵ La question de l'aliénation des biens dotaux, qui comprend celle, plus particulière, de l'incapacité velléienne, et du caractère prohibitif ou non attaché à la loi Julia traverse l'ensemble de l'œuvre de Louis BOULLENOIS : voir, entre autres, la quinzième question des *Dissertations*, aux pp. 272-307, et la seizième observation du *Traité*, pp. 205-229.

¹²¹⁶ Sur l'arrêt *Fauvelet*, voir, *infra*, p. 562.

imparfaite, puisque la personne sujette serait soumise à autant de maîtres qu'elle aurait de biens répandus dans différentes juridictions.¹²¹⁷

Ce passage démontre clairement que, par l'attention soutenue qu'il a portée au statut réel prohibitif et à ses diverses manifestations, Boullenois a, incidemment, dégagé les éléments de réflexion qui, quelques décennies plus tard, nourriront la rédaction de l'article 3 du Code civil. Il a, surtout, à travers son approche casuistique, eu le mérite d'intégrer, au sein d'une classification des statuts qui doit autant à l'École Française qu'à l'École Hollandaise, ces statuts réels prohibitifs dans l'équation destinée à résoudre les conflits de coutumes.

C. Les statuts exorbitants ou odieux dans la doctrine de Louis Boullenois.

Rapportés aux statuts réels prohibitifs, les statuts exorbitants ou odieux font pâle figure, car ils semblent davantage constituer une survivance du passé, et un héritage lointain de la doctrine italienne du Moyen-Âge, relayée par Dumoulin, qu'une classe de statuts à part entière : leurs apparitions demeurent rares et exceptionnelles et ils ne s'intègrent dans le système de Boullenois qu'en faisant violence à la classification matérielle qu'il prétend adopter. Il n'est, d'ailleurs, pas innocent, à cet égard, de constater que les statuts exorbitants s'effacent progressivement au profit des statuts prohibitifs au fur et à mesure de l'œuvre de Boullenois. La frontière entre les deux types de statuts devient, d'ailleurs, poreuse au point que certains cas de figure se partagent entre l'une et l'autre qualification d'une œuvre à l'autre.

Louis Boullenois ne livre aucune définition des statuts exorbitants et des statuts odieux et ne semble guère vouloir voir, entre les deux, autre chose qu'une simple distinction de nuance. Les statuts odieux, repris du vocabulaire statutiste médiéval, sont, par définition, des statuts exorbitants qui emportent, dans l'esprit de l'avocat parisien, une nuance de réprobation supplémentaire que la simple exorbitance ne suffit plus à exprimer. Si un statut odieux est nécessairement exorbitant, tous les statuts exorbitants ne sont pas odieux : l'appréciation de l'odieux et du favorable est susceptible de varier selon les ordres juridiques et les points de vue considérés, comme l'avait déjà relevé Balde en son temps. Quoi qu'il en soit, odieux ou non, les statuts exorbitants ne sont plus nécessairement prohibitifs, comme ils l'étaient à l'époque de Bartole et de Balde. En effet, ce caractère prohibitif est désormais relégué à un rang accessoire, car c'est l'opposition avec le droit commun qui perdure, à titre principal, à travers ces appellations.

Pour établir la légitimité de ce type de statuts à constituer une catégorie à part, Boullenois s'en remet volontiers à l'héritage des juristes médiévaux, qui tendaient déjà à confiner dans son territoire le statut local qui s'écartait trop du champ de valeur incarné par le *jus commune* et qui était, pour cette raison même, qualifié alors de « prohibitif odieux »¹²¹⁸. Il a, également, pu être conforté dans son attitude par l'exemple donné par son prédécesseur Charles Dumoulin ou encore par son contemporain Jean Bouhier, qui, pour sa part, est demeuré imprégné de la conception traditionnelle des statuts exorbitants ou odieux et, partant, à l'idée de droit commun qu'il identifie volontiers au droit romain¹²¹⁹. Mais Boullenois se sépare de Bouhier, précisément, en mettant à l'écart cette dernière idée, devenue obsolète à ses yeux, et en marquant bien davantage son adhésion au droit commun coutumier. Celui-ci, dans ses vues de juriste parisien attaché à sa loi et à

¹²¹⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, treizième observation, p. 189.

¹²¹⁸ Sur le statut prohibitif odieux chez Bartole, voir, *supra*, pp. 95-102.

¹²¹⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitre XXXV, pp. 816-819.

sa juridiction, puise volontiers ses forces dans la coutume et dans la jurisprudence du Parlement de Paris. Le caractère exorbitant ou odieux, répond-t-il ainsi à Bouhier, se définit, exclusivement, par rapport au « droit commun à la meilleure partie de la nation ».

Ces statuts sont, au fond, les témoignages d'un particularisme juridique exacerbé, qui incarne, aux yeux de ses défenseurs, la résistance de telle ou telle province de France face aux tentatives d'unification autour de ce droit commun du Royaume qui menace de supplanter, voire d'effacer, les antiques traditions régionales¹²²⁰. Ils sont donc interprétés selon la rigueur du droit et, conformément à cela, ils sont maintenus étroitement à l'intérieur du détroit de la coutume dont ils émanent. Si ces statuts se voient ainsi, expressément, interdits d'exportation, c'est parce qu'ils sont perçus comme le produit d'une pratique coutumière qui s'accorde avec les mœurs de la population d'un lieu : pour cette raison même, ils sont insusceptibles d'être transposés dans un environnement humain différent. Ils sont donc voués à la territorialité la plus absolue. Par voie de conséquence, il importe peu, aux yeux de Boullenois, qu'ils soient réels ou personnels d'un point de vue matériel : du fait qu'ils soient intrinsèquement et inconditionnellement territoriaux, il en déduit, comme le fit Bouhier en son temps, qu'ils ne peuvent qu'être réels *ab effectu*. Si le raisonnement que Boullenois tient au sujet de ces statuts doit beaucoup à Dumoulin, celui-ci conservait encore leur caractère personnel à des règles dont il déniait, néanmoins, tout titre à l'extraterritorialité. Ce raisonnement ne fait plus sens à l'époque de Bouhier et de Boullenois : l'influence des Hollandais s'est avérée trop forte pour que l'assimilation entre objet et effet ne conduise pas ce dernier à décréter la réalité de tel statut, là où il n'a en vue que sa territorialité absolue.

L'intérêt d'une telle qualification est d'obliger les juges à se poser la double question du système de valeurs partagées qui constitue le « droit commun de la France » et, par opposition dialectique, de la teneur de la coutume qui manifeste une singularité trop aigüe pour se fondre dans un ensemble plus large. Le statut exorbitant ou odieux est donc celui qui se définit en négatif, par contraste avec le droit commun. La démarche naturelle à adopter pour en pénétrer le fonctionnement consiste à revenir sur la notion de droit commun telle qu'elle apparaît sous la plume de Louis Boullenois (1.) pour, ensuite, déployer en éventail les différents types de statuts qui, à un moment ou à un autre de son œuvre, ont eu le droit d'être qualifiés d'exorbitants ou odieux (2.). Il serait vain de vouloir procéder autrement, tant Louis Boullenois, conformément à sa démarche casuistique, n'a guère cherché à relier ces statuts par une unité organique quelconque. S'il sait faire, ponctuellement, œuvre de théoricien, il place davantage sa foi dans les vertus d'une approche essentiellement pragmatique.

1) Le droit commun de la France chez Louis Boullenois.

Dans le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Boullenois reconnaît que, faute d'une législation civile uniforme qui résolve les difficultés que la contrariété des statuts suscite, il est conforme à l'usage de respecter les particularismes juridiques de chaque province ou coutume et qu'il faut tenir compte de la vigueur avec laquelle ces particularismes peuvent être défendus. D'où le sens du débat qu'il engage avec Jean Bouhier, à propos du choix à effectuer en cas de doute sur la nature d'un statut : faut-il adopter la présomption de personnalité, comme le fait le magistrat

¹²²⁰ A ce titre, les statuts exorbitants ou odieux ont, naturellement, vocation à entrer dans le champ d'étude que représente le provincialisme juridique de la France de l'Ancien Régime : voir, sur ce point, Guillaume LEYTE, « Le provincialisme juridique dans la France d'Ancien Régime, quelques remarques », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°23, 2003, pp. 95-117.

bourguignon, ou la présomption de réalité, qui a les préférences de l'avocat parisien ? Si celui-ci plaide en faveur de la réalité, dit-il, c'est parce qu'un statut conforme au droit commun (« au bien public », disait Bouhier) peut être indifféremment réel ou personnel, mais il n'en sera pas moins extraterritorial, alors qu'à l'inverse, un statut exorbitant du droit commun ne laissera jamais d'être réel et territorial.

C'est en ce sens qu'il répond à Bouhier qu'il ne faut pas mésestimer le sentiment d'indépendance exprimée par telle ou telle province par rapport à une communauté de droit portée par l'extraterritorialité des statuts et qu'il juge illusoire, voire utopique :

En effet, ce qui est raisonnable, utile, convenable au bien public, peut n'être ni raisonnable, ni utile, ni convenable au bien d'une province ; et, par conséquent, il pourrait être rejeté, quand même il n'y aurait pas de disposition précise exclusive dans le lieu où on veut le porter, s'il s'écartait d'ailleurs de l'esprit des lois qui régissent cette province : car il ne faut pas croire que tout ce qui est utile au bien commun doive être admis partout ; ce terme *bien commun* est un terme relatif et non absolu, et telle disposition est raisonnable et convient presque à toute une Nation, qui ne convient pas à quelques provinces de cette même Nation.¹²²¹

En des termes qui soulignent ce qui sera longtemps perçu comme l'une des caractéristiques de l'ordre public international, à savoir sa variabilité, Boullenois revient sur la très grande relativité de la notion de « bien public », qu'il accueille bien volontiers comme fondement de l'extraterritorialité du statut personnel, mais qu'il ne croit pas, en revanche, assez uniformément comprise par les différentes parties du Royaume pour justifier un système de résolution des conflits qui reposerait sur le principe de personnalité des lois. En pointant ainsi du doigt le vœu pieux formulé par Bouhier, il rappelle que l'existence même des statuts exorbitants, de même que celle, par ailleurs, des statuts prohibitifs, rend particulièrement fragile l'unification des règles de conflit de lois à l'échelle du Royaume. Les juristes de l'École Hollandaise auraient formulé le même constat, mais en l'énonçant à leur manière : de même que la *comitas* doit s'incliner devant le *rigor juris* ou le *summum jus*, le bien public ne peut mettre en échec les statuts exorbitants ou exorbitants odieux.

Pour mieux comprendre dans quelles circonstances, et avec quels effets, un statut reçoit cette qualification d'exorbitant ou d'odieux, il faut s'accorder, au préalable, sur la définition à donner du « droit commun », car c'est de la conformité ou de la contrariété à ce droit commun que se décide la question de droit soulevée par Boullenois. Le fait est que celui-ci, sans refuser d'aborder frontalement la question, reste particulièrement vague sur le contenu matériel qu'il assigne à cette notion et qu'il se refuse à tenir une position clairement assumée dans le débat qui agite encore les juristes français au XVIII^e siècle¹²²², entre ceux qui, en majorité, voit désormais dans un droit commun coutumier qui consonne, ou non, selon leurs sensibilités respectives, avec la prédominance de la coutume de Paris et ceux qui, réfractaires à cette vision, en tiennent encore pour la supériorité du droit romain, comme Jean Bouhier. Or, si Boullenois prend indiscutablement ses distances avec les partisans du *jus commune*¹²²³, qui tend à devenir de plus en plus minoritaire, il ne la contredit jamais ouvertement et, fidèle à ses habitudes de praticien, se garde bien de se lier les mains avec une définition trop théorique qui se conformerait malaisément avec le sentiment des différentes provinces et des différentes juridictions. En réalité, la conception

¹²²¹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, cinquième observation, pp. 115-116.

¹²²² Nicolas WAREMBOURG, « La notion de droit commun dans l'Ancienne France coutumière. Point d'étape », *GLOSSAE, European Journal of Legal History*, n°13, 2016, pp. 670-684.

¹²²³ Voir, entre autres, la discussion critique qu'il nourrit envers les thèses de Jean Bouhier sur le droit commun dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, cinquième observation, pp. 107-118.

que se fait Louis Boullenois du droit commun est remarquable de plasticité et elle s'adapte à chacun des contextes dans lesquels il y a recours. Cette plasticité n'est pas sans rappeler celle dont faisait preuve, deux siècles auparavant, Charles Dumoulin, lorsque, dans ses *Conclusiones*, ce dernier faisait référence à un droit commun qu'un environnement romaniste eût tôt fait d'identifier au droit romain, mais qui s'insérait, en pratique, au milieu d'exemples qui ne peuvent guère se concevoir que dans le cadre de la France du droit commun coutumier si cher à l'auteur¹²²⁴.

Les nombreuses occurrences du « droit commun » dans les trois ouvrages de Boullenois révèlent que celui-ci s'en tient à la définition *in abstracto* du droit commun, dans la mesure où, dans son esprit, ce concept désigne, presque toujours, la règle qui est ordinairement admise et appliquée dans un ensemble géographique donné (et, donc, dans un ordre juridique déterminé), par opposition aux dispositions spéciales qui peuvent y déroger et qui s'imposent à elles. Ce droit commun, universel ou général, ne désigne pas ici le droit romain ou le droit coutumier, mais celui qui se dessine par contraste avec le « droit singulier » ou le « droit propre » d'une région ou à une coutume. Force est de constater¹²²⁵ que ce droit commun est tout aussi bien celui « de toutes les Nations »¹²²⁶ que celui « du Royaume »¹²²⁷, « de la Nation »¹²²⁸ ou « de la France »¹²²⁹ ou encore « de

¹²²⁴ Sur les *Conclusiones* de Charles Dumoulin, voir, *supra*, pp. 117-139. Parmi les exemples les plus évocateurs, figure l'exclusion des filles dotées (*Conclusiones*, [II.13]) que va reprendre à son compte Boullenois.

¹²²⁵ Les observations qui suivent aux notes suivantes se fondent, toutes, sur le relevé de l'occurrence « droit commun » auquel nous avons procédé dans les trois ouvrages de Boullenois : les *Démissions de biens*, les *Dissertations* et le *Traité*. Les exemples qui sont invoqués ne sont, toutefois, pas, et de loin, exhaustifs.

¹²²⁶ A propos du statut personnel, Louis BOULLENOIS observe que : « dans l'homme, il peut y avoir plusieurs états personnels ; il y a d'abord l'état du droit commun, et que l'on peut dire être celui de toutes les Nations qui est la majorité ou la minorité. Mais il y a un autre état qui est civil et de police domestique : tel est l'état d'une femme mariée qui est dans la dépendance de son mari » (*Dissertations*, première question, p. 22). Renouant avec l'esprit des Hollandais, il relève, toujours à ce sujet, dans une formule qui condense remarquablement sa pensée, qu'il faut, « pour que l'autorité [d'une coutume] n'empiète pas sur l'autorité de l'autre, déférer nécessairement à la réalité, excepté dans ce qui regarde l'état et la condition publique de la personne pour raison de quoi, de droit commun, toutes les Nations se défèrent les unes aux autres » (ID., *Traité*, tome 1^{er}, conclusion de la dix-huitième observation, p. 338).

- Sur l'interdiction : « c'est un droit commun, et de toutes les Nations, parce qu'en effet, pour gérer, pour vendre et faire les autres actes de la Société, il faut de la volonté » (ID., *Traité*, tome 1^{er}, quatrième observation, p. 59). Voir aussi : « cet état d'interdiction est indépendant de tout domicile, étant fondé sur un dérangement d'esprit qui, chez toutes les Nations, et de droit commun, est regardé comme nuisant à la volonté » (ID., *Traité*, tome 2nd, trente-deuxième observation, p. 19).

- Sur les formalités habilitantes des actes : « Les formalités qui sont intrinsèques et de droit commun regardent les actes qui sont d'usage général, et nécessaire dans toutes les Nations » (ID., *Traité*, tome 1^{er}, vingt-troisième observation, p. 499 ; voir aussi p. 506 pour une expression équivalente).

- Sur la maxime *Actor sequitur forum rei*, il retranscrit, *in extenso*, une déclaration de Louis XV, en date du 9 avril 1747, « qui fixe le tribunal où doivent être discutés les biens d'un débiteur par lui possédés en même temps en France et en Lorraine » et qui expose en préambule que : « la [règle] plus simple et la plus conforme au droit commun de toutes les Nations est de donner réciproquement la préférence aux juges de celui des deux Etats où le défendeur aura un domicile » (ID., *Traité*, tome 1^{er}, vingt-cinquième observation, p. 648).

¹²²⁷ A propos de la discussion des meubles, il déclare : « j'observerai d'abord que la discussion des meubles admise dans le Royaume avant l'Ordonnance de 1539 ne l'était pas comme privilège, mais comme droit commun : le contraire a été admis par la suite, et est devenu un autre droit commun ; mais l'ancien droit est resté droit ancien dans les lieux où il continue de s'observer » (ID., *Traité*, tome 1^{er}, vingt-troisième observation, p. 527).

¹²²⁸ A propos de légitimation par lettres, il déclare : « je l'entends d'un légitimé par puissance extraordinaire, et non pas par le droit commun de la Nation » (ID., *Traité*, tome 1^{er}, quatrième observation, p. 64).

¹²²⁹ Sur l'hypothèque : « Dans la France, le droit commun est que quiconque s'oblige d'une obligation publique et authentique oblige tous ses biens, et non seulement ceux présents, mais encore ceux que l'obligé peut acquérir depuis l'obligation qu'il a contracté » (sic) (ID., *Dissertations*, septième question, p. 128).

- Sur les puissance et tutelle paternelles : « Mais si la mère meurt, dès lors, ce droit de puissance paternelle est converti en droit de tutelle, on élit le père tuteur, et il doit rendre compte après la tutelle finie ; ce qui est du droit commun de la France » (ID., *Dissertations*, vingtième question, pp. 417-418).

- Sur l'exécution des contrats : « On sait que, suivant le droit général de la France, toutes exécutions cessent par la mort du débiteur : il faut ajourner l'héritier pour voir déclarer le titre exécutoire, ou si l'exécution était commencée, il faut

nos Coutumes »¹²³⁰, voire d'un « pays »¹²³¹ ou d'une coutume. Chacun peut librement y voir, selon sa sensibilité, soit le droit romain, soit le droit commun coutumier. Ce droit dit commun est alors celui qui se pratique « dans la meilleure [entendre : la majeure] partie d'une Nation » ou, en tout cas, dans la majeure partie de l'ordre juridique considéré et qui laisse ouverte la possibilité, pour des dispositions dérogoratoires, de se différencier ou de s'opposer à ce régime de droit commun. Une telle conception conduit insensiblement Boullenois à préciser, ponctuellement, sa pensée et à se porter sur le plan de la définition *in concreto*. Dans ces cas, rares mais révélateurs, il n'hésite pas à se référer à son environnement professionnel parisien et à rapporter le concept de droit commun à la coutume de Paris, tenue alors pour l'expression naturelle du droit commun coutumier et la manifestation du droit supplétif par excellence, comme dans les *Démissions de biens*:

Quand une loi est un droit commun pratiqué dans la meilleure partie d'une nation, elle mérite incontestablement d'être étendue dans les lieux qui ne l'ont pas prévus (*si*). C'est ainsi que, dans les coutumes qui n'ont pas fixé la quotité de la légitime, on l'arbitre et on la fixe en y appliquant la disposition de la coutume de Paris. Quand, au contraire, une coutume contient un droit singulier qui ajoute sévérité sur sévérité, on le restreint et on le renferme dans son territoire.¹²³²

Dans la vingt-huitième observation de son *Traité*, Boullenois se décide à aborder, de manière plus directe, la question, mais toujours en gardant une certaine réserve et en dissimulant la question derrière celle qui l'occupe dans ladite observation et qui consiste à déterminer à quelle coutume il convient de déterminer l'âge pour passer un testament :

Ce serait ici le lieu d'agiter cette question si fameuse, qui est de savoir si le droit romain est le droit commun de la France, et si ce n'est pas à ce droit romain qu'il faut recourir dans le silence de nos coutumes.

Je sais qu'anciennement [*au XVI^e siècle*], deux grands magistrats se trouvèrent divisés sur cette question. M. de Thou était déterminé en faveur du droit coutumier, et M. Lizet en faveur du droit romain, et les opinions de ces deux magistrats ont considérablement influé dans la rédaction de plusieurs de nos coutumes, suivant que l'un ou l'autre y a présidé¹²³³.

Il faut convenir même que, dans l'ancienne jurisprudence, on suivait, pour l'âge de tester dans les coutumes muettes, la disposition du droit romain ; Ricard, *des Donations*, partie première, ch. 3, sect. 3¹²³⁴ ; M. Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, pages 194 et 195¹²³⁵ ; mais, depuis, nos auteurs assurent

l'aligner pour reprendre ; parce que, suivant le droit commun, le mort exécute le vif, mais le vif n'exécute pas le mort » (ID., *Traité*, tome 1^{er}, vingt-troisième observation, p. 525).

¹²³⁰ Sur le douaire : « Le droit commun des coutumes est que la femme gagne son douaire dès l'instant de la célébration du mariage » (ID., *Traité*, tome 2nd, trente-septième observation, p. 246).

- Sur les coutumes qui défèrent la garde aux père et mère sans distinction de domicile : « c'est le droit commun de nos coutumes » (ID., *Traité*, tome 2nd, trente-neuvième observation, p. 316).

¹²³¹ Sur la prescription : « Dans cette espèce, j'estimerai le Bourgeois mal fondé [*de se prévaloir de la prescription portée par la coutume du demandeur qui l'attaque en justice*], parce que, comme dit du Pineau, art. 508 de la Coutume d'Anjou, quand les Docteurs ont proposé la question, si le statut lie les forains *in personalibus*, c'est sur le doute que l'on fait, s'ils sont obligés à un plus rude ou sévère statut que le droit commun ou le statut de leur pays » (ID., *Traité*, tome 1^{er}, vingtième observation, p. 366).

¹²³² Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 109.

¹²³³ Sur la « division » entre Cristofle de Thou, premier président du Parlement de Paris, partisan du droit français, rassemblé autour des coutumes, et Pierre Lizet, l'un de ses prédécesseurs, davantage versé dans le droit romain, qui fut montée en épingle, à dessein, par Guy COQUILLE, dans l'introduction de ses commentaires sur *Les Coutumes de Nivernais* (*Œuvres de Maître Guy Coquille*, tome II, Bordeaux, 1703, p. 2), voir, entre autres, René FILHOL, *Le premier président Christofle de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, 1937 et Jacqueline VENDRAND-VOYER, « Réformation des coutumes et droit romain. Pierre Lizet et la coutume de Berry », *Annales de la faculté de droit et de science politique de Clermont*, n°18, Paris, 1981, pp. 313-381.

¹²³⁴ Jean-Marie RICARD, *Œuvres de M. Jean-Marie Ricard*, Paris, 1754, tome 1^{er}, *Traité des donations*, première partie, chapitre troisième, section III, n°197-200, pp. 45-56.

que la jurisprudence a changé et que, quand une coutume ne détermine pas l'âge pour tester, on suit en tout la coutume de Paris, en l'art. 253, qui exige l'âge de vingt ans, pour disposer par testament des meubles, acquêts, et conquêts immeubles, et l'âge de vingt-cinq ans, pour disposer du quint des propres.

La raison qu'on en donne est que, Paris étant la capitale du Royaume, et ayant ses usages qui ont été réformés et corrigés sur ce qui était plus du goût de la Nation, et le plus universellement pratiqué, il était plus convenable de coutume à coutume, et dans le silence de quelques-unes, de se référer à celle de Paris, qui a sagement distingué les meubles et acquêts d'avec les propres, et qui n'a, ni trop avancé, ni trop retardé le pouvoir d'en disposer, plutôt que de recourir au droit romain qui fixe ce pouvoir indistinctement à un âge bien exposé à la surprise et à la captation.¹²³⁶

Ces passages figurent parmi ceux qui illustrent sans doute le mieux la pensée de Louis Boullenois sur cette épineuse question. Mais qui chercherait, dans ces deux extraits, un vibrant plaidoyer de sa part en faveur du droit commun coutumier s'exposerait sans doute à une grande déception. Avec toute la prudence qui caractérise un praticien lorsqu'il se refuse à s'aventurer sur un terrain trop théorique, Louis Boullenois entend juste refléter, avec sa sensibilité propre d'avocat parisien, ce qui lui semble être la tendance dominante à son époque et fait état – avec la distance qui s'impose, car l'avis est loin d'être unanimement partagé – de l'essor du droit commun coutumier, et d'un droit commun qui s'articulerait, plus précisément, sur la primauté de la coutume de Paris, dans la jurisprudence de son temps. Mais le témoignage de Boullenois mérite d'être pris en compte : il est un reflet, parmi tant d'autres, du transfert d'identité qu'a connu la notion de « droit commun » dans la jurisprudence (au sens ancien du terme), du XVI^e au XVIII^e siècle, entre le droit romain et le droit coutumier, à la notable exception des pays de droit écrit. Cette substitution est tellement consommée à l'époque de Boullenois qu'il ne ressent guère le besoin d'explicitement une réalité qui n'échappe à personne dans les pays de coutume, sauf à quelques juristes nostalgiques de la grandeur du droit romain. Mais l'enseignement de Boullenois ne s'en tient pas là : il illustre également la rémanence de la définition *in abstracto* du droit commun, qui est, sans aucun doute, bien plus présente dans son esprit et dans ses réflexions que la nécessité de prendre position sur un débat qui est trop lourd d'implications théoriques pour lui sembler adapté à la complexité inhérente au conflit de coutumes¹²³⁷.

2) Les différents types de statuts exorbitants ou odieux discernés par Louis Boullenois.

La définition des statuts exorbitants ou odieux, en négatif du droit commun, ne se limite pas seulement à une approche matérielle : elle emporte également une dimension territoriale que Boullenois, dans la lignée de la tradition statutiste, prend systématiquement en compte. La distinction qu'il opère dans ses *Démissions de biens* entre la disposition de droit commun et la disposition singulière est, à cet égard, révélatrice de cette incidence spatiale : la disposition de droit commun « pratiquée dans la meilleure partie du Royaume » peut être étendue dans les lieux qui ne

¹²³⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre IV, n^oLVII à LXIII, pp. 393-395, spéc. n^oLIX.

¹²³⁶ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 1^{er}, vingt-huitième observation, pp. 697-698.

¹²³⁷ De ce point de vue, le cas de Louis Boullenois rejoint les conclusions avancées par Nicolas WAREMBOURG, « La notion de droit commun dans l'Ancienne France coutumière », *op. cit.*, pp. 683-684. Il faut remarquer incidemment que, au regard de ses aspirations, constamment réitérées dans son œuvre, à l'unification du droit français par l'intervention de la loi royale, le droit commun, envisagé idéalement par Boullenois, prendrait davantage une forme plus législative que coutumière.

l'ont pas prévue, alors que la disposition singulière, propre à une coutume, doit être confinée à l'intérieur du détroit de celle-ci, en raison de son double caractère exorbitant et odieux¹²³⁸. Mais il est à remarquer que, à aucun moment, Boullenois n'affirme que la règle de droit commun puisse s'étendre dans les lieux où il existe une coutume contraire : là où le mutisme d'une coutume favorise une telle extension, l'adversité d'une coutume s'y oppose et, de fait, celle-ci devient « exorbitante ». L'avocat parisien entend juste rendre compte de cette résistance invincible qu'opposent certains ordres juridiques locaux face à la règle de droit commun et, devant l'impossibilité de passer outre cette résistance, de condamner le statut local à demeurer purement territorial. Les auteurs, comme les tribunaux, se trouvent dans la nécessité d'admettre la légitimité d'un « droit singulier » (*jus singulare*) de s'opposer à l'application du « droit commun » (*jus commune*), au nom de la souveraineté de la coutume : les vieilles distinctions médiévales n'ont rien perdu de pertinence, puisqu'elles se transposent sans mal au contexte des conflits de coutumes.

Ainsi qu'il a été rappelé précédemment, le statut odieux est nécessairement exorbitant du droit commun, alors qu'un statut exorbitant n'est pas nécessairement odieux : le caractère odieux n'est qu'une espèce particulière d'un genre regroupé sous l'appellation de « statuts exorbitants » et dont la singularité est aggravée par des valeurs qui entrent en contradiction avec celles portées par l'ordre juridique incarné par le droit commun. Dans les *Démisions de biens*, toujours, Boullenois fait une remarque à ce sujet, qui montre bien à quel point la distinction entre odieux et favorable, si chère à Bartole, est définitivement reléguée en arrière-plan des préoccupations de la doctrine statutiste. En effet, selon lui, chaque coutume est bien en droit d'adopter les motifs qu'il lui plaît pour justifier les dispositions, odieuses ou non, qu'elle instaure :

Il ne faut donc pas dire que ce statut est odieux, qu'il renferme en soi l'iniquité et la barbarie. Disons plutôt qu'il est singulier, qu'il est exorbitant du droit commun. Or, en fait de statuts singuliers et exorbitants, la règle est, effectivement, de les renfermer dans leur territoire.¹²³⁹

La véritable raison d'être du statut exorbitant (ou exorbitant et odieux) réside dans sa contrariété envers le droit commun, qui, par ce seul fait, en détermine le champ d'application strictement territorial :

Pour pouvoir donc étendre la loi d'un pays dans un autre, il faut que la loi du lieu où on en veut faire l'extension soit muette, et que la loi que l'on veut étendre soit une espèce de droit commun, ou qu'il n'y ait pas une loi qui dispose expressément et qui soit prohibitive et négative de celle que l'on y veut faire recevoir.¹²⁴⁰

La différence entre le statut exorbitant et le statut prohibitif négatif est clairement exprimée dans ce passage des *Démisions de biens*. En effet, le statut exorbitant est territorial parce que, faisant défaut à la communauté de droit la plus élémentaire, il ne saurait être reçu par aucune juridiction étrangère, ni s'appliquer au sein d'une coutume qui lui serait extérieure. L'extraterritorialité lui est interdite. Comme le relève Boullenois, « il est réel en lui-même et son exorbitance ne peut mériter

¹²³⁸ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 109 (passage cité, *supra*, page 223).

¹²³⁹ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 109.

¹²⁴⁰ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 110. Plus loin, p. 111, il ajoute : « Dans le silence de la loi, il est raisonnable d'avoir recours à celles faites, reçues et approuvées plus communément par nos voisins. On présume volontiers que telle aurait été la loi du lieu même, s'il y avait eu occasion de la faire, et, par là, c'est moins une loi étrangère qui agit que la loi même du lieu » : la réflexion renvoie davantage à la logique du droit commun coutumier qu'à celle qui postule la primauté du droit romain.

d'extension », mais il serait encore plus exact de dire que sa réalité ne tient qu'à la territorialité stricte à laquelle il est condamné, puisqu'il importe peu que ce statut porte sur une matière personnelle (auquel cas la disposition ne s'appliquerait qu'aux seuls domiciliés) ou réelle (auquel cas elle s'appliquerait aussi bien aux domiciliés qu'aux étrangers). Un statut exorbitant peut bien être personnel par son objet, il n'en demeurera pas moins territorial. La confusion entre l'effet et l'objet se traduit toujours par une prééminence du premier sur le second : dès lors, Boullenois est forcé de convenir que sa classification matérielle est tenue en défaut par l'existence de ce type de statut.

De son côté, le statut prohibitif négatif, lui, n'est pas moins territorial *ab effectu*, indépendamment de toute considération objective, mais c'est à lui qu'il revient de paralyser et de mettre en échec l'extraterritorialité d'un statut étranger. Pour cette raison, rien n'interdit à un juge étranger de faire application, au même titre que le juge local, de ce statut prohibitif négatif s'il sent que la résistance de la coutume où est appelée à jouer l'extraterritorialité est trop forte pour autoriser l'exécution du droit litigieux. Là réside la distinction, doit-on le rappeler, qu'il faut opérer entre un statut prohibitif négatif et un statut simplement négatif qui, parce que lui n'oppose guère de résistance, ne s'imposera pas à un juge si celui-ci estime nécessaire d'accorder une extension extraterritoriale à une coutume dans le détroit d'une autre.

Bien développée dans les *Démissions de biens*¹²⁴¹, le problème posé par les statuts exorbitants n'est plus directement abordé dans les œuvres postérieures de Boullenois et c'est donc à l'aide de ces quelques indications bien générales qu'il a bien voulu livrer dans son premier ouvrage qu'il nous faut entreprendre un rapide aperçu des questions de droit qui suscitent l'intervention d'un tel type de statut. Sans prétendre à un inventaire exhaustif, il est loisible de discerner le jeu des statuts exorbitants, ou odieux, selon qu'ils se manifestent au sein des rapports de famille (a.), dans le domaine des obligations (b.) ou, plus spécifiquement, dans le champ des lois pénales (c.).

a) Le statut exorbitant dans les rapports de famille.

Cette catégorie de statuts exorbitants, à l'intitulé volontairement généraliste, est, de loin, la plus fournie, car elle met en avant des dispositions coutumières particulières qui sont relatives aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités et qui correspondent, semble-t-il, à la complexion et aux mœurs des populations qui y sont soumises : c'est toute une organisation de la famille, et une vision de la société, qui se révèle à nous, à travers ces survivances d'un fonds coutumier originel dont les racines restent, dans bien des cas, mystérieuses. Si les exemples de la veuve obligée, en Bourgogne, de renoncer à la communauté afin de toucher son douaire coutumier et de l'inaliénabilité des conquêts du premier lit, en vertu de l'article 279 de la coutume de Paris seront abordés à l'occasion de l'étude de la jurisprudence de l'Ancien droit¹²⁴², ceux de la puissance paternelle et de l'exclusion des filles dotées méritent bien d'être commentés dès à présent.

1° L'exercice de la puissance paternelle, issue du droit romain et telle qu'elle est pratiquée dans les pays de droit écrit¹²⁴³, fait l'objet de la part de Boullenois, dans la vingtième question de ses *Dissertations*, d'une analyse qui tend à démontrer que certaines de ses implications, lorsqu'elles

¹²⁴¹ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 108-111.

¹²⁴² Sur ces deux exemples de statuts exorbitants chez Boullenois, à travers l'étude de la jurisprudence, voir, *infra*, pp. 552-554 et 570-572.

¹²⁴³ Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, n° 234, pp. 305-306 ; Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n°156, pp. 179-181 ; Jean BART, *Histoire du droit privé*, *op. cit.*, pp. 301-303.

trouvent à prendre effet dans des coutumes qui l'ignorent, notamment dans les pays du nord du Royaume, entrent en contrariété avec le droit commun coutumier. L'exemple n'est pas en soi nouveau, puisque Boullenois s'inspire directement des *Conclusiones* de Dumoulin¹²⁴⁴. En prenant appui sur le cas de figure d'un père qui exercerait sa *patria potestas* sur ses enfants, l'avocat parisien pointe du doigt les droits de jouissance légale qu'elle confère, selon lui, à son détenteur sur les biens appartenant à ceux qui sont en sa puissance et cherche à en démontrer le caractère exorbitant. Après avoir retracé l'histoire de la puissance paternelle et après avoir distingué selon les différentes régions et coutumes, qui, chacune, l'ont accueillie avec plus ou moins de force et plus ou moins de nuances¹²⁴⁵, Boullenois estime que la question doit se régler selon une distinction :

1° D'une part, les droits qui se rapportent à son état et à sa condition, et qui sont donc soumis à la loi du domicile d'origine de l'enfant,

2° D'autre part, les droits qui déterminent le régime juridique applicable à leurs biens, et qui sont nécessairement régis par la *lex rei sitae*¹²⁴⁶.

Parce qu'il se refuse à soumettre l'ensemble de la puissance paternelle à une seule et même loi, celle qui établit cette puissance dès l'origine, et à lui accorder le bénéfice de l'extraterritorialité, il soulève l'objection qui justifie, à ses yeux, la compétence de la *lex rei sitae* pour la question considérée :

Or, les droits que la puissance paternelle donne sur les biens des enfants ne tendent pas seulement à leur ôter l'exercice des actes de propriétaires, mais tendent à les dépouiller et à transférer au père la propriété des revenus des biens de leurs enfants ; ces droits n'affectent pas la volonté des enfants et ne la lient pas, ils n'agissent que sur les biens.

Ainsi, la puissance paternelle, en tant qu'elle accorde au père les revenus en propriété des biens de ses enfants, ne se termine pas dans une simple administration comme la tutelle, elle ne tend pas seulement à gêner, dans l'enfant qui est en puissance, le pouvoir de disposer en maître de ses biens comme dans la puissance maritale par rapport à la femme ; mais elle fait perdre aux enfants leurs propres revenus dont elle transfère la propriété au père.

Or, une pareille disposition ne saurait s'étendre au-delà de son territoire.

1° Parce qu'elle n'est pas favorable et que les coutumes ne reçoivent les unes des autres que les dispositions qui portent avec elles une sorte de faveur.

2° Parce qu'elle n'a pas l'avantage de concourir avec le droit commun.¹²⁴⁷

L'enseignement de ce passage ne tient pas à la lecture particulièrement rigoriste – et, sans doute, quelque peu exagérée au regard de la réalité des pays de droit écrit à cette époque – de la puissance paternelle qu'en donne l'avocat parisien, mais dans le double caractère odieux et territorial qu'il assigne à un statut qui « n'a pas l'avantage de concourir avec le droit commun ». De sa distinction, essentiellement dictée par la défaveur dans laquelle il tient la *patria potestas*, il en tire logiquement la conséquence qui suit :

¹²⁴⁴ Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, p. 556, [III – 3]. Sur l'interprétation passive extensive de loi, voir, *supra*, pp. 125-128. BOULLENOIS, *Dissertations*, *ead. loc.*, discute les vues de Dumoulin aux pages 433-436.

¹²⁴⁵ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, *op. cit.*, vingtième question, pp. 411-420.

¹²⁴⁶ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, *op. cit.*, vingtième question, pp. 420-446, spéc. pp. 429-436.

¹²⁴⁷ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, *op. cit.*, vingtième question, pp. 431-432.

La jouissance que le père a des biens de ses enfants est donc un droit singulier et exorbitant, qui n'a point en sa faveur le concours du droit commun, et, par conséquent, cette jouissance doit être renfermée dans les coutumes qui la donnent, sans être étendue ailleurs.

C'est pourquoi le statut général qui agit sur la personne agit conséquemment sur les biens et s'étend partout où l'état de la personne est différent ; ce principe est vrai quand la conséquence du statut personnel n'est pas exorbitante et qu'elle est la suite d'un droit commun.

Mais le statut personnel qui agit sur la personne, et conséquemment sur les biens, d'une conséquence forcée et exorbitante, ne doit point s'étendre au-delà de son territoire.¹²⁴⁸

Le raisonnement de Boullenois reprend expressément les considérations que tenait Dumoulin dans ses *Conclusiones* au sujet de l'interprétation passive extensive de la loi : or, le premier exemple en était, précisément, le droit de jouissance légale du père sur les biens de ses enfants¹²⁴⁹. Son exorbitance – qui semble fortement odieuse aux yeux de l'auteur – le voue à se renfermer à l'intérieur du territoire qui les admet, mais elle le condamne également à ne jamais produire ses effets au sein de l'ordre juridique qui y répugne.

2° Le statut exorbitant le plus emblématique, et également le plus ancien jamais évoqué par la doctrine statutiste, demeure, sans nul doute, celui qui ordonne l'exclusion des filles dotées de la succession de leur père. Au regard des juristes civilistes médiévaux, un tel statut, contraire aux dispositions du droit romain, était considéré comme un statut prohibitif, ainsi que le soutenait Bartole, qui n'hésite pas à le ranger parmi la catégorie des « statuts odieux », dans la mesure où la règle allait à l'encontre des intérêts de la fille établie, donc en haine de celle-ci. Mais cette dernière qualification n'était pas sans soulever des critiques et Balde fut le premier à démontrer que ce statut prohibitif était odieux ou favorable selon les intérêts qui étaient envisagés et que le critère de la conformité ou non au *jus commune* ne pouvait plus être un critère opératoire¹²⁵⁰. Charles Dumoulin, lui-même, qui guide de nouveau les pas de Louis Boullenois, distingue en fonction des intérêts disponibles et indisponibles, selon que le statut, muet ou permissif, autorise néanmoins et valide une renonciation conventionnelle de la fille à la succession de son père (auquel cas la contrariété au droit commun condamne l'acte à avoir une portée strictement territoriale et relative) ou selon que le statut soit explicitement prohibitif (auquel cas il a, par la force de la loi, un effet territorial et absolu) : dans les deux cas, que ce soit le fait d'un statut exorbitant ou d'un statut réel prohibitif, l'exclusion de la fille dotée est nécessairement réelle et territoriale¹²⁵¹. Le caractère odieux n'étant

¹²⁴⁸ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, op. cit., vingtième question, p. 433. Voir aussi eod. loc., p. 436.

¹²⁴⁹ Sur l'interprétation passive extensive de la loi chez Dumoulin, voir, *supra*, pp. 125-128.

¹²⁵⁰ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, dix-huitième observation, p. 297, où il rejette tout jugement sur le caractère odieux ou favorable d'un tel statut : « C'est pourquoi je ne me déterminerai pas, sur ces questions, par le principe de Bartole, qui est que le statut qui exclut les filles dotées est *prohibitivum in personam, sed odiosum* (« porte une prohibition *in personam* mais odieuse »), et que par cette raison, il doit être renfermé dans son territoire ; et *tunc non extendetur extra territorium* (« et, en ce cas, il ne s'étend pas hors du territoire »). Et, pour connaître si ce statut prohibitif est odieux, je n'aurai pas recours à la maxime d'Alciat : *favorem vel odium statuti debere considerari respectu prohibiti, cum omnia statuta limitantia, vel corrigentia jus commune, non possunt esse favorabilia uni, quin sint odiosa alteri* (« le favorable ou l'odieux d'un statut doit s'apprécier en fonction de ce qu'il prohibe, puisque, tous les statuts limitant ou rectifiant le droit commun, ils ne peuvent être favorables à l'un sans être odieux à l'autre ») ; mais je me renfermerai dans le matériel du statut qui est tout réel, ne s'agissant que de succession : c'est par la raison de la réalité qu'une fille non mariée sera héritière à Paris, et y aura portion entière, pendant qu'elle ne prendra qu'un mariage avenant en Normandie, sur les biens de Normandie ».

¹²⁵¹ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 157 : « Quand le statut est contre le droit commun, Maître Charles Dumoulin, en ce cas, ne veut pas que l'intention présumée des parties s'interprète autrement que par la loi même ; il la renferme dans son territoire et il applique cette exception au statut qui

plus essentiel, c'est bien la dimension exorbitante qui devient essentielle aux yeux de Dumoulin – et de Boullenois – pour en justifier la réalité absolue.

Le parti-pris pour la réalité du statut qui prescrit ou autorise l'exclusion de la fille dotée témoigne également de l'évolution du droit français sur cette question de droit. A partir du XIII^e siècle, et sans doute sous l'influence de la renaissance du droit romain, les coutumes françaises qui étaient, pour beaucoup, marquées par la règle de l'exclusion des enfants établis, ont connu une mutation en faveur de ces derniers, comme ce fut le cas à Paris, où leur rappel à succession fut d'abord admis au XIII^e siècle, puis où, au XVI^e siècle, lors de la rédaction et de la réformation de la coutume, le principe fut renversé au profit de l'égalité simple. La tendance est encore plus prononcée pour les pays du Midi, où la règle coutumière, perçue comme odieuse par la doctrine savante, a disparu sous la pression du droit romain. Toutefois, malgré cette évolution, la pratique s'est toujours autorisée à recourir, en cas de besoin, aux renonciations inscrites dans le contrat de mariage¹²⁵². C'est pourquoi Dumoulin, puis Boullenois, tous deux Parisiens, ont été enclins à pencher pour la réalité. Mais, plus encore, ils ont tenu à souligner la dimension exorbitante des coutumes qui, résistant à cette pression ou s'en accommodant, ont continué à imposer ou tolérer la pratique de l'exclusion des filles dotées¹²⁵³. C'est à cette dimension exorbitante que fait appel Boullenois lorsqu'il expose, par contraste, le droit commun de la France :

L'usage ancien était d'exclure les filles mariées ; mais l'usage actuel est de les admettre. Le droit commun, ou, si l'on veut, l'usage présent et presque universel a aboli l'ancien usage ; ainsi, l'exclusion des filles est aujourd'hui une loi particulière réduite dans quelques coutumes seulement et, par conséquent, une loi exorbitante ou, du moins, contraire au droit presque universel.¹²⁵⁴

La fille mariée et non dotée, et celle même mariée et dotée seront par la même raison [de la réalité] admises dans les coutumes qui ne prononcent pas d'exclusion, quand même elle aurait été mariée dans une coutume d'exclusion, parce qu'une loi contraire au droit commun n'a de force que dans son territoire, *et sic in bonis sitis in loco ubi non est talis consuetudo, poterit succedere* (« et elle pourra ainsi succéder aux biens situés en un lieu où pareille coutume n'existe pas »), M^e Ch. du Molin, *C. de summ. trinit. verbo. conclus. de Statut.*¹²⁵⁵

Parce qu'il y voit là une question purement successorale, Louis Boullenois penche pour la réalité du statut qui prescrit ou autorise l'exclusion de la fille dotée¹²⁵⁶. Mais ce choix s'explique également, et sans doute principalement, par le caractère exorbitant que le principe de l'exclusion revêt désormais au regard des règles communément admises dans le Royaume. D'où le débat qu'il engage avec le président Bouhier, qui, sur cette question, a fait clairement entendre son désaccord

exclue la fille dotée des successions des pères et mères ». Voir Charles DUMOULIN, *Conclusiones...*, *Caroli Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 3, p. 556, [II – 13 et III – 2].

¹²⁵² Sur cette évolution des droits à la succession des enfants établis (dont les filles dotées) dans les pays de coutumes et dans les pays de droit écrit, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n°801-802, pp. 1113-1114 et 839-843, pp. 1151-1155 ; Jean BART, *Histoire du droit privé, op. cit.*, pp. 316-315 et 324-325.

¹²⁵³ Pour un survol de certaines de ces coutumes, voir Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 1^{er}, dix-huitième observation, « Exclusion des filles », pp. 294-297.

¹²⁵⁴ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 1^{er}, dix-huitième observation, p. 334.

¹²⁵⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 1^{er}, dix-huitième observation, p. 298. Voir aussi p. 327, sur le rappel à succession des filles, qui est présumé dans la coutume de Normandie, parce qu'il est vu comme un « retour au droit commun, toujours favorable ».

¹²⁵⁶ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 1^{er}, dix-huitième observation, p. 295 : « Nous observons d'abord que toutes ces dispositions légales et statutaires sont pures réelles : la raison en est qu'elles concernent les successions ; que les biens qu'elles dirigent sont le matériel de ces dispositions ; qu'elles les règlent directement et principalement, et c'est peut-être ce qu'il y a, en cette matière, de plus certain entre nos auteurs. »

avec Dumoulin et Boullenois, mais aussi, de manière bien plus exceptionnelle, avec le droit romain. Bouhier prend ainsi le contrepied de ses convictions les plus fortes afin de défendre l'idée que, loin d'être exorbitante ou odieuse comme le prétendent la majorité des auteurs et la pratique, l'exclusion des filles dotées n'est rien moins que favorable aux mâles et à la conservation des biens dans la famille¹²⁵⁷. Boullenois, après avoir combattu les arguments de Bouhier, admet que la personnalité présenterait sans doute bien des avantages, mais que, faute de législation uniforme à l'ensemble du Royaume, elle ne correspond pas à la variété des coutumes : il faut donc « déférer nécessairement à la réalité » et c'est pour cette raison que l'avocat parisien maintient sa qualification¹²⁵⁸.

La position de Boullenois est en accord avec les lignes directrices qu'il avait tracées dès ses *Démissions de biens* à propos du statut exorbitant qui exclut les filles dotées. Après avoir mis en avant cet exemple classique de statut traditionnellement qualifié de « odieux » et contenant une « espèce d'iniquité », celui d'un statut qui « renferme effectivement quelque chose de dur et de barbare », en réduisant la fille à la part successorale que son père veut bien lui laisser en guise de dot, sans lui accorder de légitime¹²⁵⁹, il démontre que le caractère odieux ou favorable est infiniment variable, car il dépend des intentions qui anime chaque législateur particulier. En étudiant les « motifs de la loi », il est aisé d'en déduire que chaque disposition correspond à la complexion d'une société particulière qu'il ne revient à personne de devoir remettre en cause. Le jugement moral sur un statut ou sur une coutume n'a donc pas à rentrer en ligne de compte pour en déterminer la portée. En revanche, Boullenois accepte sans difficulté d'évaluer le champ d'application territorial d'une disposition particulière à l'aune de sa conformité ou de sa contrariété envers le droit commun :

Il ne faut donc pas dire que ce statut est odieux, qu'il renferme en soi l'iniquité et la barbarie. Disons plutôt qu'il est singulier, qu'il est exorbitant du droit commun. Or, en fait de statuts singuliers et exorbitants, la règle est effectivement de les renfermer dans leur territoire. Quand une loi est un droit commun pratiqué dans la meilleure partie d'une nation, elle mérite incontestablement d'être étendue dans les lieux qui ne l'ont pas prévue... Quand, au contraire, une coutume contient un droit singulier qui ajoute sévérité sur sévérité, on le (*sic*) restreint et on le renferme dans son territoire.¹²⁶⁰

Si la notion de « statut odieux » n'est plus guère en faveur auprès de Boullenois, c'est parce qu'elle a été avantageusement remplacée dans son esprit par celle de « statut singulier et exorbitant », qui traduit de manière plus juste, et plus respectueuse de la souveraineté des législateurs particuliers, le particularisme juridique qui se détache sur la toile de fond que constitue le droit commun pratiqué « dans la meilleure partie d'une nation ».

¹²⁵⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, dix-huitième observation, pp. 331-338, spéc. p. 333, pour les arguments de Bouhier. Celui-ci (*eod. loc.*, p. 332) émet certaines objections à l'égard de la position de Charles DUMOULIN, qu'il critique pour ses contradictions par rapport au *consilium* LIII. Mais son illustre prédécesseur y avait déjà répondu dans ses *Conclusiones (Caroli Molinaei Opera)*, Paris, 1681, t. 3, p. 556, [II – 13]). Sur l'opinion de Jean Bouhier, voir, *supra*, pp. 430-434.

¹²⁵⁸ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, dix-huitième observation, pp. 337-338.

¹²⁵⁹ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 110-111, spéc. pp. 109-110. L'exemple de statut est tiré du *consilium* CXXVIII d'Alessandro TARTAGNI (ou D'IMOLA) : voir *Consilium seu Responsorum*, livre 1^{er}, Venise, 1610, p. 141 verso – p. 143 verso. Boullenois conclut, à son propos, de la manière suivante : « Ainsi, en adoucissant les termes des Docteurs cités par Alexandre, on peut dire que le statut qui réduit une fille au peu que son père lui veut donner est un statut singulier et exorbitant ».

¹²⁶⁰ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 109-110. Sur cette citation, voir, *supra*, p. 495.

b) Le statut exorbitant dans le domaine des obligations.

Le domaine des obligations – entendues au sens d’obligations dérivées d’un acte juridique – n’est pas un terrain privilégié où seraient amenés à se déployer les statuts exorbitants : de toute évidence, les coutumes s’y sont moins aventurées lorsqu’il s’est agi de réglementer cette partie du droit civil. S’il y a lieu, le mécanisme des statuts prohibitifs semble amplement suffire à gérer les éventuelles discordances entre règles de droit commun et dispositions particulières. Mais la frontière entre statuts prohibitifs et statuts exorbitants est trop poreuse pour ne pas autoriser les auteurs à user librement de cette dernière qualification pour définir une disposition strictement territoriale.

Un seul exemple est explicitement placé au rang des statuts exorbitants en matière d’obligations et il est évoqué dans la vingt-deuxième question des *Dissertations* qui porte sur les dettes de succession. Envisageant l’action dont bénéficie le créancier à l’égard des héritiers, Boullenois relève que les coutumes ont différentes manières de régler son sort :

Mais, quant aux créanciers, nos coutumes ont encore différentes dispositions.

Il y en a qui leur donnent une action solidaire contre chacun des héritiers, soit qu’il soit héritier des meubles et acquêts, soit qu’il soit simplement héritier des propres : Amiens, art. 159. La raison de cette disposition se tire d’un principe de droit, qui est que la mort d’un débiteur ne doit pas changer la condition du créancier : *Ex persona hæredum non debet conditio obligationis immutari* (« La condition d’une créance ne doit pas être modifiée par la qualité des héritiers »). Le créancier avait un droit général sur tous les biens du débiteur, et sur chacun en particulier, pour être payé de sa créance ; il la pouvait demander en entier au débiteur même. L’on a voulu, dans ces coutumes, qu’il le pût encore contre chacun des héritiers, pour ne pas diminuer le droit du créancier et le réduire à recevoir son dû par partie.

Cette disposition de la coutume d’Amiens, et de celles qui lui font semblables, est exorbitante et contraire au droit commun...

[*A l’inverse*] la meilleure partie de nos coutumes ne donne action au créancier contre chacun des héritiers que pour leur portion virile, c’est-à-dire que l’action des créanciers se divise en autant de portions qu’il y a d’héritiers, sans entrer dans le plus ou dans le moins de la portion de chaque héritier...¹²⁶¹

Sur cette question de l’obligation aux dettes de la succession, Boullenois fait état des deux solutions divergentes qui ont alors cours dans les coutumes. Le droit commun consiste à diviser, de plein droit, les dettes issues de la succession entre les cohéritiers. Par exorbitance, certaines coutumes – dont celle d’Amiens, en son article 159, ou encore celle de Normandie – tiennent pour l’indivisibilité des dettes et la solidarité passive, par faveur pour le créancier¹²⁶². Ces coutumes dérogeant à « la meilleure partie de nos coutumes » sont précisément celles que, à la même époque, Pothier n’hésite pas à qualifier de « déraisonnables »¹²⁶³.

¹²⁶¹ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, op. cit., vingtième-deuxième question, pp. 482-484.

¹²⁶² Sur l’obligation aux dettes de la succession, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n°1009-1011, spéc. 1011, pp. 1339-1342.

¹²⁶³ Robert-Joseph POTHIER, *Traité des successions*, chapitre V, § II, in *Œuvres de Pothier*, éd. Dupin, Paris, 1827, tome septième, p. 257 : « Lorsque le défunt a laissé plusieurs héritiers, il y a quelques coutumes assez déraisonnables pour les obliger tous solidairement aux dettes du défunt, comme si plusieurs pouvaient succéder *in solidum* aux droits d’une personne. Hors ces coutumes, chaque héritier est tenu des dettes pour la part dont il est héritier ».

c) Les lois pénales : la confiscation des biens.

Si les lois pénales ont peu retenu l'attention de Louis Boullenois tout au long de son œuvre, ce n'est pas uniquement parce que la matière criminelle semble éloignée des préoccupations civilistes chères à l'avocat parisien, mais aussi parce qu'elle présente une difficulté qu'il n'est jamais parvenu à saisir entièrement, de son propre aveu. Il se confronte à cette difficulté dans le cadre de la sixième des *Questions sur les démissions de biens*, par le biais de la confiscation des biens. Le statut qui emporte confiscation des biens consécutivement à un délit est, théoriquement, un statut personnel qui devrait avoir suite partout, mais qui, en pratique, se heurte à la réalité/territorialité absolue des coutumes :

Mais en voici un, où il semble que cette règle [*en vertu de laquelle le statut personnel du domicile, fixant la capacité ou l'incapacité d'une personne, prévaut sur le statut personnel du lieu de situation des biens*] manque : il est pris de l'article 183 de notre coutume de Paris : *qui confisque le corps confisque les biens*.

Il est certain que la confiscation des biens prononcée par cette coutume est une suite et une conséquence de la confiscation de la personne. Or, le statut qui emporte confiscation de la personne est un statut personnel qui s'étend partout ; il faudrait donc dire que le statut qui prononce la confiscation des biens serait pareillement personnel et devrait s'étendre dans toutes les coutumes, du moins dans celles qui sont muettes sur la confiscation des biens.

Cependant, cette confiscation n'a point lieu dans les coutumes qui ne la prononcent pas ; notre principe est donc fautif.

Je ne sais d'autre réponse à cette objection, sinon que le statut qui emporte la confiscation des biens, en conséquence de celle de la personne, est un statut pénal et que ces sortes de statuts ne méritent aucune extension ; la confiscation de la personne a bien lieu partout, parce qu'*adhaeret personae*, mais il en est autrement des biens.

Ainsi, si le délit a été commis dans une coutume qui emporte confiscation des biens, lorsqu'il y a confiscation de la personne, il faut distinguer : ou les biens sont situés dans une coutume qui prononce l'un (*sic*) et l'autre de ces confiscations et, dans ce cas, elles auront lieu, tant dans la coutume du délit que dans la coutume de la situation, parce que les deux coutumes concourent dans une même disposition, et ce n'est pas étendre la peine d'une coutume dans une autre, mais c'est faire application des deux coutumes, qui n'ont qu'une même disposition.

Que, si le lieu du délit emporte confiscation des biens, avec celle de la personne, mais que les biens soient situés dans une coutume qui n'en prononce pas, en ce cas, la confiscation des biens est renfermée dans le lieu du délit, parce qu'autrement, il faudrait étendre la peine.

Vice versa, si la confiscation de la personne est prononcée par la coutume du délit, et que cette coutume ne prononce pas celle des biens, les biens situés même en pays de confiscation ne seront pas confisqués, parce que, la peine de la confiscation des biens n'étant pas prononcée par le jugement, on ne saurait la suppléer ; et tout cela a lieu, comme on le voit, *in odium poenae*, qui est une raison particulière qui ne tire pas à conséquence.

J'en excepte le crime le plus abominable de tous, et qui emporte confiscation générale des biens ; je frémis en le nommant : c'est celui de Lèse-Majesté, qui doit rendre à jamais détestable la mémoire de ceux qui en ont été convaincus, mémoire que l'on ne peut avoir la hardiesse d'entreprendre de justifier, sans commettre un nouvel attentat, et sans se montrer aussi pernicieux Français que pernicieux citoyen de quelque nation que ce puisse être.¹²⁶⁴

Contrairement à ce que soutient la fameuse maxime de Loisel¹²⁶⁵, cristallisée en règle coutumière par l'article 183 de la coutume de Paris¹²⁶⁶, Boullenois constate qu'il est d'usage de

¹²⁶⁴ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 127-128.

¹²⁶⁵ Antoine LOISEL, *Institutes coutumières, avec les notes d'Eusèbe de Laurière*, éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, tome second, livre VI, titre II « Des peines et des amendes », XIX, p. 213.

distinguer la « confiscation » de la personne – dont nul ne discute qu'elle ne soit personnelle au condamné – et la confiscation des biens, qui se heurte à la réalité de la situation desdits biens, solution qu'entendent jalousement défendre les seigneurs bénéficiaires de la peine. Depuis la fin du Moyen-Âge, la confiscation générale des biens est une peine accessoire qui accompagne habituellement la prononciation d'une peine capitale (mort et bannissement perpétuel), justifiant ainsi l'adage forgé par Loisel¹²⁶⁷. Cette règle, reprise par la coutume de Paris, n'a pas la portée extraterritoriale et absolue que ses termes laissent entendre. En effet, les bénéficiaires de la confiscation ne sont plus distingués selon la nature des biens, comme à l'époque de Loisel, mais selon la situation effective de ceux-ci : meubles et immeubles sont recueillis par le seigneur haut-justicier de leur lieu de situation (qui peut, dans le ressort des justices royales, se trouver être le roi), fictive ou réelle¹²⁶⁸. En l'espèce, le sort des meubles ne prêtant pas à difficulté, Boullenois s'intéresse à la condition des immeubles, en se demandant si la confiscation générale ordonnée par le juge du lieu de commission de l'infraction peut s'étendre également aux immeubles qui se trouvent dans les détroits de diverses coutumes. Or, il constate que l'extraterritorialité n'est possible que s'il y a identité parfaite des coutumes sur la question de la confiscation. Ainsi, lorsqu'une coutume est muette (ou, *a fortiori*, prohibitive) sur la liaison entre confiscation de la personne et confiscation des biens, il faut en déduire qu'elle refuse d'accueillir une sentence qui ferait application de la confiscation des biens en conséquence de celle de la personne. Mais, lorsqu'une coutume autorise l'une et l'autre sorte de confiscation, alors, « les deux coutumes concourent dans une même disposition » et elles s'appliquent concomitamment.

Comment expliquer qu'il soit ainsi fait aussi facilement échec à l'extraterritorialité du statut prononçant la confiscation des biens dans le prolongement de celle de la personne¹²⁶⁹ ? Boullenois ne dissimule pas l'embarras que lui cause une telle solution et l'inadéquation qu'elle présente à l'égard des principes directeurs qu'il a dégagés au sujet du conflit de coutumes : « notre principe est fautif », admet-il dans un premier temps. C'est pour cela qu'il recourt à l'expédient du statut exorbitant odieux, qui ne renvoie pas nécessairement au prisme d'un éventuel droit commun¹²⁷⁰,

¹²⁶⁶ COUTUME REFORMEE DE PARIS, article CLXXXIII : « Qui confisque le corps, il confisque les biens ». Voir Julien BRODEAU, *Commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1658, volume second, article CLXXXIII, pp. 457-483 ; Claude DUPLESSIS, *Traité de M^e Duplessis sur la Coutume de Paris, avec les notes de M^e Berroyer et M^e de Laurière*, Paris, 1699, p. 348.

¹²⁶⁷ Sur la confiscation dans le droit pénal de l'Ancien Régime, voir Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e édition, n°154, pp. 315-318. Toutefois, la confiscation peut, dans le cas de certaines infractions, revêtir la qualité de peine principale. Le caractère de généralité n'est pas non plus absolu dans toutes les régions et dans toutes les coutumes : certains biens devant revenir aux descendants ou appartenant au conjoint peuvent, en ce cas, être épargnés par la confiscation, dont l'étendue est ainsi limitée.

¹²⁶⁸ Antoine LOISEL, *Institutes coutumières, avec les notes d'Eusèbe de Laurière*, éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, tome second, livre VI, titre II « Des peines et des amendes », XX, p. 214 : « La confiscation des meubles appartient au seigneur duquel le confisqué est couchant et levant ; et des immeubles aux seigneurs hauts-justiciers des lieux où ils sont assis ». Loisel distinguait encore meubles et immeubles, en faisant application distributive du principe *mobilia ossibus inhaerent* et de la *lex rei sitae*. Mais de Laurière note, à cet endroit, que : « la première partie de cette règle n'est pas suivie, et les meubles appartiennent aux différents seigneurs hauts justiciers dans les territoires desquels ils se trouvent », en invoquant l'autorité de Bacquet. Voir aussi, dans le même sens, François BOURJON, *infra*, note 519 *in fine*.

¹²⁶⁹ Sauf dans le cas du crime de lèse-majesté, véritable crime contre l'État qui emporte, parmi les multiples châtiments qui s'abattent sur son auteur, confiscation générale de tous ses biens, et que Boullenois évoque dans son dernier paragraphe : voir, sur ce crime, Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal, op. cit.*, n°171, pp. 342-335.

¹²⁷⁰ François BOURJON, dans *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris 1770, tome 1^{er}, p. 250, III^e partie, section VI, n°XXVII, considère, à l'inverse, que : « Qui confisque le corps confisque les biens ; c'est la disposition textuelle de la coutume : expression forte du droit de confiscation ; c'est droit commun dans le royaume ». Pour Bourjon, immeubles et meubles confisqués sont bien tous soumis au statut du lieu de situation de leur localisation, réelle ou fictive (*eod. loc.*, n°XXVIII à XXX).

mais qui lui permet de justifier la territorialité de principe et l'extraterritorialité d'exception de la confiscation des biens selon la diversité des coutumes en la matière.

En résumé, la règle générale veut que le statut portant confiscation des biens soit « un statut pénal » et que les statuts pénaux « ne méritent aucune extension » : Boullenois envisage ici la territorialité de la loi pénale sans chercher autrement à en discerner les fondements. L'exception est que la confiscation peut déployer ses effets sur des immeubles situés en dehors du territoire du lieu de commission de l'infraction, non pas en vertu de la coutume du lieu du délit, mais en vertu du statut local équivalent qui est en vigueur dans la coutume de situation des biens. En pareil cas, la territorialité exclusive de la loi pénale reposerait uniquement sur le caractère odieux de la peine qui prononce une telle confiscation (*odium poenae*) à l'égard du condamné¹²⁷¹.

Le raisonnement alambiqué de Boullenois tient à ce qu'il discerne, en l'espèce, une loi territoriale qui met à mal ses propres critères de qualification : parce que ce statut indiscutablement pénal est relatif aux immeubles, et non aux personnes, il en déduit son caractère réel et territorial et il lui refuse toute extraterritorialité. Or, son embarras consiste peut-être à supposer qu'un statut pénal est nécessairement territorial, alors que la *lex loci delicti*, en tant que règle de conflit, peut très bien être accueillie et exécutée dans des territoires étrangers, sous réserve de l'ordre public. En s'enfermant dans une confusion entre loi pénale et *lex rei sitae*, Boullenois est amené à considérer que chaque statut pénal fonctionne en vase clos et n'agit que sur les immeubles situés sur son territoire. En effet, il se refuse ostensiblement à « étendre la peine » dans une autre coutume. D'où la nécessité d'une coïncidence entre deux coutumes sur la question de la confiscation des biens pour conduire à une extension extraterritoriale du jugement de confiscation. En pratique, cela imposera de passer par l'introduction d'une nouvelle instance dans le pays étranger, puisque les juges des différents pays de situation des immeubles ne sont pas appelés à coopérer entre eux. Sauf à conjecturer, comme l'auraient fait les Hollandais, l'intervention d'une hypothétique *comitas* ou *humanitas* qui aurait permis aux juges étrangers d'accueillir chez eux les effets d'une sentence prononcée dans le territoire du lieu d'infraction.

Si Boullenois avait admis, dès ses *Démissions de biens*, la possibilité d'une loi de sûreté agissant à titre autonome sur le fondement de la *lex loci delicti*, il n'aurait sans doute pas été conduit à s'enfermer dans un raisonnement aussi controuvé. Il a préféré voir dans cet exemple de la confiscation un statut pénal mixte qui posséderait, à la fois, une dimension personnelle et extraterritoriale (à propos de la confiscation de la personne) et une dimension réelle et territoriale (à propos de la confiscation des biens). Or, ce dernier aspect le contraint à faire reposer sa justification sur l'idée de statut exorbitant odieux, qu'il pondère par le recours à un très incertain concours entre coutumes. Celui-ci n'est pas un appel à l'extraterritorialité, mais une incitation à intenter autant d'instances qu'il y a de lieux de situation des immeubles. Ce statut exorbitant odieux est donc nécessairement réel et territorial, parce qu'il en va du sort des immeubles, mais il sert surtout de correctif à la dimension personnelle que Boullenois assignait, *a priori*, à la peine de la confiscation. Cet expédient n'est, en fait, qu'un prélude à la consécration de la catégorie de « statut personnel réel » que Boullenois discernera dans le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, la seule à qui il reconnaisse la qualité de statut mixte, et dans laquelle il classe le statut pénal relatif à la

¹²⁷¹ La façon de raisonner de Boullenois, qui consiste à souligner le caractère odieux d'une loi pénale, en particulier, n'est pas, alors, très éloignée du sentiment que nourrira Jean BOUHIER, quelques années plus tard, dans le chapitre XXXIV de ses *Observations sur la coutume de Bourgogne*, lorsqu'ils considérera que les lois criminelles sont odieuses, en vertu du principe *poenalia sunt restringenda* : voir, *supra*, p. 406.

confiscation des biens¹²⁷². Il démontre également que la pensée de l'avocat parisien en matière de conflits de lois pénales n'était pas, à l'époque, encore précisément arrêtée : il faudra attendre la onzième observation du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* pour qu'il discerne mieux les contours de la question.

Tout au long de son œuvre, riche et disert, Louis Boullenois s'est consciencieusement attaché à construire une véritable théorie des statuts qui se veut cohérente et en adéquation avec les besoins de la pratique de son temps. Sa sensibilité de praticien l'a encouragé à développer une casuistique complexe qui a grandement nourri sa réflexion théorique et qu'il s'est, ensuite, efforcé de réduire à des principes généraux, qu'il expose, dans leur forme finale, en tête de son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*. Sa démarche, toujours prudente et toujours respectueuse des autorités doctrinales et jurisprudentielles, traduit une volonté constante de concilier ces différentes influences et de les conjindre dans un ensemble harmonieux, fût-ce au prix de nombreux artifices destinés à surmonter ses embarras. Son œuvre, prise dans sa totalité, reflète, à merveille, cette conjonction, entre la tradition d'une école française attachée à la division bipartite des statuts selon leur objet, qu'il identifie à la figure tutélaire de Charles Dumoulin, et l'esprit nouveau de souveraineté insufflée par les fortes affirmations de l'École hollandaise. Les méthodes de raisonnement du célèbre juriconsulte parisien, conjuguées aux justifications *ab effectu* des auteurs ultrajectins, ont servi de fil directeur à un Louis Boullenois qui y a trouvé matière à approfondir la dialectique entre réalité/territorialité, d'une part, et personnalité/extraterritorialité, d'autre part. Cette dialectique se vérifie sur le plan des conflits de coutumes, mais elle n'occulte pas, pour autant, la dimension internationale des conflits de lois et la notion même de souverain prend une vigueur nouvelle dans la doctrine française.

Œuvre personnelle autant qu'œuvre de synthèse, la doctrine de Louis Boullenois est le fruit d'une tension permanente entre l'esprit nouveau et l'héritage du passé. Son approche des lois d'application impérative s'en trouve profondément marquée et altérée :

1° A l'esprit nouveau, il doit son adhésion à la souveraineté/territorialité et l'affirmation des « principes généraux » dans lesquels il défend une vision de la souveraineté du Législateur sur les personnes, les biens et les actes qui se trouvent ou se produisent sur son territoire et une prise en considération de l'ordre public dans l'édiction de certaines lois, que celles-ci soient, comme il le dit lui-même, des « lois de police » ou des lois pénales. Certes, au moment de passer, dans sa XI^e observation, à l'étude des applications concrètes de ces fortes pétitions de principe, la difficulté de discerner, selon un critère sûr et objectif, de telles lois refait surface et Boullenois recourt alors, comme l'avait fait Bouhier avant lui, à la casuistique, plutôt qu'à la systématique. Il a, néanmoins, le mérite d'envisager toutes ces « lois de police » en fonction de l'allégeance due au Législateur souverain, que cette allégeance soit territoriale ou qu'elle soit personnelle. Si le travail de théorisation n'est pas complètement abouti, comme avec Bouhier, le progrès est néanmoins sensible et la doctrine de l'avocat parisien marque une étape supplémentaire vers la consécration du

¹²⁷² Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, cinquième observation, p. 85 : « Quant au statut pénal, qui est un autre exemple rapporté par M. Bouhier [pour combattre la définition matérielle des statuts de Paul Voet pour lui préférer la définition *ab effectu*], comme est celui-ci, qui confisque le corps confisque les biens, il est vrai qu'il affecte la personne ; mais il n'est pas vrai simplement qu'il soit connu pour réel : il est personnel réel, et la preuve en est que la confiscation, quant aux biens, ne s'étend pas dans les coutumes qui ne l'admettent pas, nonobstant la confiscation de la personne ». Voir aussi, sur la confiscation et le bannissement, la fin de la dix-neuvième observation, *eod. loc.*, pp. 342-347. Sur le statut personnel réel chez Boullenois, voir, *supra*, pp. 460-466.

principe. Il a, tout comme le magistrat bourguignon, fortement contribué à faire prendre conscience de la question et de ses enjeux.

2° A l'ordre ancien, il emprunte la division bipartite des statuts en fonction de leur objet et tente de l'enrichir en en développant les potentialités et en y apportant les nuances et les subdivisions qu'il juge nécessaires. Ce faisant, il se heurte à certaines solutions durablement installées en doctrine et en jurisprudence et il se confronte ainsi à la résistance de certains statuts. Avec les armes qui sont les siennes, mais aussi en ayant recours aux armes les mieux éprouvées par la tradition, comme les statuts prohibitifs négatifs et les statuts exorbitants et odieux, il les intègre dans son système et il est amené ainsi à réfléchir sur leur champ d'application territorial et, plus encore, sur la finalité du législateur qui en est l'auteur. La démarche *ab effectu*, héritée des Hollandais, s'avère, une nouvelle fois, d'un grand secours et lui permet ainsi faire usage, au niveau du conflit de coutumes, des mécanismes anciens comme s'ils étaient des exceptions d'ordre public ou des lois de police avant la lettre.

L'apport de Louis Boullenois, s'il n'a pas été, tout comme celui de Bouhier, pleinement reconnu à sa juste valeur par la doctrine ultérieure, à la notable exception de Merlin de Douai, n'est pas mince : prolongeant le travail amorcé par le magistrat bourguignon et y apportant le fruit de ses propres efforts, il a dégagé, sans toujours en prendre pleinement conscience, ni les distinguer rigoureusement, tous les éléments qui permettent de définir les lois de police et l'exception d'ordre public. Il doit, au moins, lui être fait crédit, autant, sinon plus qu'à Bouhier, d'avoir forgé la catégorie et consacré définitivement l'expression de « lois de police ».

CONCLUSION DU CHAPITRE I :

A l'aide des solutions doctrinales et jurisprudentielles qu'ils exploitent et commentent, les grands noms de la doctrine statutiste française du XVIII^e siècle affichent une sensibilité aiguë à l'égard de tous les mécanismes d'application territoriale et impérative qu'ils rencontrent au fil des arrêts. Ces solutions, déjà relayées et commentées par leurs aînés, n'ont de cesse d'alimenter une réflexion qui se veut, tout à la fois, marquée par l'esprit de système et par l'esprit de synthèse. Esprit de système, qui s'exprime particulièrement aiguisée chez Jean Bouhier, partagé entre la nostalgie de la grandeur du *jus commune* et la séduction qu'exercent sur lui les idées hollandaises. Esprit de synthèse, qui se reflète de manière remarquable dans l'œuvre au long cours de Louis Boullenois, toujours plus désireux d'extraire de ses nombreuses analyses casuistiques les éléments d'une systématisation qui dessinerait d'un trait juste et réaliste les contours de la théorie française des statuts. Ce n'est qu'en se plongeant au sein même de leurs constructions doctrinales qu'il devient possible de discerner leur apport capital à l'émergence des lois de police. Parce qu'elles demeurent une manifestation exceptionnelle de territorialisme, gouvernée par des considérations d'ordre public, elles ne peuvent se comprendre qu'en contemplation des principes généraux qui guident la pensée de chaque auteur.

Les efforts successifs de Bouhier et de Boullenois contribuent, de la sorte, à la prise de conscience de l'existence de « lois de police » qui sont, sauf exception, territoriales. En effet, elles ont vocation à étendre leurs effets, impérativement et immédiatement, sur les sujets du Royaume et sur les étrangers afin de répondre aux intentions et aux finalités du législateur qui en est l'auteur. Les deux auteurs s'accordent à considérer qu'elles réagissent en cela à une exigence de la souveraineté/territorialité : ce faisant, ils se conforment aux enseignements qu'ils ont reçus de

l'École Hollandaise, qu'ils revendiquent parmi leurs influences. Cependant, parce qu'ils participent à la consécration d'un phénomène nouveau dont ils ne saisissent pas encore toute l'ampleur, ils ne parviennent que malaisément à formuler une définition complète et satisfaisante des lois de police et jugent plus sage de s'en remettre à une démonstration casuistique. Si Bouhier demeure, *in fine*, enfermé dans la bipolarité entre statut réel et statut personnel qu'il a placée au centre de son système, Boullenois s'inspire néanmoins de ses réflexions pour établir, aux côtés de la *summa divisio* traditionnelle, une catégorie autonome de lois, à laquelle il rattache « lois de police » – s'octroyant, au passage, le mérite de les avoir baptisées ainsi – et lois de sûreté, et qu'il place sous le patronage de la souveraineté absolue.

L'apport de Bouhier et de Boullenois ne s'arrête pas à cet aspect novateur : l'un comme l'autre réactive des mécanismes territorialistes aussi éprouvés que les statuts prohibitifs ou les statuts exorbitants du droit commun pour faire état de certaines solutions jurisprudentielles. Les deux auteurs recueillent ainsi volontiers le legs de la tradition pour mieux l'intégrer dans leurs constructions intellectuelles. L'usage répété de ces deux mécanismes souligne, à la fois, en les accentuant, la complexité inhérente aux conflits de coutume et les proclamations de souveraineté de chaque coutume, émanées de juridictions qui s'en veulent les gardiennes et qui veillent, de manière jalouse, à la stabilité de l'organisation sociale et familiale qui a cours dans la province du for, ainsi que le reflète, une nouvelle fois, l'exemple normand.

CHAPITRE II - L'EMERGENCE D'UNE NOTION : STATUT PROHIBITIF, STATUT EXORBITANT ET LOI DE POLICE DANS LA JURISPRUDENCE ET LES REPERTOIRES DE L'ANCIEN DROIT.

La jurisprudence des Parlements constitue la source essentielle d'inspiration des auteurs des XVII^e et XVIII^e siècles, quelle que soit leur sensibilité pour les diverses écoles de pensées qui les ont précédés. Elle fournit également la matière des articles qui nourrissent les différents répertoires de jurisprudence à la fin de l'Ancien Régime. En effet, relayées, non seulement, par le travail des arrêtières, mais également par les auteurs eux-mêmes qui mettent à profit leur expérience professionnelle, les décisions portant sur les conflits de coutumes sont le reflet d'une pratique judiciaire bien plus attachée à l'approche conflictuelle que désireuse de mettre en œuvre la théorie des statuts, en dépit du recours à un vocabulaire statutiste relativement classique. La spécialisation des catégories juridiques qui en découle conduit les Parlements à envisager des solutions appropriées et souvent nuancées, qui font la part belle aux considérations d'utilité privée. Malgré la force que conserve la réalité/territorialité des coutumes dans l'esprit des magistrats, ceux-ci manifestent une ouverture certaine à l'égard de l'extension extraterritoriale des coutumes, pour autant que ces dernières ne heurtent pas un intérêt supérieur garanti par les juges du for. En pareil cas, l'intervention d'un « statut prohibitif » s'impose pour rompre la coordination des systèmes juridiques coutumiers entre eux et pour faire prévaloir les considérations tenant à l'ordre public sur toute autre. La même conclusion s'impose, et *a fortiori* avec encore plus de vigueur, lorsque, de façon très exceptionnelle, la situation juridique est véritablement internationale et que la communauté de valeurs qui lie entre eux les sujets du Roi de France est mise en péril par les agissements ou les prétentions d'un ressortissant étranger. La question de l'objectif que se fixe le statut qualifié de prohibitif devient dès lors centrale et son examen révèle la plasticité d'un mécanisme qui est appelé à intervenir dans la majeure partie des domaines du droit privé.

L'ordre public se matérialise, essentiellement, à travers la jurisprudence des Parlements sur le conflit de coutumes, par l'irruption du statut prohibitif dans le règlement des conflits de coutumes. En effet, l'étude approfondie de la jurisprudence des arrêts, telle que les arrêtières des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles nous la rapportent, offre matière à étudier la mise en œuvre par les cours souveraines de ce mécanisme régulateur et d'apprécier la grande diversité de ses domaines d'intervention. A partir du XVI^e siècle, notamment, le Royaume de France est marqué par l'essor d'un droit commun coutumier comme droit national, dont l'une des finalités est de transcender les conflits qui peuvent naître entre les différentes coutumes ou entre celles-ci et le droit romain. Pour résoudre de tels conflits, qui les mettent au contact de coutumes ou de décisions judiciaires qui leur sont étrangères, les différents Parlements du Royaume sont nécessairement amenés à statuer sur la portée, territoriale ou extraterritoriale, de la loi qu'ils vont déclarer applicable au litige porté à leur connaissance. Même lorsqu'ils adoptent une démarche conflictualiste – lorsque, par conséquent, ils recherchent la loi applicable à tel ou tel rapport de droit soumis à leur arbitrage –, les cours souveraines ne peuvent faire abstraction de la réalisation effective des règles de la loi qu'ils désigneront. Ce souci de l'effectivité des décisions, en en assurant la bonne exécution, explique qu'ils raisonnent volontiers en parlant de statuts réels ou de statuts personnels. Par un glissement de sens auquel n'échappe pas la doctrine, ce vocabulaire révèle l'attention que les magistrats portent à la territorialité ou l'extraterritorialité d'une disposition coutumière. Or, dans un tel environnement, l'autorité attachée à un article de coutume ou à une sentence judiciaire ne préjuge en rien de l'accueil qui va lui être fait par le Parlement qui sera appelé à en connaître.

La diversité des coutumes du Royaume et l'indéfectible attachement des Parlements de province aux coutumes de leur ressort représentent, encore au XVIII^e siècle, une réalité irréductible à laquelle se heurtent toutes les entreprises visant à l'unification du droit français¹²⁷³. Au-delà même de la traditionnelle distinction entre pays de coutumes et pays de droit écrit, le pluralisme juridique de l'Ancienne France est entretenu par l'esprit d'indépendance dont se réclame chaque Parlement de province, soucieux de ne pas se laisser dicter sa conduite par ses pairs. Cette identité très forte que cultivent chacune de ces cours explique que, lorsque l'une d'entre elles est saisie d'un conflit de coutumes, elle doit nécessairement se poser la question de la juste répartition à faire entre, d'une part, le respect dû à l'autorité de la coutume (ou des coutumes) agissant dans son ressort et, d'autre part, les intérêts des particuliers qui peuvent trouver leur source dans une norme extérieure. De cela, il résulte que la jurisprudence des Parlements n'est pas nécessairement uniforme, dans la mesure où chacun d'entre eux définit lui-même l'éventail de qualifications et le règlement de conflit qu'il entend mettre en œuvre dans son ressort, sans qu'aucun corps unitaire de règles, ni cour régulatrice ne contraignent l'ensemble de ces juridictions à jouer une partition commune. La singularité de chaque règlement de conflit s'accuse encore plus lorsqu'il s'agit d'un Parlement – Normandie, Bretagne, ou encore Provence – dont le ressort recouvre une seule et même coutume ; en pareil cas, la coïncidence entre le for et la coutume, c'est-à-dire entre la compétence juridictionnelle et la compétence normative, favorise les particularismes et la défense de l'identité propre à la province concernée. Par conséquent, l'harmonisation du droit et des solutions s'envisage toujours à l'échelle du ressort parlementaire, mais non au-delà. Les efforts faits en ce dernier sens par le Parlement de Paris n'ont jamais complètement abouti à une coordination des méthodes et des solutions sur l'ensemble du Royaume, car chaque cour souveraine a le dernier mot sur l'accueil ou le rejet qu'elle fait à une situation née sous l'empire d'une norme qui lui est étrangère : le statut prohibitif est l'expression même du particularisme coutumier.

Les Répertoires de jurisprudence s'efforcent de condenser un double héritage doctrinal, qui transpire des œuvres denses de Boullenois et de Bouhier, et jurisprudentiel, dont ils s'efforcent de livrer un résumé synthétique des principales solutions. Sur le versant plus doctrinal, l'importance des lois de police et de sûreté, à travers la justification apportée à la mise en œuvre de la *lex loci delicti* envers l'étranger délinquant, en raison de sa sujétion volontaire et temporaire à l'égard de la souveraineté de l'Etat, reflète bien un intérêt croissant pour les considérations d'ordre public parmi les juristes de cette fin du XVIII^e siècle. Sur le versant plus volontiers jurisprudentiel, l'existence et l'intervention des statuts prohibitifs et exorbitants sont régulièrement identifiées à travers la pratique des conflits de coutumes, sans, pour autant, faire objet de définitions approfondies. C'est par une étude casuistique détaillée que leur usage et leur fonctionnement ressortent (Section 3^{ème}). Or, c'est cet héritage, riche, complexe, composite et dense, que lègue, à son tour, l'Ancien Droit au nouveau qui s'annonce au travers des troubles de la Révolution.

Section 1^{ère}. Les statuts prohibitifs et odieux dans la jurisprudence de l'Ancien Droit.

La jurisprudence de l'Ancien Droit que les arrêtistes – et, avec eux, Louis Froland, Jean Bouhier et Louis Boullenois – offrent au regard de tous révèle la manière dont les Parlements mettent, chacun, en œuvre ce mécanisme correcteur et régulateur du conflit qu'est le statut

¹²⁷³ Exupère CAILLEMER, « Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du Droit civil », *Livre du Centenaire du Code civil (1804-1904)*, Paris, 1904, rééd. Paris, 2004, pp. 1077-1108.

prohibitif. En rapportant et en commentant avec profusion les nombreux arrêts qu'ils estiment devoir nourrir leur réflexion critique, les grands noms de la doctrine française du XVIII^e siècle sur le conflit de coutumes s'inscrivent dans la tradition de l'arrestographie : parce qu'ils entendent partir des solutions de la jurisprudence, auxquelles ils ont parfois directement été confrontés du fait de leur activité professionnelle, pour bâtir leurs théories, ils mettent leur lecteur aux prises avec la réalité des tribunaux. Les recueils et dictionnaires de jurisprudence, qui se diffusent en nombre toujours plus important depuis le XVII^e siècle, s'avèrent, pour eux, une source précieuse d'information et d'inspiration, puisqu'elle est autant œuvre de jurisprudence que de doctrine¹²⁷⁴. C'est à travers cette littérature, et, donc, à travers les arrêts qui nous sont rapportés et qui sont interprétés et réinterprétés par la doctrine du XVIII^e siècle, que l'essence même du statut prohibitif peut être saisie et capturée¹²⁷⁵.

Les différentes séries d'arrêts qui placent au cœur de leur décision le mécanisme en question ne sont qu'un échantillon de la jurisprudence de l'Ancien droit sur le conflit de coutumes¹²⁷⁶, mais elles présentent l'intérêt de mettre en scène, au fil des différentes questions de droit qui sont abordées, l'intervention rectificatrice qui s'attache, selon les arrêtistes, au « statut prohibitif »¹²⁷⁷. L'expérience révèle ainsi que le statut prohibitif a vocation à se déployer, sans exclusive, sur le terrain des matières touchant à la condition des personnes et aux rapports de famille (§ 1.), sur celui des matières concernant la condition des biens (§ 2.), de manière peut-être plus anecdotique, sur celui des matières relatives aux obligations contractuelles (§ 3.), et, enfin, sur celui des lois de police administrative et des lois pénales (§ 4). Le statut prohibitif avait déjà fait preuve, en doctrine, de son élasticité : conçu *in personam* (comme chez Bartole, en présence d'un statut odieux) ou *in rem* (ainsi, chez d'Argentré), il était essentiellement voué à se renfermer dans les limites de son territoire et à y régner de manière absolue. Moins perméables aux définitions théoriques, les magistrats des cours souveraines se concentrent, avant tout, sur l'interprétation à donner à la nature même de la prohibition pour en déterminer la portée territoriale ou extraterritoriale. Le statut prohibitif vient, par conséquent, limiter, à dessein, le champ d'action

¹²⁷⁴ Voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « Naissance du droit français : l'apport de la jurisprudence », *Droits*, Naissance du droit français/1, n°38, 2003, pp. 69-82.

¹²⁷⁵ Sur l'arrestographie, voir Edmond MEYNIAL, « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes », *Livre du Centenaire du Code civil (1804-1904)*, Paris, 1904, rééd. Paris, 2004, pp. 175-204 ; Christian CHENE, « L'arrestographie, science fort douteuse », *Mémoires et travaux de la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, Montpellier, 1985, pp. 179-187 ; Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVII^e-XVIII^e siècles)*, Paris, 2005 ; et Serge DAUCHY, « L'arrestographie, science vraiment douteuse », *Sartonianna*, Sarton Chair of History of sciences, Université de Gand, n°23, 2010, pp. 87-100.

¹²⁷⁶ Sur cette jurisprudence, voir, essentiellement, Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, *op. cit.* ; Bertrand LEMARIGNIER, *La conférence des avocats*, *op. cit.* ; et Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines jurisprudentielles des alinéas 1 et 2 de l'article 3 du Code civil (étude sur le statut réel aux XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles)*, Mémoire DES, Paris II, 1972.

¹²⁷⁷ Le statut prohibitif n'est qu'une, parmi bien d'autres, des appellations que les arrêtistes donnent à ce genre de dispositions. Lorsqu'ils rapportent un arrêt, ils n'hésitent pas à qualifier une disposition (« loi », coutume, statut) de « prohibitive », « négative », « exclusive » ou « exorbitante », voire à faire référence à des concepts aussi éprouvés que l'utilité commune, l'utilité publique, le bien public... Ces choix sémantiques font écho à leur formation intellectuelle et portent davantage la marque de ces praticiens doctrinaires que celle de la robe elle-même. En l'absence de motivation des arrêts, rien ne nous permet, à partir de tels témoignages indirects, de présumer le vocabulaire qui aurait été employé par les juges de Parlement, ni même quel était le « style » en usage dans chaque Parlement sur la terminologie effectivement employée. Par conséquent, la mise en garde rhétorique s'impose : certes, la commodité d'usage nous conduit à reprendre à notre compte la notion de « statut prohibitif », mais il nous faut garder à l'esprit qu'il s'agit essentiellement d'un concept doctrinal qui est plaqué artificiellement sur les arrêts par ceux qui les interprètent. Sur l'emploi de termes tels que « coutume prohibitive », « négative » ou « exclusive », voir Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, *op. cit.*, t. 1^{er}, pp. 214-220.

intercoutumier, ou international, d'un sujet de droit, pour satisfaire des impératifs d'ordre public attachés à sa personne, à ses biens ou à ses actes.

§ 1. Le statut prohibitif en matière de condition des personnes et de rapports de famille.

Le nouvel ordre monarchique, qui s'établit, à partir du XVI^e siècle, autour des idées absolutistes, entend exercer son emprise sur l'ensemble de la société et place désormais la famille au cœur des préoccupations du pouvoir royal¹²⁷⁸. L'emprise de l'Etat sur les affaires familiales, personnelles et patrimoniales, répond aux vœux des familles, qui, elles-mêmes, se façonnent sur le modèle monarchique et patriarcal. Les rapports entre époux, mais aussi les rapports entre parents et enfants, ainsi que la pression des lignages sur les règlements patrimoniaux, s'en trouvent irrémédiablement affectés. Selon l'accueil fait à cette évolution ou les résistances qu'elle rencontre, les singularités qui caractérisent les coutumes du Royaume de France ne peuvent, dès lors, que s'accroître. Les traits marquants de cette évolution qui perdureront jusqu'à la fin de l'Ancien Régime se retrouvent dans diverses régions malgré cette diversité. En premier lieu, la faveur marquée par le pouvoir royal pour les conventions matrimoniales, lieu privilégié des arrangements conclus entre les familles et destinés à établir le ménage et assurer la pérennité matérielle de sa descendance, est un moyen de garantir la « splendeur des familles » et la protection de leur patrimoine. En deuxième lieu, la conservation des biens immobiliers au sein de la famille est, en raison de leur valeur économique et de la condition sociale qu'ils soutiennent, un souci constant des lignages, mais aussi des coutumes et de la jurisprudence : elle justifie la vigueur, si ce n'est la prédominance, du statut réel dans le règlement du conflit de lois. En troisième et dernier lieu, la puissance maritale qui traduit la nécessaire unité de direction qui doit nécessairement incomber au mari : à la hiérarchisation de la société civile correspond la hiérarchisation de cette société en réduction qu'est le ménage. Dès lors, le champ d'expression laissé à la volonté des parties ou d'un de cujus est donc étroitement borné par ces divers impératifs et le point d'équilibre doit être recherché entre la liberté des contractants ou disposants, d'une part, et les devoirs qui sont dus envers les membres de la famille et l'organisation sociale dont celle-ci est le reflet, d'autre part. A travers le statut prohibitif, l'ordre public – ainsi qu'il commence à être dénommé à l'époque, entre autres – a donc, naturellement, vocation à s'appliquer aux questions portant sur le statut personnel ou sur les rapports de famille.

La difficulté, pour l'interprète, tient à ce que l'intervention du statut prohibitif, quand elle s'impose dans l'esprit des juges, n'est jamais univoque : tous les Parlements – selon les coutumes qui sont en cause ou selon qu'il y a mise en application du droit romain – ne réagissent pas de la même manière, puisqu'il y a autant de modèles familiaux qu'il y a de grands ensembles juridiques composant le Royaume de France. La société régie par la coutume de Normandie n'est pas la même que celle qui est gouvernée par la coutume de Paris ou celle qui se modèle sur le droit écrit. C'est, du moins, ce que révèle l'étude des arrêts qui porte sur le statut prohibitif en matière d'état et de capacité des personnes (A.), de rapports de famille, touchant au mariage et à la filiation (B.), et de successions (C.).

¹²⁷⁸ Sur cette question, voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., pp. 177-183.

A. Le statut prohibitif en matière d'état et de capacité des personnes.

Par excellence, l'état et la capacité des personnes constituent, ensemble, une catégorie propre à la théorie des statuts et à laquelle les anciens auteurs ont donné le nom de « statut personnel ». Doctrine statutiste et jurisprudence s'accordent à reconnaître la compétence de principe de la loi du domicile. Même lorsqu'elle est réduite à sa plus simple expression, comme chez d'Argentré et ses disciples hollandais, la solution n'est pas contestée en doctrine. Toutefois, simple en théorie, la mise en jeu de la règle de conflit s'avère bien plus ardue en pratique. En effet, la définition même du domicile qui doit être effectivement retenu comme critère de rattachement est sujette à variation, tant la localisation du domicile est un facteur susceptible de nourrir les conflits mobiles¹²⁷⁹. En pratique, le domicile est entendu, dans la majeure partie des cas, comme étant le domicile de la personne au jour de l'acte qu'elle conclut, c'est-à-dire le domicile actuel. Cependant, dans le contexte si particulier du conflit de coutumes, il arrive que, pour parer à toute éventualité de fraude, certains Parlements, et certains auteurs, soient davantage enclins à faire prévaloir le domicile d'origine, entendu, cette fois, comme celui du père au jour de la naissance¹²⁸⁰. Dans ces conditions, le changement de domicile devient générateur de fraude dès lors qu'une personne peut jouer sur l'élément matériel de la fraude en transportant son domicile dans une coutume favorable à l'acte qu'elle a l'intention de passer, alors que cet acte même lui serait interdit dans la coutume de son domicile précédent, ou, à l'inverse, dans une coutume qui lui garantisserait son incapacité pour la soustraire aux engagements qu'elle a inopportunément souscrits, en toute validité, sous l'empire d'une coutume étrangère. La détermination du domicile est une des questions entourant le statut personnel que jamais la jurisprudence de l'Ancien Droit ne parviendra à résoudre de manière univoque.

En fait d'état et de capacité des personnes, les personnes du mineur et de la femme mariée – ainsi que leur patrimoine, qui est celui de leur famille et qui est susceptible d'exciter bien des convoitises – se trouvent, naturellement, les plus exposées aux abus et aux spoliations, du fait de la faiblesse inhérente à leur âge ou à l'*imbecilitas sexus*. Le régime d'incapacité organisé par la coutume de leur domicile, d'origine pour l'un, matrimonial actuel pour l'autre, se veut, avant tout, un régime de protection. En principe, le statut personnel est chargé, précisément, de véhiculer cette protection partout et en tout lieu où la personne protégée est appelée à se rendre : le caractère extraterritorial traditionnellement reconnu à un tel régime s'impose donc de lui-même et est communément accepté, moyennant, parfois, quelques tempéraments, par l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence.

Si, par exception, l'ordre public peut avoir vocation à entrer en jeu dans le champ d'application matériel du statut personnel, ce n'est jamais à propos de l'état, mais toujours à propos de la capacité de la personne ainsi protégée. Ses modes d'action sont des plus divers, car, en matière de capacité, plusieurs intérêts – intérêt de l'individu, intérêt des familles, intérêts des ordres juridiques coutumiers, intérêts des tiers – s'entrecroisent fréquemment. Ce sont tous ces intérêts

¹²⁷⁹ Sur le domicile dans l'Ancien Droit, voir Georges LEVASSEUR, *La détermination du domicile en droit international privé*, thèse, Paris, 1931, pp. 29 et suivantes ; Hugues RICHARD, « Esquisse d'histoire du domicile », *Administration et droit, Actes des journées internationales d'histoire du droit, Rennes, 26-29 mai 1994*, Paris, 1996, pp. 156 et suivantes, et Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « *Ius sanguinis*. L'émergence d'un principe (Eléments d'histoire de la nationalité française) », *Revue critique*, 1993, n°2, pp. 223-250.

¹²⁸⁰ Sur la distinction domicile actuel/domicile d'origine, voir l'article « Domicile » de la *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* de Jean-Baptiste DENISART, 6^e édition, tome 1^{er}, Paris, 1767, pp. 513-517, spéc. n°1-14.

que ces « Messieurs des Parlements » doivent peser avant de décider de l'application de la règle de conflit ou, à l'inverse, de son altération par la mise en branle d'un mécanisme correcteur tel que le statut prohibitif. Les arrêts relevés en la matière démontrent que l'ordre public est susceptible d'intervenir, sous la forme d'un statut prohibitif ou sous toute autre forme que ce soit, aussi bien lorsqu'il s'agit de protéger le tiers contre le mineur que lorsqu'il s'agit d'assujettir le mineur à la loi du lieu de situation des immeubles dont il entend disposer. Le premier cas de figure s'illustre lorsque le régime d'incapacité qui protège la personne, par sa singularité, échappe légitimement aux prévisions de son cocontractant « étranger », dont l'ignorance est alors considérée comme excusable par la jurisprudence (1.). Le second cas de figure, bien différent, recouvre l'hypothèse de la capacité spéciale de la personne protégée, lorsque celui-ci, entendant accomplir des actes de disposition sur ses immeubles, voit sa capacité définie par la loi du lieu de situation de ceux-ci, c'est-à-dire par un statut réel (2.).

1) La capacité des personnes : l'ignorance excusable du régime d'incapacité.

Les règles coutumières portant sur la capacité des personnes, par l'effet extraterritorial qui leur est reconnu, sont appelées, en principe, à s'appliquer dans le détroit d'une autre coutume. Dès lors, les ressortissants locaux qui entrent en commerce juridique avec l'étranger risquent de se retrouver confrontés à une personne dont la capacité civile est réglée par une législation qui leur est inconnue ou incomplètement connue. Le danger n'est pas mince, puisque la sécurité des affaires et des transactions exige que la capacité de chaque partie soit connue de son cocontractant, afin de garantir la bonne foi et la validité des engagements qui sont conclus. Quel sort doit-on réserver à l'acte qui a été passé, si l'on découvre, *a posteriori*, que l'une des parties n'était pas apte à contracter son obligation, en dépit des apparences ? L'étranger, à la coutume ou au Royaume, peut-il se prévaloir de son statut personnel pour s'affranchir d'un acte qui aurait été valablement conclu s'il avait été un ressortissant local ? Faut-il, par conséquent, admettre de lui conférer un avantage éventuel dont serait privé son cocontractant ? Le soin de prévenir un tel risque peut être laissé tout aussi bien à la diligence des parties elles-mêmes qu'à celle du juge, qui endosse alors la charge de préserver l'intérêt des ressortissants de la coutume de son for en les protégeant contre une incapacité obreptice. Les deux partis sont admis par la jurisprudence des Parlements, ce qui conduit, d'ailleurs, à des décisions antagoniques.

Le premier parti est celui qui conduit les juges de Parlement à organiser, d'eux-mêmes, la protection du tiers créancier de bonne foi. Ainsi, Jean Bouhier, au chapitre XXII de ses *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, évoque l'arrêt *Joleau* du Parlement de Bourgogne du 20 juillet 1648 qui a statué directement sur la question, en traitant de la décharge des dettes de son mari défunt dont bénéficie la veuve en Nivernais et en concluant à l'ignorance excusable du régime d'incapacité. Les faits sont les suivants :

CXLIII. Benoîte Joleau, de la Province de Nivernais, y avait été mariée suivant la Coutume du pays, qui, par une disposition particulière¹²⁸¹, veut que, par la renonciation de la veuve à la communauté conjugale, elle demeure déchargée des dettes mêmes auxquelles elle était personnellement obligée

¹²⁸¹ Charles-Antoine BOURDOT DE RICHEBOURG, *ou corps des coutumes générales particulières de France et des provinces*, t. III, Paris, 1724 : Coutume du Nivernais, chapitre XXIII, n° XIV, p. 1147 : « la veuve demeure quitte des dettes de la communauté soyent faits par les deux conjoints ou l'un d'eux » dès lors qu'elle a renoncé, au décès de son mari, à la communauté.

avec son mari. Après quelques années de son mariage, cette femme quitta son premier domicile et vint avec son mari s'établir en notre Bourgogne, où elle passa conjointement avec son mari un contrat de rente au profit d'un Bourguignon. Le mari étant mort, elle renonça à la communauté, au moyen de quoi elle se prétendit quitte de l'obligation contractée par l'acte dont il a été parlé, en conséquence de la Coutume de Nivernais ; mais, le créancier ayant soutenu que la chose devait être réglée suivant la Coutume de Bourgogne, où elle était domiciliée au temps du contrat, la sentence qui avait condamné la veuve fut confirmée par arrêt donné à l'Audience publique du Lundi 20 juillet 1648, plaidant Bretagne et Bernard : arrêt d'autant plus juste, que la disposition de la Coutume de Nevers, étant des plus exorbitantes, ne doit pas être étendue hors de son ressort, surtout à l'égard des tiers qui ne peuvent guère être instruits du privilège extraordinaire qu'elle accorde aux femmes¹²⁸².

En confirmant la condamnation de la veuve et en exonérant le créancier de l'obligation de s'informer de la condition de sa cocontractante, les magistrats dijonnais entendent protéger le tiers qui contracte de bonne foi avec une femme mariée soumise à un statut dont les singularités peuvent échapper à quiconque n'en est pas familier. Bouhier commente ainsi cette décision qu'il approuve pleinement : « la disposition de la Coutume de Nevers, étant des plus exorbitantes, ne doit pas être étendue hors de son ressort, surtout à l'égard des tiers qui ne peuvent guère être instruits du privilège extraordinaire qu'elle accorde aux femmes ». Si l'on suit le raisonnement de l'auteur, les juges ne refusent pas de considérer que la capacité de la femme mariée en Nivernais et installée, depuis, en Bourgogne puisse demeurer régie par son premier domicile matrimonial ; ils refusent de placer une dette de communauté sous l'empire de la coutume matrimoniale des deux époux, c'est-à-dire la coutume de Nivernais, au motif que cette obligation a été contractée en Bourgogne envers un créancier bourguignon par une femme mariée et domiciliée désormais dans le duché. Au contraire, la dette est entièrement soumise à la coutume de Bourgogne, quels que soient les liens que revendique la veuve Joleau avec le Nivernais.

Cette solution dérogoire et exceptionnelle trouve son fondement dans la motivation qui semble avoir été, de l'avis de Bouhier, celle des juges. Elle se comprend, en effet, dès lors qu'il s'agit de protéger le créancier, tiers de bonne foi, contre les aléas que peut susciter l'application d'une « disposition exorbitante » issue d'une coutume étrangère, qui accorde, en l'espèce, un « privilège extraordinaire » à la femme mariée, contre toutes les prévisions légitimes de son cocontractant. Ce caractère exorbitant de la disposition de la coutume de Nivernais sert, en tout état de cause, d'habillage élégant et savant à l'intervention des règles de la coutume de Bourgogne à son détriment¹²⁸³. Bouhier semble uniquement préoccupé de la contrariété au droit commun, manquant ainsi de livrer les véritables motivations de l'arrêt. Or, les règles de la coutume bourguignonne sont substituées, par le Parlement de Dijon, à celle contenue dans la coutume de Nevers, en faisant ainsi fonction d'exception d'ordre public ou de lois de police avant la lettre. La mise en œuvre d'un mécanisme extraordinaire se comprend, en l'espèce, comme un moyen de défendre les intérêts du créancier de bonne foi, excusable d'avoir ignoré une disposition si

¹²⁸² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXII, n°141-143, spéc. n°143, *Œuvres de jurisprudence*, tome I, Dijon, 1787, p. 641.

¹²⁸³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXV, n°7, p. 817 : « [XXXV.] VII. Une troisième disposition des coutumes, non moins contraire aux règles du Droit commun, c'est celle de la coutume de Nivernais [*chapitre XXIII, article XIV*], qui porte que la veuve, par sa renonciation à la communauté conjugale, est déchargée des dettes mêmes, qu'elle a contractées avec son mari ; car qu'y a-t-il de plus injuste, que de rendre un débiteur maître de ne pas tenir un engagement qu'il a valablement contracté ? Ainsi, la raison veut qu'on resserre une pareille disposition dans les limites les plus étroites. C'est l'un des fondements de l'arrêt de notre Parlement, du 20 juillet 1648, que j'ai rapporté dans un autre endroit ».

exorbitante, et d'écarter une règle jugée odieuse par les juges dijonnais. Mais rien ne permet de déduire, ainsi que le fait un peu hardiment le président Bouhier, que cette appréciation de la valeur de la règle, et de son contenu matériel, se soit faite à l'aune du droit commun. L'équité, en revanche, a pu jouer un rôle plus décisif. Il apparaît plus probable que le double constat que le domicile conjugal des époux Joleau, au temps du contrat, se soit situé en Bourgogne et que le créancier soit lui-même Bourguignon ait bien plus pesé, dans l'esprit des juges, pour appliquer leur coutume, qui leur semblait avoir des titres plus forts à régir la question de ces dettes que la coutume nivernaise.

En employant ces termes d'« exorbitant » ou d'« extraordinaire », Bouhier renoue avec la doctrine italienne des statuts en ressuscitant la figure historique des statuts *in personam* prohibitifs odieux et en l'opposant à l'ignorance excusable de la loi applicable. Bartole, le premier, avait eu recours aux statuts odieux pour justifier que, en matière d'état et de capacité des personnes, le statut d'une cité qui édicterait, à l'encontre d'une personne, une prohibition jugée contraire au *jus commune* doive être strictement renfermé dans son territoire ; en bon romaniste, Bouhier transpose, *mutatis mutandis*, le mécanisme bartolien à la veuve nivernaise de l'arrêt *Joleau*¹²⁸⁴.

La nature exorbitante de la disposition se fait, naturellement, ressentir à l'égard du tiers créancier, car c'est bien lui qu'il s'agit de protéger contre l'application d'une disposition étrangère qui, par son particularisme, augmente ou restreint, de manière inédite, la capacité de la personne protégée. En l'occurrence, l'organisation de la communauté conjugale voulue par la coutume de Nivernais vient interférer dans la sécurité du commerce juridique, puisque le créancier bourguignon n'a pu, raisonnablement, déduire de la qualité de commune en biens que revendique l'épouse nivernaise l'existence de cette disposition particulière. L'ignorance est, ici, excusable, parce qu'elle se nourrit de l'exorbitance de la réglementation du régime de communauté institué par une coutume étrangère. Bouhier rejoint, sur ce point, l'opinion de Boullenois¹²⁸⁵, qui, dans sa *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, de 1732, jugeait nécessaire que « le changement de domicile ne blesse point un tiers qui a un droit acquis »¹²⁸⁶. Il faut en conclure que l'intérêt du ressortissant local a, semble-t-il, pesé de manière déterminante dans la décision du Parlement de Dijon : or, pour satisfaire cet impératif, la haute juridiction bourguignonne n'a pas eu d'autre choix que d'appliquer, à titre exceptionnel, la coutume de Bourgogne à titre de « loi d'ordre public » ou de « loi de police ». Le régime de communauté des époux Joleau est né et s'est éteint sous l'empire de la coutume de Nivernais et ce n'est donc que pour préserver le créancier bourguignon contre

¹²⁸⁴ La transposition n'est pas parfaite, parce que, en offrant à ladite veuve une faculté d'échapper à son obligation qui est inconnue des coutumes environnantes, l'article de la coutume de Nivernais serait plutôt à ranger parmi les statuts permissifs. En l'espèce, le caractère « odieux » de cet article semble beaucoup plus importer aux magistrats dijonnais que son éventuel caractère « prohibitif » ou « permissif », et ce conformément à la doctrine de Dumoulin.

¹²⁸⁵ Dans la suite du chapitre XXII, *loc. cit.*, aux n^o CLVI et CLV, Bouhier s'autorise effectivement de l'opinion concordante de Boullenois pour critiquer deux arrêts du Parlement de Paris, du 1^{er} février 1521 et du 10 juin 1518, rapportés par Choppin et Charondas, qui ont statué en sens contraire de la décision dijonnaise, en donnant raison à la veuve contre ses créanciers. Or, dans ces deux arrêts, la dette est née avant le transfert de domicile, de Paris à Nevers, et non après, comme dans le cas de la veuve Joleau. Boullenois est, donc, fondé à marquer son désaccord avec les deux arrêts parisiens, puisqu'il souligne que « il n'est pas raisonnable de dire qu'un débiteur, en changeant de domicile, puisse changer la nature de ses biens au préjudice de son créancier ». Le transfert de domicile, ici, joue un rôle déterminant. Mais, en approuvant Boullenois, Bouhier n'a pas vu, ou voulu voir, que l'argument de Boullenois ne correspond pas exactement à la situation rencontrée lors de l'arrêt *Joleau* : dans ce dernier cas, c'est moins le changement de domicile que le fait de « blesser un tiers » qui a emporté la conviction des juges du Parlement de Dijon.

¹²⁸⁶ Louis BOULLENOIS, *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, Paris, 1732, seizième question, pp. 319-320.

les mauvaises surprises que réserve l'ignorance excusable d'une disposition exorbitante que la dette issue de la rente passe sous l'égide de la coutume de Bourgogne.

L'arrêt *Joleau* du Parlement de Dijon reste un arrêt unique, en ce sens qu'il est le seul, en tout état de cause, à aborder la question du conflit qui peut naître entre la loi applicable au régime matrimonial et à la capacité de la femme mariée et la loi locale, qui coïncide, en l'occurrence, avec la loi du for. S'il peut se flatter de se voir reconnaître l'autorité attachée à une décision de justice, il convient néanmoins de le remettre en perspective dans l'ensemble de la jurisprudence relative à la capacité des personnes par rapport aux actes dans lesquels ils s'engagent. Le second parti à prendre sur cette question est de s'en tenir au principe, c'est-à-dire de donner compétence à la loi du domicile actuel, par égard au statut personnel, et d'astreindre le cocontractant à s'informer de la teneur de cette loi. En la matière prévaut le fameux texte d'Ulpien au Digeste (D. 50.17.19), si souvent allégué sur la question de l'ignorance du droit applicable : *qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus condicionis ejus*¹²⁸⁷.

Or, tout comme les auteurs, la jurisprudence des Parlements se partage entre le respect dû au principe et les nécessaires dérogations qu'appellent les fraudes (sur l'âge ou le régime attaché à la condition de femme mariée) auxquelles l'application inconditionnelle de la loi du domicile actuel expose, et, par conséquent, entre les deux partis qui s'offrent aux juges sur cette question fort disputée.

Le parti-pris de corriger les fraudes éventuelles par l'intervention des lois locales – loi de police ou *lex loci actus* – est, naturellement, destiné à l'emporter. En effet, l'un des plus grands risques, surtout dans un système marqué par la pluralité des coutumes, qu'encourt celui qui demeure dans l'ignorance du statut personnel de son cocontractant est, précisément, de se laisser induire en erreur sur la capacité de ce dernier. La jurisprudence tente d'y apporter remède en tempérant la maxime *Qui cum alio contrahit* et en privilégiant l'application de la *lex loci actus*, garante de sécurité juridique pour les deux parties, par rapport à celle de la loi du domicile¹²⁸⁸.

Jean Bouhier lui-même ne tient pas des positions très assurées en la matière, puisque ses analyses oscillent entre la faveur qu'il exprime pour la loi du domicile, ainsi que pour la maxime de Ulpien, et l'interprétation qu'il doit donner des arrêts qui font le choix de préférer la loi du lieu de conclusion de l'acte. Quoi qu'il en soit de ses hésitations, il n'en demeure pas moins que l'arrêt *Joleau* se range parmi les décisions qui contribuent à remédier aux effets néfastes d'une application aveugle du statut personnel aux questions de capacité : il se distingue surtout par ses considérations d'ordre public et sa volonté de préserver les intérêts des cocontractants ou des tiers face au régime parfois très protecteur qui entoure la personne étrangère. Cet arrêt ouvre des chemins que la jurisprudence du XIX^e siècle n'hésitera pas à emprunter¹²⁸⁹.

¹²⁸⁷ DIGESTE, livre L, titre XVII, fragment 19 : « Celui qui contracte avec autrui connaît, ou doit connaître, la condition de son cocontractant... » (Ulpien, au vingt-quatrième livre sur Sabinus : *qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus condicionis ejus...*).

¹²⁸⁸ Bertrand ANCEL, *Éléments*, op. cit., Paris, 2017, p. 287.

¹²⁸⁹ Arrêt *Lizardi*, Cour de cassation, Chambre des requêtes, 16 janvier 1861, *Grands Arrêts*, n°5, pp. 39-46.

2) La capacité de la personne protégée à disposer de ses immeubles.

La détermination de la loi compétente pour déterminer la capacité d'une personne à disposer de ses immeubles est l'une des questions les plus discutées en jurisprudence et en doctrine sous l'Ancien Régime. La compétence de principe qui revient, naturellement, à la coutume du domicile actuel, au titre du statut personnel, doit, sur ce terrain, souffrir la concurrence spéciale que revendique la loi du lieu de situation de l'immeuble (ou *lex rei sitae*), au nom du statut réel. Ainsi que le soulignait déjà la dialectique soutenue par Bertrand d'Argentré au XVI^e siècle, cette confrontation entre les deux statuts est lourde des enjeux dont ils sont porteurs : d'un côté, le statut personnel est, tout entier, voué à assurer la protection de la personne protégée ; de l'autre, le statut réel offre toutes les garanties à la famille de protéger ses intérêts patrimoniaux et de conserver la mainmise sur les biens les plus importants, c'est-à-dire ceux qui assurent son éclat et sa fortune. L'exemple, déjà évoqué à propos de Charles Dumoulin, de la capacité spéciale du mineur à disposer de ses biens s'il accomplit les formalités *ad validitatem* requises pour la perfection de l'acte (assistance des parents ou autorisation judiciaire) témoigne amplement de l'ambiguïté inhérente à cette question, tant le statut en question est mélangé de personnel et de réel¹²⁹⁰. C'est pour lever cette ambiguïté que d'Argentré avait fait pencher la balance du côté de la réalité d'un tel statut¹²⁹¹.

La majeure partie de la doctrine française des XVII^e et XVIII^e siècles se prononce en faveur du domicile actuel, prenant ainsi le contrepied du juriste breton, tandis que, plus fidèles à l'esprit de ce dernier, les auteurs flamands et hollandais, à la même époque, tiennent, de manière quasiment unanime, pour le territorialisme et la *lex rei sitae*. Certains, dont Froland et Boullenois, pris entre deux feux, se font beaucoup plus hésitants, prenant l'un ou l'autre parti selon les circonstances¹²⁹².

La jurisprudence n'a pas pleinement joué son rôle de juge de paix afin de régler ces désaccords doctrinaux, puisqu'elle-même a trouvé matière à se partager sur cette question¹²⁹³. Le Parlement de Paris, notamment, a rendu des arrêts dans l'un et l'autre sens, tout au long des XVII^e et XVIII^e siècles. Parmi les décisions qui ont fait prévaloir la capacité réelle sur la loi personnelle, l'arrêt *Mocquet* du 30 mars 1647 a longuement retenu l'attention des auteurs¹²⁹⁴ et sollicité leur veine interprétative, comme en témoigne la lecture qu'en donne Louis Boullenois dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* :

¹²⁹⁰ Voir, *supra*, p. 125-128. Dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, paru en deux tomes à Paris en 1766, Louis BOULLENOIS confronte, à ce propos, l'opinion que Charles Dumoulin a émise dans ses *Conclusiones*, d'une part, et celle d'André Tiraqueau, d'autre part, qui voit, à l'inverse, dans ce statut le moyen pour les parents de veiller à leurs intérêts personnels et à la conservation des biens dans les familles (*Traité, op. cit.*, tome 1^{er}, titre II, chapitre III, observation XXIII, p. 463, cité par Eric GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile d'après les arrêtistes (Bas Moyen-Âge-XVIII^e siècle)*, thèse dactylographiée, Paris XII, 2000, deux tomes, tome 1^{er}, pp. 70-72).

¹²⁹¹ Voir, *supra*, pp. 158-159, avec cette réserve que le juriste breton oscille entre deux solutions : voir ses § 8 et § 46.

¹²⁹² Sur les dissentiments de la doctrine sur cette question de la capacité à disposer des immeubles, voir Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil, op. cit.*, pp. 170-174.

¹²⁹³ Sur ces décisions rendues soit en faveur de la loi du domicile, soit en faveur de la *lex rei sitae*, voir Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil, op. cit.*, pp. 172-174 et Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines jurisprudentielles, op. cit.*, pp. 22-23.

¹²⁹⁴ L'arrêt *Mocquet* est reproduit *in extenso* dans Jean DU FRESNE, *Journal des Audiences*, Paris, 1658, t. 1, livre V, chapitre XIII, pp. 510-512 ; voir aussi Pierre-Jacques BRILLON, *Dictionnaire des arrêts, ou Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, 2^e édition, Paris, 1727, v^o « Âge », p. 99 ; Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne, op. cit.*, ch. XXIV, n^o94, p. 477 et Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 1^{er}, titre II, chapitre V, observation XXVIII, p. 700 et 720.

C'est encore ainsi que... on a jugé par l'arrêt de 1647 qu'un homme [*en réalité, une femme mineure, représentée par son mari*] domicilié à Amiens, où il ne faut aux [*femmes*] que [*dix-huit*] ans pour disposer, par testament, de ses meubles, acquêts et quint de ses propres, n'avait pas pu disposer du quint de ses propres situés en Ponthieu où il en faut vingt-cinq, *et quidem bene*. La capacité de faire un testament est toute personnelle ; mais la capacité de disposer de tels et tels biens situés hors le domicile est toute réelle et c'est pour ce cas que l'on peut dire, avec M^e Charles du Molin, que ce statut *agit in certas res ad finem conservandi patrimonii et sic est reale* (ce statut « agit sur certaines choses aux fins de conservation du patrimoine et, ainsi, est réel »)¹²⁹⁵.

Dans ce passage, Boullenois s'efforce de concilier des jurisprudences et des opinions doctrinales divergentes et de trouver le juste équilibre entre la compétence de principe de la loi du domicile et la compétence d'exception que réclame la *lex rei sitae*. A cet effet, il distingue une capacité générale d'exercice, qui permet à son titulaire de contracter ou de disposer, et une capacité spéciale, inhérente aux actes portant sur des biens immobiliers, qui s'en remet à la loi du lieu de situation de ces derniers pour déterminer s'il est loisible à son titulaire d'opérer ou non l'acte de transfert envisagé. Cette recherche du compromis ne permet pas de se défaire du sentiment persistant que ce système n'est fonctionnel que si, en matière de disposition de dernière volonté, la capacité générale doit toujours céder la préséance sur la capacité spéciale. A travers toutes les décisions de justice, où le statut réel l'emporte sur le statut personnel, c'est bien l'intérêt supérieur des familles et l'impératif de conservation des patrimoines – soit des considérations de police immobilière – qui dictent la solution, au détriment des autres intérêts en jeu¹²⁹⁶. De la part des magistrats qui, au XVIII^e siècle encore, souscrivent à cette manière de voir, c'est là un bel hommage posthume rendu à Bertrand d'Argentré.

B. Les statuts prohibitifs dans les rapports de famille.

Le statut prohibitif, voire odieux, a, naturellement, vocation à intervenir dans le domaine des rapports de famille, dès lors que la famille est considérée comme une institution d'ordre public et qu'elle est placée au cœur du système juridique et politique de la France de l'Ancien Régime. Elle est le point de rencontre des divers intérêts, publics et privés, qui s'affrontent pour affirmer ou conserver leur emprise sur elle : dès lors, l'union matrimoniale, depuis sa conclusion jusqu'à sa dissolution, en passant par ses effets personnels et patrimoniaux, est au centre de toutes les attentions et, en particulier, de celle du pouvoir royal qui manifeste, à partir du XVI^e siècle, un interventionnisme croissant en la matière, au détriment de l'Eglise. La royauté n'est, en effet, pas insensible à « l'ordre des familles » et soutient assez volontiers les droits que réclament celles-ci sur les biens, malgré le développement croissant, à la même époque, d'une vision plus individualiste de la famille. C'est parce que la monarchie, désormais convertie à l'absolutisme, est convaincue que le fondement tout entier de l'Etat repose sur les familles qu'elle entreprend d'en garantir la paix et la

¹²⁹⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., eod. loc., pp. 719-720

¹²⁹⁶ Lors de l'entrée en vigueur de l'article 3 du Code civil de 1804, ces considérations tenant à la police immobilière se transféreront définitivement dans l'alinéa 2, libérant l'alinéa 1^{er} pour lui permettre de satisfaire d'autres intérêts essentiels de la société française. Voir Pierre LOUIS-LUCAS, « Remarques sur l'ordre public », *Revue critique*, 1933, n°28, pp. 393-443, spéc. p. 425 : « ... D'après les principes français de solution des conflits de lois, la loi française, applicable aux Français, est également la loi qui est applicable aux étrangers, comme il arrive pour les lois de police et de sûreté ou pour les lois relatives aux immeubles (art. 3, C. civ.). Nous sommes dans le domaine de la territorialité du droit et il est tout naturel que, dans la mesure où ces lois ont le caractère d'ordre public par rapport aux Français, elles l'aient également par rapport aux étrangers ». Voir aussi, sur le lien entre l'article 3, alinéa 2 et l'ordre public coutumier, Eric GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile*, op. cit., tome 1^{er}, pp. 29-32 et 50-52.

stabilité : lors des derniers siècles de l’Ancien Régime, l’interventionnisme royal, par une législation de plus en plus importante ou par le renforcement de la compétence, directe ou indirecte, des juridictions laïques, démontre assez la volonté de dessiner un ordre familial qui soit à l’image de la monarchie.

Prise en étau entre le droit canonique et la législation royale, la dimension personnelle des rapports de famille (mariage et filiation) ne semble pas donner prise, à première vue, au conflit de coutumes, celles-ci ne se souciant guère de disposer dans un domaine qui n’est pas le leur. Mais, à défaut de se situer sur un plan purement intercoutumier, les facteurs de conflits à propos de ces questions personnelles peuvent se révéler, à titre exceptionnel, dans leur aspect proprement international. La rupture de l’unité religieuse et politique introduite par la Réforme à partir du XVI^e siècle et l’affirmation de la pleine souveraineté des Etats-Nations au XVII^e siècle ont contribué à faire voler en éclats l’universalisme que le droit canonique assurait, jusqu’alors, sur les questions de mariage et de filiation. Chaque Etat, catholique ou protestant, définit lui-même la législation matrimoniale et familiale qu’il entend faire respecter à ses ressortissants : *cujus regio, ejus religio*. Les arrêts des Parlements ne sont pas rares à s’être prononcés sur la question et ils révèlent, à chaque fois, des enjeux essentiels auxquels se trouve confronté l’ordre juridique du Royaume, pris, cette fois, comme un ensemble : leur étude montre que la réaction du droit français vis-à-vis d’un mariage transnational (1.) ou devant la légitimation (2.) d’un enfant naturel par rescrit d’un prince étranger est toujours marquée par la rigueur de l’ordre public. Sur ces questions relevant de l’état des personnes, la sensibilité de l’ordre public se fait toujours plus aiguë, dans la mesure où c’est bien l’un des fondements les plus essentiels du Royaume que le droit acquis à l’étranger risque de mettre en péril.

L’entreprise royale de contrôle de l’institution matrimoniale et de ses effets doit, en revanche, composer, à propos des questions patrimoniales, avec la diversité des coutumes et l’attachement des divers Parlements aux coutumes qui se trouvent dans leurs ressorts. L’aspiration à l’unité juridique, qu’expriment encore, avec prudence et modération, les ordonnances de d’Aguesseau au XVIII^e siècle, ne doit pas dissimuler les réserves et les résistances manifestées par les Parlements, lesquels font volontiers les garants de l’ordre des familles au sein des provinces soumises à leur juridiction. Le conflit de coutumes est l’occasion, pour eux, de rappeler cette finalité qui est la leur, quand les droits acquis sous l’empire d’une coutume étrangère risquent, par leur application à l’intérieur du détroit coutumier, de venir perturber ou concurrencer de manière trop outrancière l’organisation sociale qui y a cours, voire par leur restriction à l’intérieur de leur propre territoire. Entre autres exemples, les régimes matrimoniaux (3.), le douaire préfix (4.), le douaire coutumier (5.), l’incapacité velléienne (6.), les donations entre époux (7.), l’Edit des secondes noces et l’article 279 de la Coutume de Paris (8.), le délai de viduité (9.) et l’hypothèque légale de la femme mariée en pays de droit écrit (10.) sont des institutions trop complexes pour se réduire à la simple dichotomie des statuts réels et des statuts personnels. Même fortement ancrée dans les mœurs, la réalité/territorialité des coutumes n’est plus nécessairement toute puissante et elle doit composer avec d’éventuels facteurs d’extraterritorialité. La fraude et l’ordre public – à travers le statut prohibitif ou odieux – deviennent, dès lors, dans la jurisprudence des Parlements, des réserves que ces derniers n’hésitent pas à soulever pour endiguer le rayonnement extraterritorial d’un droit né à « l’étranger ». Par conséquent, à travers les décisions qu’ils rendent en matière patrimoniale, et qui font, précisément, appel au statut prohibitif, certains magistrats partagent, à travers leurs décisions, la même ambition d’ériger la conservation des biens dans la

famille et la défense des droits de celle-ci face aux volontés de libre disposition de ses biens exprimées par tel ou tel de ses membres.

1) Le mariage

La lutte de pouvoirs qui s'engage, à partir du XVI^e siècle, entre le droit séculier et le droit canonique à propos du mariage et le conflit de compétences qui en découle démontrent à l'envi que cette institution matrimoniale est une question trop lourde d'enjeux pour ne pas faire l'objet d'une réglementation détaillée, qui modère sa nature éminemment contractuelle par un encadrement juridique dans lequel la volonté des parents et le poids des familles jouent un rôle déterminant¹²⁹⁷. Le mariage, en pays étranger, d'un sujet du Roi de France avec un ressortissant étranger appelle la même vigilance de la part des parlementaires devant les tentatives de fraude auxquelles se prête aisément son caractère international¹²⁹⁸. Le problème n'est, d'ailleurs, pas propre au Royaume de France : il est ressenti de manière suffisamment sensible dans les divers pays d'Europe pour qu'à la fin du XVII^e siècle, aux Provinces-Unies, un Ulrich Huber s'inquiète également des éventuelles *fraudes legis* que le déplacement transfrontière des personnes, aux fins de se marier, peut susciter¹²⁹⁹.

Les sortes de fraude, auxquels les juges s'efforçaient d'obvier, tiennent, pour l'essentiel, à l'obligation faite aux époux de requérir le consentement de leurs parents et aux formalités *ad validitatem* requises pour la publicité du mariage. D'une part, l'obligation relative au consentement des parents, introduite dans la législation sous Henri II par l'Edit de 1556 sur les mariages clandestins, est constamment rappelée et renforcée, par la suite, par des textes aussi importants que l'Ordonnance de Blois de 1579 ou encore l'Ordonnance de Saint-Germain de 1639, qui débute en des termes peu équivoques :

LOUIS, etc. Comme les mariages sont le séminaire des Etats, la source et l'origine de la société civile, et le fondement des familles, qui composent les républiques, qui servent de principes à former leurs polices, et dans lesquelles la naturelle révérence des enfants envers leurs parents, est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain, aussi les rois nos prédécesseurs ont jugé digne de leur soin, de faire des lois de leur ordre public, de leur décence extérieure, de leur honnêteté et leur dignité¹³⁰⁰.

Les Parlements ne sont pas en reste, puisqu'à partir du XVII^e siècle, ils entreprennent de lutter contre les mésalliances et développent, *contra legem*, une jurisprudence tendant à assimiler le mariage conclu sans consentement des parents, non plus au « rapt » que visait l'Ordonnance de Blois en la punissant de la peine capitale, mais à un « rapt de séduction » qui leur permettait de frapper, sur le fondement du droit canonique, de nullité de telles unions : la Déclaration de 1730 sur le rapt de séduction tâchera de mettre bon ordre à cette audacieuse jurisprudence en reconduisant les dispositions des Ordonnances de Blois et de Saint-Germain. D'autre part, les

¹²⁹⁷ Sur la législation et la jurisprudence en matière matrimoniale sous l'Ancien Droit, voir Jean GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris, 1987, pp. 276-374 et Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, pp. 167-188.

¹²⁹⁸ Sur les conflits de lois en matière matrimoniale, voir Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, *op. cit.*, pp. 119-120, 156-157 et 221-226, dont nous ne partageons pas, cependant, toutes les conclusions.

¹²⁹⁹ Voir, *supra*, pp. 311-316.

¹³⁰⁰ François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XVI (mai 1610 – mai 1643), Paris, 1829, pp. 520-524.

formalités requises pour la publicité du mariage – publications des bans, célébration *in facie Ecclesiae* devant le *proprius parochus* (« propre curé ») et quatre témoins, signature du registre paroissial – est constamment réaffirmée par les textes royaux, depuis l'Ordonnance de Blois.

Toute cette législation et cette jurisprudence travaillent à affirmer l'emprise de l'Etat sur la formation du lien matrimonial, fût-ce au détriment de l'Eglise et de ses officialités, via l'appel comme d'abus (qui autorise les justiciables ou le procureur du roi au for ecclésiastiques à porter la sentence de l'official devant les Parlements pour qu'ils la déclarent « abusive » et la cassent)¹³⁰¹. Toutes deux s'inscrivent en réaction contre les prescriptions du Décret *Tametsi* du concile de Trente, adopté lors de la vingt-quatrième et avant-dernière session, le 11 novembre 1563, qui ne satisfont pas pleinement les aspirations de la monarchie. Dans les canons du Décret, les pères conciliaires imposent des formalités *ad validitatem* destinées à assurer la publicité de l'acte, que l'Ordonnance de Blois reprend à son compte : publication des bans, célébration *in facie Ecclesiae* devant le *proprius parochus* et deux ou trois témoins, signature du registre paroissial. En revanche, ils maintiennent le principe traditionnel du consentement des époux, mais écartent la condition du consentement des parents et de tout autre tiers.

La difficulté tient à ce que les canons du concile de Trente, s'ils ne sont pas reçus officiellement en France, où s'applique la législation royale, sont transposés directement dans la plupart des pays catholiques, au premier rang desquels l'Espagne et, par extension, les Pays-Bas espagnols. Elle s'aggrave encore lorsque les textes français et les canons tridentins s'opposent frontalement, comme c'est le cas sur la question, essentielle, de la nécessité ou non du consentement des parents au mariage de leurs enfants.

La complexité des problèmes soulevés à ce propos devient plus aiguë lorsque l'ordre juridique français se retrouve confronté à la différence de religion : le caractère international s'accuse encore davantage après l'entrée en vigueur de l'Edit de Fontainebleau de 1685 et le départ des Huguenots pour les pays du Refuge. La vigilance des magistrats se renforce nécessairement dès lors que les mariages dont ils ont à connaître ne sont plus seulement des mariages entre Français et étrangers catholiques, mais peuvent, également, être des unions entre des Français catholiques et des protestants, le plus souvent contractées en pays protestants. Afin d'éviter que ces situations ne soient sources de difficultés et, pire encore, de fraudes, Louis XIV entend y remédier, soit en les interdisant, soit en étendant le contrôle royal de l'institution à ces cas de figure. Pour les sujets du Roi de France adeptes de la Religion Prétendument Réformée, il s'agit de l'Edit de Versailles, de novembre 1680, « portant que les catholiques ne pourront contracter mariage avec les religionnaires et que les enfants qui en proviendront seront illégitimes et incapables de succéder à

¹³⁰¹ Voir les termes très forts employés par Julien Brodeau dans le *Recueil de plusieurs notables arrêts donnés en la cour de Parlement de Paris* de Georges LOUET, t. 2, Paris, 1742, Lettre M, « Mariage », Sommaire VI, n°98, p. 137 : « Il est bien certain que, quand les juges royaux et séculiers ou les Parlements, auxquels appartient l'exécution de l'Ordonnance [de Blois], déclarent un mariage non valablement contracté, il ne prennent pas connaissance du mariage, comme sacrement, qui est de la connaissance du juge d'Eglise, mais comme un contrat civil, qui est le séminaire des Etats, la source et l'origine de la société civile, le fondement de familles, qui composent la République, et servent de principe à former leur police, et à l'exécution des jugements et arrêts qui interviennent sur la question du mariage, ne concerne que les effets civils et coutumiers ; savoir, l'alliance, l'état de la femme et des enfants, la communauté des biens, le douaire, les conventions matrimoniales, les successions et autres semblables, à l'égard desquels par un acte de police, qui regarde la société civile, le repos des familles, et le bien des sujets du Roi, ses juges, et ses Parlements, déclarent un mariage, non pas nul, mais non valablement contracté, sans toucher au sacrement, étant contraire aux lois politiques de l'Etat et aux Ordonnances du Royaume ». Malgré les précautions de plume prises par Brodeau, les juridictions ne tarderont pas à franchir le pas de la nullité grâce à l'appel comme d'abus.

leurs pères et mères »¹³⁰² ; pour les mariages de Français catholiques à l'étranger, il s'agit de la Déclaration de Versailles du 16 juin 1685, « sur les édits d'août 1669, 18 mai 1682 et dernier mai 1685, portant défenses aux pères de famille, tuteurs et curateurs, de consentir au mariage de leurs enfants et pupilles en pays étranger, à peine de galères perpétuelles contre les hommes, de bannissement à perpétuité contre les femmes et de confiscation de biens »¹³⁰³. Ces fortes mesures traduisent, sans nul doute, la volonté de Louis XIV d'imposer, comme toutes les décisions qui ont tendu à la réunification religieuse de son Royaume, sa souveraine volonté sur l'ensemble de ses sujets et de rappeler ceux-ci aux devoirs qu'impose leur sujétion personnelle à son égard, mais, plus sûrement encore, elles accentuent la singularité du droit français du mariage par rapport aux pays étrangers.

Les enjeux que posent, à la science des conflits de lois, ces mariages transnationaux, mixtes d'un point de vue de la sujétion ou de la religion, portent sur la capacité matrimoniale des époux, particulièrement dans l'hypothèse du mariage du mineur, et, plus généralement, sur la validité, sur le fond comme sur la forme, de l'union contractée par le Français à l'étranger.

S'il ne fait nul doute que la législation matrimoniale édictée, et réitérée, par la Royauté, a une valeur d'ordre public absolu à l'intérieur du Royaume, soutenir une telle affirmation pour les mariages des Français à l'étranger nécessite de s'en remettre au révélateur de la jurisprudence. Quelle loi appliquer aux formalités *ad validitatem* du mariage ? Quelle loi appliquer pour déterminer si le consentement des parents est nécessaire ou non ?

a) La loi applicable aux formalités du mariage et au consentement des parents.

Pour résoudre ces deux questions, la jurisprudence et ses commentateurs s'en tiennent à une distinction classique, qui recouvre celle qui sépare conditions de forme et conditions de fond d'un acte juridique, parce que le mariage, en plus d'être un sacrement, est par sa nature profondément contractuelle. Si l'on suit, sur ce point, Jean Bouhier dans les quelques paragraphes qu'il dédie aux formalités du mariage dans le chapitre XXVIII de ses *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, la distinction peut donner lieu à trois solutions différentes :

1° Pour ce qui est des solennités inhérentes au mariage, la solution constante, et fidèle à la tradition, consiste à reconnaître pleine compétence à la *lex loci celebrationis* :

¹³⁰² François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XIX (janvier 1672 – mai 1686), Paris, 1829, pp. 257-258 : « Louis, etc. Les canons des conciles tenus en divers temps dans l'Eglise, ayant condamné les mariages des catholiques avec les hérétiques, comme un scandale public, et une profanation visible d'un sacrement auquel Dieu a attaché des grâces qui ne peuvent être communiquées à ceux qui sont actuellement hors de la communion des fidèles, nous avons jugé d'autant plus nécessaire de les empêcher à l'avenir, que nous avons connu que la tolérance de ces mariages expose les catholiques à une tentation continuelle de se pervertir ; et, par conséquent, aux peines portées par notre édit du mois de juin dernier ; à quoi étant nécessaire de remédier, d'empêcher en même temps un abus si contraire à la discipline de l'Eglise catholique. A ces causes, etc.

Voulons et nous plaît, qu'à l'avenir, nos sujets de la religion catholique, apostolique et romaine, ne puissent, sous quelque prétexte que ce soit, contracter mariage avec ceux de la R. P. R., déclarant tels mariages non valablement contractés, et les enfants qui en proviendraient illégitimes et incapables de succéder aux biens meubles et immeubles de leurs pères et mères. Si donnons, etc. », Versailles, novembre 1680.

« L'Edit de juin dernier » est l'édit de Fontainebleau, de juin 1680, « portant défenses aux catholiques, sous peine d'amende honorable et de bannissement perpétuel, de quitter leur religion pour professer la R. P. R., et aux ministres de cette religion de les recevoir en religion » (ISAMBERT, *eod. loc.*, pp. 250-251).

¹³⁰³ François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XIX (janvier 1672 – mai 1686), Paris, 1829, p. 510.

[Bouhier] LXI. Les formalités de la célébration du mariage peuvent encore fournir matière à divers doutes. Je sais bien qu'on tient communément qu'il faut, à cet égard, suivre l'usage des lieux où le mariage est célébré. C'est non seulement l'avis des canonistes, mais aussi celui de nos Jurisconsultes¹³⁰⁴.

[Boullenois, observation XXIII] Le mariage étant du Droit civil de chaque Nation, par rapport aux formalités et aux conditions que la Loi de chaque Pays exige, il est bon et valable dans tout autre, dès qu'il a été une fois valablement contracté dans un Pays¹³⁰⁵.

2° Le Français, qui, se trouvant en pays étranger, y épouse une étrangère, suivant les formes consacrées dans le pays en question, est-il tenu de respecter les articles de l'Ordonnance de Blois et des lois subséquentes sur la nécessité du consentement parental ? Le cas n'est pas, en effet, si extraordinaire à concevoir, puisque ce consentement est exigé, selon l'Edit de 1556, jusqu'à l'âge de trente ans pour les garçons et vingt-cinq ans pour les filles. Bouhier rappelle quelle est la position de la jurisprudence dominante dans le Royaume :

LXIII. Mais la difficulté peut être plus grande dans le cas où un François étant allé dans un Pays étranger, sans aucun dessein de se marier, y trouve une fille, ou femme veuve, à son gré, la recherche en mariage et l'épouse, car, si ce mariage est célébré dans les formes usitées au Pays de cette femme, elle est censée [être] dans la bonne foi, n'étant pas obligée d'être instruite des Lois de France. Or, la bonne foi de l'un des contractants est extrêmement considérée, comme on sait, en fait de mariage.

LXIV. Je vois, en effet, que, toutes les fois que de pareilles questions se sont présentées dans les Parlements, les mariages de cette espèce y ont toujours été confirmés. Il y en a un premier Arrêt de celui de Paris, du 26 Mars 1624¹³⁰⁶, au sujet d'un jeune homme de la même Ville, âgé de dix-neuf ans seulement, et qui, ayant père et mère, s'était marié à leur insu, en Lorraine, avec une fille de ce Pays-là.

LXV. Il y en a un second du même Parlement, du 26 Juin 1634¹³⁰⁷, rendu en faveur de Marie le Merle, Savoyarde, que le sieur du Bail, François, âgé de vingt-six ans, avait épousée à Chambéry, sans publication de bans, et sans en avertir sa mère, qui impugnait ce mariage.

LXVI. Il y en a un troisième du Parlement de Provence, du 11 Juin 1662¹³⁰⁸, à l'égard d'un fils de famille, mineur, qui, étudiant à Avignon, y avait épousé une veuve, majeure, sans publication de

¹³⁰⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, op. cit., ch. XXVIII, n°59, p. 773. Le chapitre XXVIII traite « De la personnalité des Statuts qui regardent les formalités et l'authenticité des actes ». Dans le langage de Bouhier, « personnalité » signifie extraterritorialité. Il n'est donc guère surprenant de le voir tenir pour la *lex loci celebrationis*.

¹³⁰⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tome 1^{er}, titre II, chapitre III, observation XXIII, Paris, 1766, pp. 494-595 : c'est la conclusion que l'auteur tire d'une consultation rendue par les « anciens » du Barreau de Paris en 1740, qui déclarèrent que le mariage entre deux Français, majeurs et catholiques, en Angleterre, où ils étaient tous deux domiciliés, devant un ministre protestant était valable selon les lois d'Angleterre.

¹³⁰⁶ Pierre BARDET, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, éd. Berroyer, Paris, 1690 (t. 1), livre II, chap. XVII, pp. 167-169 ; Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1757, t. 1 (1622-1660), livre I, chapitre XXIV, p. 16 : arrêt *Mariage de Nancy* du Parlement de Paris, du 26 mars 1624.

¹³⁰⁷ Antoine LE MAISTRE, *Recueil de divers plaidoyers et harangues, prononcés au Parlement, par M^e Antoine Le Maistre*, Paris, 1652, second plaidoyer, pp. 67-137 : arrêt *Jean Le Bail* du Parlement de Paris, du 26 juin 1634. Antoine Le Maistre, qui représentait Marie le Merle, obtint donc gain de cause.

¹³⁰⁸ Hyacinthe DE BONIFACE, *Arrêts notables de la cour du parlement de Provence*, Lyon, 1708, t. 1, livre V, titre III, chapitre III, pp. 316-318, arrêt *Laget* du Parlement de Provence, du 11 juin 1662 : « Si le mariage d'un fils de famille Français, fait dans Avignon, et suivant les formes de ladite Ville sans proclamation de bans, et dispense d'iceux, et sans le consentement du père, est valable ». De manière remarquable, Antoine Laget, père de famille et appelant comme d'abus, faisait valoir, dans ses moyens, que : « la Loi du Prince suit le sujet partout, qu'il doit être puni par tout

bans, et sans que le père du jeune homme en eût été averti. Tant d'Arrêts uniformes semblent former une jurisprudence certaine en ce Royaume¹³⁰⁹.

Reprenant la question dans son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, à l'entrée « Mariage », Philippe-Antoine Merlin revient sur les solutions pratiquées dans l'Ancien Droit dans la section IV, § II, au n°9 et confirme le sentiment de Bouhier, en des termes très proches :

IX. Dans les pays où il n'y a point d'exercice de la religion catholique, un Français qui y réside peut se marier à une femme catholique ; le mariage, en ce cas, célébré par l'aumônier dans la chapelle d'un ambassadeur catholique, est valable, n'ayant pu être célébré autrement.

Observons, relativement à ces mariages célébrés en pays étrangers, que la bonne foi des parties contractantes est de la plus grande considération ; on ne se porte ordinairement à les annuler qu'autant qu'on y découvre le dessein de se soustraire à la rigueur des lois¹³¹⁰.

3° En revanche, jurisprudence et doctrine se détachent des solutions traditionnelles dès lors qu'ils abordent le sujet sensible qu'est la fraude à la loi française. Les atteintes au pouvoir du législateur français se font particulièrement sentir à propos des mariages contractés à l'étranger par des mineurs désireux d'échapper à la contrainte que représente le consentement des parents, mais elles ne sont pas moins avérées lorsque deux époux français – à la différence de l'hypothèse évoquée ci-dessus – se transportent à l'étranger aux fins de contourner ou de mitiger les formalités *ad validitatem* imposées par l'Ordonnance de Blois. Dans l'un et l'autre cas, les actes commis sont trop graves pour échapper à la sanction de la loi française : les Parlements, dépassant même la lettre de la loi, n'hésitent pas à prononcer la nullité de telles unions au nom de l'ordre public. C'est ce que rappellent Bouhier et Merlin, dans le prolongement des textes sus-cités :

[Bouhier] LX. Mais cela [*le respect dû à la lex loci celebrationis en matière de formes du mariage*] s'étend-il aux précautions qui ont été sagement prises par les Ordonnances de nos Rois pour empêcher le mariage des enfants de famille, sans l'aveu de leurs pères et mères, ou des mineurs sans le consentement de leurs tuteurs et curateurs ? Il semble qu'il y ait un grand inconvénient à en dispenser des jeunes gens qui, pour éluder les Ordonnances, iraient se marier chez les Etrangers, soit avec une Etrangère, soit même avec une Française.

LXI. Pour en dire mon sentiment, je crois qu'il serait trop dangereux d'autoriser un Français et une Française, qui, ayant envie de se marier ensemble, et craignant quelque obstacle de la part de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs, iraient, de concert, contracter mariage dans un Pays où nos Ordonnances, à cet égard, ne sont pas suivies ; car c'est une règle du Droit canonique même, que « ce qui est défendu par une voie, ne doit point être admis par une autre » : *Quum quid unâ viâ prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti*¹³¹¹. Leur mauvaise foi fait qu'ils ne méritent aucune indulgence.

contrevenant à icelle, soit en France, soit dans Avignon ; et ainsi, si la Cour a préjugé qu'elle était Juge de ces parties, c'est une suite infaillible qu'elle les doit juger selon nos Lois et Ordonnances, auxquelles, ayant été contrevenu, l'appellation comme d'abus est infaillible ; et c'est par cette raison que les coupables du crime de duel ne sont pas moins punis pour s'être battus hors de la Monarchie, autrement il s'ensuivrait que la Loi du Souverain pourrait être éludée par l'artifice des sujets... ». Il ne fut pas suivi par la Cour.

¹³⁰⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne, op. cit.*, ch. XXVIII, n°63-66, p. 774.

¹³¹⁰ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1813 (4^e éd., t. 8, March.-Oy.), V° « Mariage », section IV, § II, n°9, p. 66, qui reprend en substance, sur cette question, l'article consacré au mariage par l'avocat Montigny dans le *Répertoire Guyot*. Sur Merlin, voir Jean-Jacques CLERE, « Merlin, Philippe-Antoine, dit Merlin de Douai », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 726-728.

¹³¹¹ BONIFACE VIII, *Liber sextus*, livre cinquième, *De regulis juris*, canon 84 (*Liber sextus decretalium D. Bonifacii Papae VIII. ; Clementis Papae V. constitutiones ; Extravagantes tum viginti D. Ioannis Papae XXII. Tum communes*, Lyon, 1584, t. 2, coll. 853-854).

LXII. On en peut dire autant d'un fils de famille Français, qui, trouvant une Française dans les Pays étrangers, l'épouserait à l'insu de ses père et mère. Ce fut vraisemblablement le motif de l'Arrêt du Parlement de Paris¹³¹², du 19 février 1664, qui cassa le mariage d'un jeune homme, quoique âgé de vingt-sept ou vingt-huit ans, avec une Française qu'il avait trouvée à Besançon, car l'un et l'autre étaient soumis aux Ordonnances de France, et devaient en savoir la teneur¹³¹³.

[Merlin] IX. Il arrive souvent que des particuliers, pour échapper à la rigueur de l'édit de 1697¹³¹⁴, vont se marier en pays étrangers ; mais cet éloignement de leur patrie ne les excuse pas, si l'on prouve qu'ils ont eu pour but de frauder cette loi. En vain disent-ils que, leurs Mariages ne s'étant pas faits en France, mais en pays étrangers, ils n'ont pas été obligés d'observer les lois de France pour la forme de leurs Mariages, laquelle se règle, quant aux contrats, par les lois du lieu où il se passe : on leur répond que la célébration en face de l'Eglise par le ministère du curé, n'est pas une pure forme d'acte, mais une obligation essentielle à laquelle ne peut les soustraire le séjour qu'ils ont fait en pays étranger ; d'ailleurs, la déclaration du 16 juin 1685¹³¹⁵ prévient toute difficulté, par la défense qu'elle fait à tous Français, de se marier en pays étranger sans la permission du roi, « à peine d'être déclaré atteint et convaincu d'infidélité envers nous et l'Etat, de confiscation de corps et de biens »¹³¹⁶.

Ces situations ont donné lieu à des arrêts fameux du Parlement de Paris, qui ont fourni l'occasion à d'aussi illustres avocats généraux que Louis Servin¹³¹⁷, Jérôme Bignon¹³¹⁸ et Guillaume-François Joly de Fleury¹³¹⁹ de rappeler que la législation matrimoniale était, dans leur pensée, d'ordre public à l'égard des Français.

Ainsi, le bénéficiaire qu'un mariage impliquant un Français (ou une Française) mineur prétend retirer de l'application de la loi étrangère doit s'effacer devant l'application immédiate de la loi française. En adéquation avec la jurisprudence sur les « rapt de séduction », les parlementaires tendent à assimiler le consentement des parents à une condition de fond du mariage, dont la violation appelle, par le moyen de l'appel comme d'abus, la nullité. En particulier, les réquisitoires de Joly de Fleury, à propos des arrêts de 1711 portant sur le mariage de mineurs à l'étranger, ne laissent aucun doute sur le caractère de « lois de police » qu'il attribue aux articles de lois relatifs au consentement des parents, car la gravité de l'atteinte portée à la société française est encore plus durement ressentie lorsqu'il s'agit ainsi de commettre une injure envers la toute puissance paternelle, qui n'est jamais que la reproduction *in parvo* de la toute puissance du monarque absolu : en effet, s'en prendre à la puissance des pères, c'est s'en prendre à l'Etat. Ainsi, de même, le bénéficiaire que deux époux français, convolant en justes noces à l'étranger, en se plaçant sous les

¹³¹² Lucien SOEFVE, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables tant de droit que de coutumes*, Paris, 1682, t. 2, centurie III, chapitre IV.

¹³¹³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, *op. cit.*, ch. XXVIII, n°63-66, pp. 773-774.

¹³¹⁴ François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XX (juin 1686 – septembre 1715), Paris, 1829, pp. 287-291 : « Édit portant règlement pour les formalités des mariages », Versailles, mars 1697.

¹³¹⁵ François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XIX (janvier 1672 – mai 1686), Paris, 1829, p. 510 : « Déclaration sur les édits d'août 1669, 18 mai 1682 et dernier mai 1685, portant défenses aux pères de famille, tuteurs et curateurs, de consentir au mariage de leurs enfants et pupilles en pays étranger, à peine de galères perpétuelles contre les hommes, de bannissement à perpétuité contre les femmes et de confiscation de biens », Versailles, le 16 juin 1685.

¹³¹⁶ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1813 (4^e éd., t. 8, March.-Oy.), V^o « Mariage », section IV, § II, n°9, p. 66.

¹³¹⁷ Marie-France RENOUX-ZAGAME, « SERVIN, Louis », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 928-929.

¹³¹⁸ Marie-France RENOUX-ZAGAME, « BIGNON, Jérôme », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 110-111.

¹³¹⁹ David FEUTRY, « JOLY DE FLEURY, Guillaume-François », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 559.

auspices d'une loi étrangère, prétendent retirer de leur manœuvre frauduleuse, ne méconnaît sans doute pas l'application de la loi française, mais il se voit frappé de nullité dès lors qu'il s'agit de faire sortir les effets d'un tel mariage en France.

En résumé, les dispositions législatives qui exigent le consentement des parents, considéré comme condition de fond du mariage, sont tenues pour « lois de police » ; celles qui sont relatives aux formes du mariage, même *ad validitatem*, demeurent soumises à la règle de conflit donnant compétence à la *lex loci celebrationis*, mais ont vocation à prévaloir sur la loi étrangère dès que les conditions d'une fraude à la loi française sont remplies, frappant l'union en cause d'une nullité absolue.

b) Le verdict de la jurisprudence : les arrêts du Parlement de Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles, entre loi de police et fraude à la loi.

Les grands principes énoncés en matière de mariage de Français à l'étranger ont, tous, connu leur consécration à travers la jurisprudence, et, plus particulièrement, celle du Parlement de Paris, qui a rendu une suite d'arrêts, aux XVII^e et XVIII^e siècles, qui a permis de dessiner les contours d'un ordre public matrimonial, destiné à obvier à tous les cas de *fraus legis* dirigés à l'encontre d'une législation royale qui entend protéger les familles et la vision de la société française qu'elle porte avec tant de vigueur.

Le mariage des mineurs à l'étranger est un cas de figure qui retient volontiers l'attention des arrêtistes, qui n'hésitent pas à retranscrire en détail les plaidoiries des avocats et les réquisitoires des avocats généraux. Dans ce dernier exercice, Guillaume-François Joly de Fleury s'illustre particulièrement en se faisant le porte-voix de la législation royale et le relais d'un gallicanisme juridique qui défend sa singularité face aux prescriptions tridentines. C'est ce qu'attestent deux arrêts rendus par le Parlement de Paris, les 16 juillet et 19 décembre 1711, en appel comme d'abus, dans lesquels les juges suivent les conclusions de l'avocat général, qui déclaraient abusifs les deux mariages concernés.

Le premier arrêt, *Trottin-Désert*, longuement rapporté dans le *Journal des Audiences*¹³²⁰, retraçait l'histoire mouvementée de Symphorien Trottin-Désert, né en 1689 à Beauvais, qui, ayant fui tôt le domicile de sa mère veuve, avait vécu une vie d'aventures, qui l'avait conduit à s'enrôler dans les troupes des Provinces-Unies, alors en guerre contre la France. Lors de l'une de ses garnisons, il avait fait connaissance, à Breda, dans le Brabant-des-Etats, de Elisabeth de la Prairie, issue d'une famille huguenote du Refuge et citoyenne de la ville de Wesel (Brandebourg-Prusse puis Royaume de Prusse) et en eut un enfant le 26 mai 1709. Un mois plus tard, le 25 juin, il l'épousa à Ostende, dans les Pays-Bas méridionaux, devant un prêtre catholique et deux témoins, conformément aux exigences du concile de Trente, Elisabeth ayant, semble-t-il, abjuré sa foi luthérienne pour embrasser la religion catholique. Trottin-Désert obtint la permission de rentrer en France et s'installa à Paris en laissant derrière lui femme et enfant. Elisabeth de la Prairie se transporta à Paris pour y retrouver son mari déserteur, qui la reçut comme sa femme et confirma leurs liens par un acte notarié du 25 juillet 1710. La veuve Désert, mère de Symphorien, trouvant grand déplaisir à une telle union, qui lui paraissait une mésalliance, obtint le 29 janvier 1711, par arrêt, d'être reçue appelant comme d'abus de l'union entre son fils et Elisabeth de la Prairie.

¹³²⁰ Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1751, t. 6 (1711-1717 par Michel DU CHEMIN), livre I, chapitre XXVIII, pp. 142-148 : arrêt *Trottin-Désert* du Parlement de Paris, du 16 juillet 1711. Toutes les citations insérées dans le corps de texte sont tirées des conclusions de l'avocat général.

Après avoir entendu les plaidoyers des avocats des deux parties, Joly de Fleury part du principe que, lorsqu'on s'attache aux moyens comme d'abus les plus sérieux qui sont allégués en la cause (la publication des bans, la présence du propre Curé, le nombre des Témoins, et le consentement de la mère), « il faut » les « examiner sous deux vues. La première, par rapport aux Lois du Pays où le mariage avait été célébré. La seconde, par rapport aux Lois du Royaume ». Après avoir constaté que les lois d'Ostende, lieu de célébration du mariage, tenaient celui-ci pour valable, les prescriptions du Concile de Trente ayant été dûment respectées et le consentement de la mère n'étant pas exigé par les canons de l'Eglise, il relève qu'au regard des lois qui ont cours en France, tous ces moyens comme d'abus sont autant de motifs graves de requérir l'annulation : « si on jugeait suivant les Lois du Royaume, le mariage était nul ; que, si on jugeait suivant les Lois des Pays-Bas, le mariage était valable. Qu'il restait donc de savoir lesquelles on devait suivre. »

En ce qui concerne l'acte en lui-même par lequel les parties se sont engagées en mariage, les formalités de ce dernier doivent être réglées suivant les lois des Pays-Bas. Mais Joly de Fleury ajoute qu'il en va autrement de la qualité des parties à l'acte qui doit s'apprécier suivant la loi de leur domicile¹³²¹. Le consentement des parents est une question de « pure capacité de la Partie contractante » en cas de minorité et, même, « l'objet du mariage » : si une des parties est sous la puissance d'autrui, elle n'est pas libre de s'engager¹³²². Relevant que ses prédécesseurs, Louis Servin et Jérôme Bignon, avaient conclu à la nullité de telles unions dans des espèces similaires et n'avaient pas été suivis par la Cour, eu égard à certaines circonstances particulières, il conclut ainsi, en soulignant la nécessité d'annuler ce genre de mariage qui, non contents de bafouer la puissance paternelle, laissent subsister une insupportable inégalité de conditions entre les deux époux :

¹³²¹ En effet, la loi applicable aux conditions de fond du mariage, et, en particulier, la capacité matrimoniale, est la loi du domicile du futur époux ou, s'il est encore en puissance d'autrui, la loi du domicile de ses parents au moment du mariage. C'est ce que rappelle expressément Guillaume-François Joly de Fleury (*eod. loc.*) : envisageant le mariage sous l'angle d'un acte, il rappelle que « à l'égard des Parties, c'est le lieu de domicile des Parties, parce que c'est la Loi, sous la bonne foi de laquelle ils vivent, sous laquelle ils font partie de la société civile ; ainsi, la majorité est différente suivant les différentes Coutumes, et se règle suivant le domicile de la Partie » et ajoute, plus loin, que : « ce qui [ôte] toute sorte de doute, c'est qu'il ne faut pas regarder cette capacité comme une capacité absolue qui ne regarde que la Partie qui contracte ; c'est une capacité relative qui dérive de la puissance paternelle qui regarde le père et mère, c'est donc une circonstance qui ne doit se régler, ni par la Loi du lieu où l'Acte a été passé, ni par la Loi du lieu où la Partie demeurerait ; mais par la Loi du lieu qui doit régler la puissance paternelle ; or, quelle est la Loi qui doit régler la puissance paternelle, si ce n'est celle du lieu où le père ou la mère étaient domiciliés ? Toute la puissance paternelle réside dans le père et dans la mère, c'est eux qu'elle regarde, c'est donc uniquement la Loi de leur domicile qui doit la régler, partout où va le fils, il ne peut changer l'état de ses père et mère, la puissance paternelle ne dépend point du fils en aucune manière, puisqu'elle réside uniquement dans la personne des parents, elle dépend d'eux, et ne peut se régler que par la Loi de leur pays ».

Trottin-Désert, étant encore mineur lors de son mariage, puisqu'il était âgé de vingt ans, était sous la puissance d'autrui. N'ayant pas abandonné son domicile, il se rattachait encore au domicile de sa mère. Selon Joly de Fleury, ce qui est en jeu ici, « c'est la puissance paternelle, c'est donc le lieu où cette puissance paternelle agit, et où elle réside qui doit régler. Ainsi, de quelque manière qu'on l'envisage, il faut suivre la Loi du Royaume pour la puissance paternelle, et de là, le défaut de consentement détermine en sa faveur » (c'est-à-dire en faveur de la mère).

¹³²² Louis BOULLENOIS, dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tome 1^{er}, titre II, chapitre III, observation XXIII, Paris, 1766, pp. 495-496, ne dit pas autre chose à propos de l'arrêt *Mariage de Nancy*, de 1624 : « la minorité, dans nos mœurs, rend le mineur incapable de contracter mariage sans le consentement de ses père et mère, ou de son tuteur. Cette incapacité affecte le mineur, et elle se prend du domicile. Le jeune homme, que nous supposons mineur, ne pouvait avoir d'autre domicile que celui de ses père et mère ; ç'aurait donc été par la Loi de France, qu'il eût fallu décider la question ; et par les Lois du Royaume, le mariage était abusif audit cas de minorité. Il ne faut pas croire qu'un mineur puisse ainsi se soustraire à l'autorité de ses père et mère, en allant dans un Pays étranger, pour contracter un mariage contre leur gré et leur consentement ». Contrairement à ce qu'affirme Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, op. cit., pp. 223-226, à la suite d'une interprétation erronée des arrêts qu'il évoque et d'une équivoque sur les propos tenus par BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, op. cit., ch. XXVIII, n°63 (voir, *supra*, pp. 524-526), les conditions de fond du mariage ne se règlent pas par la *lex loci celebrationis*, mais bien par la loi du domicile, ainsi que le soutient Boullenois.

Que ces maximes [sur le rôle d'un avocat général en cour de Parlement], dont il ne s'écarterait jamais, ne s'opposaient point aux réflexions qu'il avait faites à la Cour dans la cause où il ne s'agissait point d'une question particulière qui n'intéressât que des personnes privées, mais qu'il s'agissait d'une question toute d'ordre public qui intéressait les bonnes mœurs, que ce n'était point lui qui réclamait l'autorité de la Cour, mais que c'était l'intérêt de la puissance paternelle, le bon ordre, et la police du Royaume qui demandaient la protection de la Cour¹³²³.

En se prononçant dans le sens des conclusions de Joly de Fleury et en décidant qu'il y avait « abus dans la célébration du mariage », le Parlement de Paris semble s'être rallié à l'idée selon laquelle le mariage d'un mineur à l'étranger, s'il est célébré sans qu'ait été obtenu le consentement de ses père et mère, est un danger qu'il faut guérir et même prévenir, parce qu'il en va de la puissance paternelle et, donc, « d'une question toute d'ordre public qui intéressait les bonnes mœurs... et la police du Royaume »¹³²⁴. Les articles 40 et suivants de l'Ordonnance de Blois et tous ceux qui, postérieurement, les ont repris sont donc des lois de police, qui regardent toute atteinte à la puissance paternelle comme une atteinte d'ordre public.

Le second arrêt, *Billet*, intervient quelques mois après le premier, le 19 décembre 1711, et offre, de nouveau, l'occasion à l'avocat général Joly de Fleury de s'illustrer au service de la défense de la législation française sur l'obligation de requérir le consentement de ses parents, pour remédier aux mariages viciés par un rapt de séduction. Les faits étaient très similaires à ceux de la première espèce : Catherine Lecouvreur, veuve Billet, avait eu des raisons de se plaindre des agissements de Marie-Elizabeth Moreau, majeure et originaire de Binche, dans le Hainaut (Pays-Bas méridionaux), qui avait convaincu son fils mineur, Jean Billet, de l'épouser sans demander son consentement à sa mère. De fait, Marie-Elizabeth et Jean s'étaient enfuis à Bruxelles pour s'y marier le 15 avril 1710, sans respecter aucune des formalités prescrites par le Concile de Trente, en vigueur à Bruxelles, excepté la présence de deux témoins. Revenu à Paris avec son épouse, le fils Billet avait tout avoué à sa mère, qui avait « fait ses protestations contre le rapt de séduction » et le défaut de consentement devant la Cour de Parlement. Amené à se prononcer sur le moyen comme d'abus ainsi invoqué, l'avocat général Joly de Fleury rappelle, d'emblée, conformément à la ligne de conduite qu'il avait adoptée de son précédent réquisitoire :

Que toutes les Nations policées ont considéré le mariage comme l'engagement le plus important de la société civile, puisqu'il tend à perpétuer l'ouvrage le plus parfait du Créateur, qu'il produit des enfants aux pères de familles, des sujets à l'Etat, et des fidèles à l'Eglise.

Et quoiqu'à ne considérer le mariage que par le droit naturel, le seul consentement libre des Parties dût former l'engagement, l'intérêt de la Religion, celui de l'Etat, la Police des familles qui le composent, tout a concouru (avant même qu'il fût élevé à la dignité de Sacrement par la loi de J.C.) à imposer à ce Contrat par les Lois divines et humaines de certaines conditions, sans lesquelles le mariage n'était point regardé comme un véritable engagement¹³²⁵.

De ces prémisses, il infère que :

...le mépris fréquent de l'autorité de père et mère, la clandestinité des mariages qui empêchait de pouvoir distinguer la dignité du Sacrement de la honte du concubinage, les alliances honteuses et

¹³²³ Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1751, t. 6 (1711-1717 par Michel DU CHEMIN), livre I, chapitre XXVIII, p. 147.

¹³²⁴ Comp., *supra*, p. 523, note 1301.

¹³²⁵ Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1751, t. 6 (1711-1717 par Michel DU CHEMIN), livre I, chapitre XLIX p. 160.

inégales si préjudiciables aux familles et à l'Etat, ont réveillé l'attention des Législateurs... Que, depuis que nos Rois et les Empereurs eurent embrassé le Christianisme, les Lois Civiles se réunirent aux Lois de l'Eglise, pour empêcher les mariages clandestins, et le mépris de la puissance paternelle... Qu'ainsi, les Lois des Empereurs ont également condamné le rapt de violence et le rapt de séduction, elles ont requis le consentement des parents pour les enfants de famille, les Lois de l'Eglise ont suivi ces dispositions, et les Lois de ce Royaume s'y sont conformées¹³²⁶.

Constatant, en l'espèce, qu'il ne pouvait être prouvé que la veuve Billet ait donné un véritable consentement « tel que les lois l'exigent », ou, tout au plus, qu'elle ait donné un consentement « envers une personne en particulier », l'avocat général en déduit que ce défaut, qu'il soit envisagé de concert ou non avec le rapt de séduction, qui « renferme un mépris de l'autorité paternelle, [et] a été considéré comme un crime qui méritait les plus grandes peines, et comme un obstacle principal au mariage », constitue, dans tous les cas, une violation de l'une des conditions les plus essentielles du mariage. Il conclut en estimant qu'il y a lieu, en l'espèce, de dire que l'union était abusive. Le 19 décembre 1711, le Parlement se range aux conclusions de l'avocat général et rend un arrêt conforme.

Cette jurisprudence du Parlement à l'égard des mariages de mineur à l'étranger s'inscrit dans la continuité de celle sur le rapt de séduction et, mise en parallèle avec les solutions plus libérales du XVII^e siècle¹³²⁷, semble traduire un infléchissement des magistrats vers plus de sévérité et plus d'intransigeance envers des unions aussi suspectes : les juges rejoignent les préoccupations exprimées de longue date par les avocats généraux et, à travers ces derniers, la monarchie. De ce point, leur lutte contre les *fraudes legis* auxquelles se prêtent les mineurs désireux d'échapper aux oppositions familiales s'accorde, en tous points, avec le renforcement du dispositif législatif mis en place en l'Etat pour s'assurer le contrôle du mariage et, par-là même, la « paix des familles » dont il n'y a pas lieu de douter qu'ils entrent dans le champ de compétence de la « police du Royaume ».

Le mariage à l'étranger de deux Français, qui méconnaissent sciemment les conditions de forme déterminées par la loi française, est un point de comparaison intéressant par rapport à l'hypothèse du mariage du mineur, qui sollicite avec une grande tension les exigences de l'ordre public et de la police du royaume. Le cas de figure présentement abordé conduit à s'interroger sur la portée et les limitations à accorder à la règle de conflit théoriquement applicable : la *lex loci celebrationis*. Au regard de la législation et de la jurisprudence de l'Ancien Droit, le mariage à l'étranger n'est pas traité avec défaveur, puisqu'il n'est pas expressément prohibé, mais avec une méfiance qui explique le contrôle rigoureux qu'instaure la Déclaration royale de 1685, évoquée par Merlin dans son *Répertoire*¹³²⁸. Le but est de lutter contre les fraudes, par deux époux français, aux

¹³²⁶ Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1751, t. 6 (1711-1717 par Michel DU CHEMIN), *eod. loc.*

¹³²⁷ Ces solutions plus « libérales » appellent, à la vérité un examen plus approfondi. Bouhier rapporte (*supra*, pp. 524-528) un arrêt du Parlement de Paris, du 19 février 1664, *Mariage de Besançon*, qui cassa un mariage entre deux Français à Besançon pour défaut de consentement parental, constituant une violation des lois du Royaume. Dans l'arrêt du 26 mars 1654, *Mariage de Nancy*, invoqué par tous les auteurs sur la question, et rapporté par du Fresne et Bardet, le mariage du jeune Français, cheveu-léger du duc de Lorraine, avec une demoiselle de bonne condition, originaire du duché, ne s'est vu sauvé, malgré les conclusions contraires de Servin, que parce qu'il n'y avait point inégalité de conditions et de biens. Les arrêts plus libéraux du XVII^e siècle sont évoqués par Bouhier (outre celui du 26 mars 1624, arrêts des Parlements de Paris, 26 juin 1634 et de Provence, 11 juin 1662 *supra*, pp. 525-526) et par Joly de Fleury, lui-même, dans ses conclusions sur l'arrêt *Trottin-Désert*, dans lesquelles il se livre à une courte analyse à leur sujet (outre celui du 26 mars 1624, arrêts du Parlement de Paris des 26 mars 1654 et 20 mai 1667, avec références) : voir, à ce propos, Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1751, t. 6 (1711-1717 par Michel DU CHEMIN), livre I, chapitre XXVIII, pp. 142-148.

¹³²⁸ Voir, *supra*, p. 524 et note 1302, et p. 527, notes 1315 et 1316.

formalités légalement imposées par la loi française, consistant à contracter mariage dans un pays étranger pour contourner ces dispositions en s'abritant derrière le bénéfice de la *lex loci celebrationis*.

Pour illustrer les affaires dont ont été saisis les juges du Parlement de Paris, Merlin, dans son *Répertoire*, à l'entrée « Mariage », fait état de deux arrêts en date, respectivement, des 21 août 1723, *Religionnaires de Sedan*, et 16 mars 1725, *Charpentier*. Il suffit de les retranscrire tels que le célèbre juriste nous les livre :

Mais, lorsque la célébration du mariage hors du royaume est marquée au coin de la fraude, régulièrement, on en prononce la nullité.

C'est ainsi que, le mardi 21 août 1723, le parlement de Paris a rendu un arrêt sur les conclusions de M. Gilbert de Voisins, qui déclare nul le mariage contracté entre deux religionnaires domiciliés à Sedan, qui, n'ayant pu vaincre les difficultés du curé de leur paroisse, étaient allés se marier dans une église de Liège, où ils avaient fait, quelque temps auparavant, abjuration ; ils étaient aussitôt revenus à Sedan, où ils avaient toujours vécu comme mari et comme femme, et dans la plus grande union, tant entre eux qu'entre leurs parents réciproques. Le mari étant mort trente-deux ans après sans laisser d'enfants, une de ses sœurs, qui avait elle-même reconnu, et approuvé, le mariage par plusieurs lettres, en interjeta appel comme d'abus, pour frustrer la veuve de la jouissance d'un don mutuel. L'arrêt n'eut aucun égard aux fins de non-recevoir résultantes (*si*) de l'approbation de la sœur et du laps de trente-deux ans, elles ne purent militer contre l'abus qui se trouvait dans le mariage célébré hors de la présence du propre curé, ce défaut étant un vice essentiel qui avait rendu la célébration nulle dans son principe ; nullité que la plus longue prescription et la reconnaissance des parents n'avaient pu couvrir.

Un arrêt du 16 mars 1725, rendu à la grand'chambre de la même cour, sur les conclusions de M. l'avocat général Talon, a déclaré nul et abusif un mariage célébré en Angleterre, suivant le rit anglican, par un ministre protestant, entre un Français, majeur catholique, et une fille mineure, aussi catholique, née à Londres d'une Française réfugiée. Le mari, qui s'appelait Charpentier, était lui-même appelant de son mariage ; sa femme le soutenait non-recevable à vouloir détruire son propre ouvrage. M. Talon fit voir que, le moyen d'abus étant absolu, il pouvait être proposé par toutes sortes de personnes et par les contractants eux-mêmes¹³²⁹.

Dans le prolongement de l'arrêt *Trottin-Désert* du 16 juillet 1711, ci-dessus, qui relevait déjà le défaut de présence du propre curé pour les deux parties, qui ne pouvaient être considérées comme domiciliées à Ostende, où avait eu lieu la célébration, ces deux arrêts confirment que « ce défaut [est] un vice essentiel qui avait rendu la célébration nulle dans son principe ; nullité que la plus longue prescription et la reconnaissance des parents n'avaient pu couvrir ». Le premier cas, celui des *Religionnaires de Sedan*, est emblématique des dilemmes que rencontrent les protestants demeurés en France après l'Edit de Fontainebleau de 1685 lorsqu'ils n'ont plus d'autre choix que d'abandonner leur conviction religieuse pour se marier *in facie Ecclesiae* (exigence renforcée par l'obligation, faite par une ordonnance royale de 1667, de consigner le mariage sur les registres paroissiaux pour prouver l'état d'époux légitimes) ou de demeurer en concubinage. En dépit de leur abjuration, les deux religionnaires ne peuvent vaincre la résistance du curé de Sedan, ville de leur domicile, et doivent se rendre à Liège, principauté rattachée alors au Saint Empire¹³³⁰, pour y contracter un mariage catholique, espérant y trouver là la validité que le Royaume de France leur refuse. Ce faisant, ils s'exposent à violer la condition du mariage devant le propre curé et, de fait,

¹³²⁹ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1813 (4^e éd., t. 8, March.-Oy.), v^o « Mariage », section IV, § II, n^o9, p. 67. La solution aurait sans doute été différente s'il s'était agi de deux Français, majeurs et domiciliés en Angleterre : voir, *supra*, p. 525, note 1305.

¹³³⁰ La principauté de Liège est demeurée sous la gouvernance des princes-évêques de Bavière tout au long des XVII^e et XVIII^e siècles. L'arrêt étant de 1723, le mariage remonte, au plus tard, à 1691 et a, sans doute, été contracté entre 1685 (révocation de l'Edit de Nantes) et cette date.

cela justifie, aux yeux de l'avocat général de Voisins, l'annulation d'un mariage contracté *in fraudem legis* par l'arrêt du 21 août 1723. Que l'on se place du point de vue de la législation en vigueur à Liège, qui n'est autre que celle introduite par la Concile de Trente, ou du point de vue de la loi française, il demeure constant que les époux, n'ayant pas apporté la preuve de leur domiciliation à Liège, ne se sont pas mariés devant le *proprius parochus*. Dépassant la lettre même des textes royaux, l'arrêt prononce, suivant les conclusions de l'avocat général, la nullité du mariage pour violation d'une condition essentielle du mariage. Le second arrêt, *Charpentier*, prononcé par le parlement le 16 mars 1725, et dont les faits, plus succinctement rapportés, se prêtent moins aisément à l'interprétation, n'en demeure pas moins clair sur la question du propre curé : la difficulté de l'affaire réside, non pas dans la minorité de l'épouse, mais dans la célébration en Angleterre d'un mariage entre deux catholiques par un prêtre anglican. Dans ce cas, également, l'exigence du propre curé est ouvertement violée et sanctionnée par la même nullité absolue par application de la loi française, sans égards pour la *lex loci celebrationis*.

Les deux types de situation considérés – mariage d'un mineur à l'étranger sans consentement parental et mariage de Français à l'étranger en dehors de la présence du propre curé – se rejoignent, au moins, sur un point : leur contravention aux lois françaises sur le mariage, qui justifie pleinement leur annulation. Dans les deux cas, c'est un intérêt supérieur de la société, défendu, présentement, par le roi et ses juges, qui est invoqué pour aboutir à ces décisions radicales¹³³¹. Le mariage d'un mineur sans consentement parental touche directement à la « police du Royaume » et à la « police des familles », parce qu'il viole ce qui est perçu, à l'époque, comme une condition de fond de toute union matrimoniale, rappelée par les textes royaux. Le mariage en dehors de la présence du propre curé est à peine moins grave, puisqu'il constitue un mépris ouvert pour les formes du mariage imposées par ces mêmes textes et doit être, pour cela, sanctionné d'une nullité d'ordre public ; il peut même apparaître plus grave encore lorsqu'il est le fait de deux catholiques apostats qui se sont mariés en terre d'Islam, en vertu de la loi coranique, comme le prouve l'arrêt *Trouillard* du Parlement de Provence, du 7 mai 1667¹³³². Les arrêts sur la *fraus legis*

¹³³¹ Dans la même esprit, voir l'affaire de la *Comtesse de Bossu*, ressortissante des Pays-Bas espagnols, dont le mariage avec le duc de Guise, quoique célébré à Bruxelles en respectant les formalités du droit canonique, mais sans que le duc n'ait obtenu, en sa qualité de grand du Royaume, la permission du Roi de France, son souverain, avec qui il était en délicatesse. Le Parlement de Paris, le 5 janvier 1700, estime cette permission constitue une loi de police personnelle, qui s'ajoute aux exigences du droit canonique et dont la violation par ce mariage justifie de rendre la qualité d'épouse de la Comtesse de Bossu inopposable à l'ordre juridique français. Sur cette affaire, voir Henri-François D'AGUESSEAU, « Cinquante-septième plaidoyer », *Œuvres*, tome 5^{ème}, Paris 1819, pp. 328-513, et Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1785, 2^e édition (t. 11, Loer-Mutation), v^o « Mariage », p. 349. Voir aussi Jean-Paulin NIBOYET, « Le Chancelier d'Aguesseau et le droit international privé », *Revue critique*, n^o41, 1952, pp. 35-53.

¹³³² L'arrêt *Trouillard* du Parlement de Provence du 7 mai 1667 est représentatif du refus de la part des juridictions françaises de donner droit à une union qui est, en tous points, odieuse aux valeurs les plus fondamentales d'une société chrétienne. Cet arrêt qui est longuement rapporté par Hyacinthe de BONIFACE, dans ses *Arrests notables de la cour du parlement de Provence*, Lyon, 1708, t. 1, livre V, titre III, chapitre III, pp. 331-337, avec les plaidoiries des avocats, avait prononcé la nullité du mariage coranique contracté par un Français et une épouse italienne, convertis de force à l'Islam, à Istanbul où ils étaient retenus prisonniers, et, depuis, revenus à la religion catholique depuis leur retour en France. Brodeau, dans le *Recueil de plusieurs notables arrests donnés en la cour de Parlement de Paris*, de Georges LOUET, t. 2, Paris, 1742, Lettre M, « Mariage », Sommaire VI, n^o98, p. 137, en donne le résumé suivant : « il a été jugé par Arrêt du même Parlement [de Provence], rendu le septième jour de mai 1667 entre Paule de Rossi, de la ville de Ferrare en Sicile, d'une part, et le nommé Trouillard de la ville de Marseille, d'autre, que le mariage fait entre deux chrétiens renégats, à la façon des Turcs, était nul, après être retournés à la foi chrétienne ; mais, pour certaines considérations, la Cour condamna ledit Trouillard à faire à ladite de Rossi une pension viagère de cent livres par chacun an, comme aussi de nourrir et entretenir la fille provenue de ce mariage, et de la doter en temps et lieu, selon ses facultés ». S'il n'est pas possible de deviner quelles raisons, exactement, ont emporté la conviction des Parlementaires, il semble que tout militait, en l'espèce, pour qu'ils rejetassent la validité du mariage : autant les conditions de fond (deux époux relaps) que les conditions de forme (mariage devant le cadi) ne pouvaient les incliner à la tolérance.

s'inscrivent pleinement dans la politique menée par la monarchie absolue pour garantir l'ordre des familles et éviter que les volontés contraires des enfants ne viennent remettre en cause la toute puissance paternelle et, par extension, la toute puissance royale¹³³³.

2) Les effets personnels du mariage : la légitimation des enfants naturels.

La légitimation, par mariage subséquent ou par lettres du prince, est l'objet, sous l'Ancien droit, d'une défiance accrue de la part des familles et du pouvoir royal. En effet, les conditions toujours plus restreintes imposées à ceux qui aspirent à légitimer leur enfant né en dehors des liens du mariage ou à obtenir le bénéfice d'une légitimation indiquent que, dans l'esprit du temps, l'enfant naturel est perçu avec défaveur et hostilité par le nouvel ordre des familles que la monarchie tente de mettre en place : sa réinsertion dans le lignage ne doit, par conséquent, s'accorder qu'à titre exceptionnel¹³³⁴. Les raisons n'en tiennent pas seulement à la morale, mais également à la paix des familles, qui conditionne la paix sociale¹³³⁵ : en se voyant reconnaître des effets civils par la légitimation, le nouveau venu est susceptible d'apporter le trouble parmi l'ordre de succession et les arrangements patrimoniaux de la famille, voire le prestige de la condition, qu'il peut se voir reconnaître, en dépit de sa conception peccamineuse.

La légitimation par mariage subséquent, lorsque celui-ci se déroule à l'étranger, n'est pas celle qui, théoriquement, présente le plus de difficultés : à supposer qu'il y ait eu légitime mariage entre ses parents, la légitimation se règle suivant la loi personnelle de l'enfant et, par conséquent, de son domicile d'origine. Selon Boullenois, « l'enfant porte partout l'état et la condition dont il est par les lois de sa nation ». Ainsi, l'enfant né bâtard de parents anglais, vivant en concubinage en Angleterre, où l'institution même de la légitimation par mariage subséquent est ignorée, est destiné à demeurer bâtard partout où il se rend ou s'installe, y compris en France, sauf à ce que lui et ses parents se soient faits naturaliser français avant la célébration du mariage : devenus français, « ils sont rendus participants de tous les Droits ordinaires, et de Droit commun de la Nation ». Ainsi,

¹³³³ En vérité, le Parlement de Paris a déjà été, par le passé, et bien avant cette série d'arrêts, en mesure d'interférer avec la célébration d'un mariage d'une Française avec un étranger, en créant, de manière tout à fait exceptionnelle, dans le contexte de la Guerre de Cent ans, un empêchement à mariage tenant à la qualité d'Anglais, et donc, d'ennemi de la nation, du futur mari. Dans l'arrêt *Dowel dit Westeford* du 24 janvier 1437, la cour parisienne a pu, ainsi, interdire à une jeune fille française, Jeannette Roland, de se marier, contre le consentement de ses parents, à un soldat anglais, Gilbert Dowel dit Westeford, dont elle était tombée amoureuse : « La court ne permettra pas a ladicte Jehannette s'en aler avec ledit Vusteford et devenir anglesche durant la guerre et division d'entre le Roy et les Anglois ». En statuant ainsi, les magistrats parisiens n'ont pas eu peur d'aller à l'encontre du droit canonique et de créer un empêchement de nationalité pour interdire une union qui satisfaisait, par ailleurs, les exigences posées par l'Eglise. Certes, eu égard aux circonstances extraordinaires, l'arrêt a sans doute tout de l'arrêt d'espèce. Mais le raisonnement à l'œuvre dans cette affaire est bien celui qui préside aux « lois de police ».

C'est également l'intérêt public et la lèse-majesté qui justifient, peu de temps après, qu'une épouse française, mariée à un marchand lucquois, affidé aux Anglais, se vît confisquer ses biens pour avoir commis comme seul crime celui de rejoindre son mari, qui s'était installé à Rouen, auprès des Anglais. Dans un arrêt *Le Verrat* de janvier 1441, le Parlement a donc prononcé la confiscation des biens de Denise Le Verrat, épouse Bernardini, pour avoir préféré suivre son mari plutôt que son roi et avoir été ainsi rebelle à sa nation.

Sur ces deux affaires, voir André BOSSUAT, « L'idée de "nation" et la jurisprudence du Parlement de Paris au XV^e siècle », *Revue historique*, 1950, 74^e année, t. 204, pp. 54-61, dans lequel figurent, reproduites, les pièces de l'affaire *Dowel dit Westeford*.

¹³³⁴ Sur la légitimation dans l'Ancien droit français, voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., pp. 303-304.

¹³³⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tome 1^{er}, titre premier, chapitre II, observation IV, Paris, 1766, p. 62 : « Quant aux Statuts qui décident de la naissance légitime ou illégitime des enfants, ce sont ordinairement des Lois publiques et politiques de tout un Royaume ; et, en cette matière, il est une maxime, reconnue de toutes les Nations policées, qui est le repos et la tranquillité des états et des familles ».

encore, l'enfant né bâtard, en France, de parents français, qui ont, depuis, vécu en concubinage et se sont mariés en Angleterre, est admis à se réclamer comme leur héritier pour les biens qu'ils auraient laissés en France, conformément à ce qu'a décidé le fameux arrêt *Conty du Quesnoy* du 21 juin 1668 du Parlement de Paris¹³³⁶. Sur le fondement de cet arrêt, et en détournant quelque peu les faits de l'espèce, Boullenois estime que, l'enfant serait-il né en Angleterre et s'installerait-il en France après la mort de ses parents, il « serait difficile de ne pas l'admettre, à l'exclusion des collatéraux, en prenant des lettres de naturalité ». La solution prônée par l'avocat parisien, si elle ne fait pas l'unanimité¹³³⁷, a le mérite d'assurer la continuité du statut personnel de l'enfant et d'éviter toute variation de sa condition en fonction des déplacements de domicile de ses parents et, par conséquent, tout risque de fraude à la loi.

La légitimation par rescrit du prince ou par lettres, pour reprendre le vocabulaire de l'époque, se prête davantage encore à la suspicion, précisément parce qu'elle est, dans ce cas, accordée par un souverain étranger. Cette manifestation de la puissance suprême d'un prince est étroitement liée aux bornes de sa puissance et, dans l'esprit de l'époque, cette puissance ne saurait, d'elle-même, outrepasser les limites territoriales où s'exerce sa domination, au risque de préjudicier au pouvoir d'un autre souverain. Le double déclassement du *jus commune* et des puissances universelles au profit des droits particuliers et des autorités nationales a conduit les juristes à prendre le contre-pied de la conception développée par Balde en son temps¹³³⁸ et à défendre l'idée que, désormais, chaque autorité étatique possède le pouvoir d'accorder, par privilège, des lettres de légitimation à un enfant naturel qui en ferait la demande. Comme le reconnaissent déjà Bartole et Balde dans leurs commentaires sur la loi *Cunctos populos*¹³³⁹, la finalité d'une légitimation par lettres – prise dans sa seule dimension temporelle – est, principalement, d'établir une vocation successorale envers son auteur¹³⁴⁰ : dans ce cas, si l'autorité légitimatrice n'est

¹³³⁶ Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, t. 2, Paris, 1757 (1660-1674, par François JAMET DE LA GUESSIERE), liv. VII, ch. 17, p. 647 ; Georges LOUET, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnés en la cour de Parlement de Paris*, op. cit., lettre L., « Légitimation », Sommaire XIV, n°15, p. 72 ; Lucien SOEFVE, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables tant de droit que de coutumes jugées par arrêts d'audience du Parlement de Paris depuis 1640 jusques à présent*, Paris, 1682, t. II, centurie IV, chap. XX ; Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tome 1^{er}, titre premier, chapitre II, observation IV, Paris, 1766, p. 63 ; Philippe-Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1813 (4^e éd., t. 6, Ide. - Légitima.), v° « Légitimation », section II, § 2, n°13, pp. 864-865, et *Recueil alphabétique des questions de droit*, Paris, 1829 (4^e éd., t. 5, p. 148-152), v° « Légitimation » : arrêt *Conty du Quesnoy* du 21 juin 1668, du Parlement de Paris.

¹³³⁷ Ainsi MERLIN hésite-t-il, dans un premier temps, à suivre Boullenois, dont il est, pourtant, en matière de conflits de coutumes, l'un des plus fidèles disciples. Dans l'article « Légitimation » de son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (eod. loc.), il semble considérer que l'arrêt du 21 juin 1668 n'était qu'un arrêt de circonstance et que la solution aurait dû être différente. L'explication en réside certainement dans le fait que Boullenois est un partisan avéré du domicile d'origine et que Merlin a préféré raisonner en ayant à l'esprit la solution traditionnelle qui donnait compétence, en matière d'état des personnes, au domicile actuel. Les considérations tenant à la nationalité semblent, pourtant, avoir été décisives dans l'arrêt *Conty du Quesnoy*. Cependant, dans l'article « Légitimation » de ses *Questions de droit* (eod. loc.), il reprend longuement la question pour, finalement, adopter une position identique à celle que défendait l'avocat parisien, sous l'influence de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, qui consacre la loi nationale comme loi personnelle des Français.

¹³³⁸ Sur l'argumentaire de Balde sur la légitimation par lettres dans sa *Lectura* sur la loi *Cunctos populos* (C. 1.1.1.), voir, supra, pp. 105-108 : Balde voit dans la légitimation une disposition permissive dont la mise en œuvre, en raison de la gravité des effets qu'elle emporte, ne peut appartenir qu'à un prince, spirituel ou temporel, revêtu de la *plenitudo potestatis*.

¹³³⁹ BARTOLE, commentaire *ad legem Cunctos populos* (C.1.1.1.) sur la glose *Quod si Bononiensis*, op. cit., n°41 ; BALDE, *Lectura* sur la loi *Cunctos populos* (C.1.1.1.), op. cit., n°63-71 : « l'effet de la légitimation est la vocation successorale » (n°64, traduction Bertrand ANCEL précitée).

¹³⁴⁰ Dans son *Répertoire*, v° « Légitimation », section III, § 2, op. cit., p. 882, Philippe-Antoine MERLIN note que la légitimation par lettres n'a pas, comme en disposaient, à l'origine, les Novelles 74 et 89 sur la légitimation par rescrit du prince, les mêmes effets que la légitimation par mariage subséquent : en effet, « notre jurisprudence ne s'accorde pas avec ces lois. La légitimation par lettres, dit M. d'Aguesseau, « n'est pas si parfaite et ne produit pas de si grands effets

pas l'Empereur, le bénéfice ainsi accordé se borne nécessairement aux seuls biens qui se trouvent dans le territoire soumis à sa domination. Mais son application rigoureusement territoriale s'explique également par des considérations fiscales : le risque serait trop grand pour un souverain, nous dit Jean Voet, de laisser la légitimation octroyée par un prince étranger produire ses effets sur son territoire, de se voir frustré de ses droits (comme le droit d'aubaine en France) lors de l'ouverture d'une succession sans héritiers légitimes, qui, au lieu de demeurer en déshérence, serait acquise par un héritier opportunément légitimé¹³⁴¹. La fraude à la loi est une des raisons qui militent pour cantonner ce qui est, en théorie, un statut personnel à la plus stricte territorialité, car un héritier étranger ne doit pas pouvoir, en vertu d'un artifice dont la maîtrise échappe entièrement au pouvoir du souverain local, prétendre à une succession qui lui serait fermée en vertu du droit qui a cours dans le lieu où elle est appelée à prendre place.

La jurisprudence et la doctrine de l'Ancien droit, telles qu'elles nous sont rapportées par Boullenois et Merlin, partagent pleinement cette manière de voir, en traitant cette modalité de légitimation comme une disposition exceptionnelle qui doit impérativement se renfermer dans le territoire de l'autorité qui l'accorde, parce que la création d'une vocation successorale conduit, précisément, à privilégier le bien sur la personne. C'est ce caractère exceptionnel, motivé par des considérations réelles, que souligne Louis Boullenois en abordant le sujet dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* :

Mais il y a des légitimations qui sont vrais privilèges ; et, à cet égard, ces légitimations étant fondées sur la seule volonté et la puissance extraordinaire du Prince, elles sont renfermées dans l'étendue de sa domination, et n'ont pas d'effet ailleurs. *Coarctantur territorio*, et d'ailleurs, *nunquam conceduntur in forma plenae restitutionis natalium, sed potius dispensative, saltem cum clausulis modificativis*. *Mol. nov. cons. 13, gloss. 1^a. n. 43*¹³⁴². C'est dans ce sens que je crois que Godefroy, sur la Loi, a dit d'après Barthole, *legitimum Romae testamenti, haereditatis et honorum Romae capacem esse, alibi non esse*¹³⁴³. Je l'entends d'un légitimé par puissance extraordinaire, et non pas par le Droit commun de la Nation. Et la raison en est, que ces sortes de légitimations privilégiées, *non dantur personae respectu ipsius, sed respectu alicujus rei particularis*. Voyez M. le Bret, en ses *quest. notabl. liv. 3, décis. 7*^{1344, 1345}.

que la légitimation par mariage subséquent ; elle efface, à la vérité, la tache que la naissance du bâtard lui avait imprimée : elle lève l'incapacité qu'elle trouvait en sa personne, de recevoir des dispositions universelles de son père et de sa mère ; elle le rend capable de posséder des offices ; mais, pour la capacité de succéder ab intestat à ses parents, elle ne la lui donne, que lorsque ceux auxquels il peut succéder ont consenti à sa légitimation » ». La citation de Henri-François D'AGUESSEAU est tirée de sa *Dissertation sur les bâtards* (*Œuvres du chancelier d'Aguesseau*, éd. Pardessus, Paris, 1819, t. 7, pp. 597-598).

¹³⁴¹ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, n°7 *in fine*, dans lequel il refuse toute extraterritorialité de principe aux statuts personnels.

¹³⁴² « Les légitimations se resserrent dans les limites du territoire... et elles ne sont jamais accordées de manière à rappeler les naissances légitimes, mais plutôt pour la forme, du moins avec des clauses qui modifient l'état » : Boullenois reprend ici, en y ajoutant les termes *coarctantur territorio*, l'opinion émise par Charles DUMOULIN dans ses *Commentarii in consuetudines Parisienses*, au titre premier « Des fiefs », en son article XIII (8 de l'ancienne coutume), dont la première glose porte sur les termes « fils aîné », plus particulièrement au numéro 43 (Charles DUMOULIN, *Caroli Molinaei omnia quae extant opera ex variis librorum*, t. 1, Paris, 1658, p. 470).

¹³⁴³ « [Bartole] dit que celui qui est légitimé à Rome est capable de faire un testament, de venir à la succession en tant qu'héritier et d'accéder aux honneurs à Rome, mais non pas à l'étranger », selon l'annotation, faite par Denys GODEFROY, de la loi *Extra territorium* du Digeste (D. 2.1.20.) dans son édition du *Corpus juris civilis* (t. 1, Naples, 1828, p. 252), à propos de laquelle il se réfère au commentaire de Bartole sur la loi *Cunctos Populos*, qui considère que la légitimation est de droit strict et qu'elle ne s'étend pas à ce qui est en dehors du pouvoir de l'autorité légitimatrice (§ 41). Sur ce passage de Bartole, voir Bertrand ANCEL, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos populos* », *op. cit.*, n°40-41.

¹³⁴⁴ « Elles ne sont pas accordées en considération de la personne même, mais en considération du bien particulier qu'elle possède ». Boullenois se réfère à Cardin LE BRET, qui, dans ses *Décisions de plusieurs notables questions traitées en l'audiance du Parlement de Paris*, au livre III, question VII, rapporte un arrêt du 4 mars 1613, *Champ-Gaillard*, du nom de ce

Une légitimation par « puissance extraordinaire » du prince n'entre pas dans le cadre du « droit commun de la Nation », parce qu'elle est une faveur accordée à un sujet, à titre de privilège. Cette faveur, étroitement corrélée aux pouvoirs régaliens du souverain, ne peut avoir d'autre étendue que celle que connaît la domination de celui-ci : par nature, elle n'est pas opposable à un souverain étranger, ni invocable devant une juridiction étrangère, envers laquelle elle n'aura aucun effet. Ainsi, les cours de Royaume de France ne donneront crédit qu'aux lettres de légitimation qui ont été délivrées par le Roi de France et dénieront toute valeur à celles qui émaneraient d'une puissance étrangère. L'ordre public n'aurait même pas à intervenir dans ce cas, puisque cette maxime constante qui restreint ce statut permissif aux confins du périmètre de domination du souverain qui l'a édicté s'oppose invinciblement à ce qu'il porte ses effets à l'étranger : la logique inhérente aux lois de police semble, en l'occurrence, pleinement à l'œuvre pour perpétuer ce refus de la pénétration de la disposition étrangère sur le territoire.

Après avoir expliqué, au paragraphe CXXVIII du chapitre XXIV de ses *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, que le droit canonique offrait un bel exemple « d'égard mutuel que les puissances ecclésiastiques et séculières ont les unes pour les autres, et qu'il est de leur intérêt d'entretenir » en autorisant le bâtard qui a obtenu une dispense d'un évêque pour prendre les ordres sacrés à les recevoir dans un autre diocèse, dans lequel le premier évêque n'a, par définition, aucune autorité, le président Bouhier extrapole le raisonnement au droit laïc et à la délicate question de la succession du bâtard légitimé à l'étranger¹³⁴⁶ :

[XXIV] CXXIX. Mais, malgré ces raisons et ces exemples, l'usage contraire a prévalu en ce Royaume, du moins pour les successions que pourraient y prétendre les bâtards, lesquels ont été légitimés par des lettres de souverains étrangers. C'est un fait attesté par M. le Bret¹³⁴⁷, célèbre avocat général au Parlement de Paris, qui en rapporte un arrêt rendu sur ses conclusions, le 4 mars 1613. Cependant, en pareil cas, il semble que la décision doive dépendre de la manière dont les différentes souverainetés en usent les unes à l'égard des autres ; car la chose doit être réciproque entre elles.¹³⁴⁸

capitaine français devenu sujet du Saint-Empire qui avait institué par testament pour héritières ses deux filles bâtarde, légitimées par un rescrit de l'Empereur Rodolphe II, et dont l'acte de dernière volonté fut néanmoins jugé non recevable en France. Parmi les questions que Le Bret se propose de résoudre, figure celle de la valeur à reconnaître à une légitimation par lettres d'un prince étranger au regard d'une succession portant sur des biens situés en France ; il y répond en ces termes : « Et, pour ce qui est de la légitimation que [les enfants] ont obtenue de l'Empereur, dont ils se veulent prévaloir, cela ne mérite pas que l'on s'y arrête, car chacun sait que l'effet de telles lettres ne passe point les bornes et les limites de l'Empire, *finitae potestatis finita virtus* [N.d.A. : *Le Bret reprend ici la fameuse maxime de d'Argentré*], comme le discours (*si*) amplement Ancharanus, en son conseil 120, et le Docteur Hotoman (*si*), en son conseil 18. En quoi consiste la différence entre ce qui est du Droit commun et ce qui dépend du rescrit particulier des Princes souverains, comme, par exemple, un mineur en son pays est semblable par tout le monde, un condamné, un interdit, un excommunié sont tenus pour tels parmi les autres nations, comme le dit le chapitre *Cum olim, Extra, de clericis conjug.* (*Liber Extra*, livre III, titre III, canon 6), pour ce que ces choses-là dépendent des règles générales qui s'observent en toutes contrées de la terre. Mais il en est autrement des grâces et privilèges, que les Princes donnent par leurs lettres, car un légitimé par l'Empereur ne peut jouir des effets de cette grâce hors des limites de l'Etat de ce Prince et ne peut, en vertu d'icelle, être fait capable de succéder ailleurs ».

¹³⁴⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tome 1^{er}, titre premier, chapitre II, observation IV, Paris, 1766, p. 64.

¹³⁴⁶ Sur le recours par Bouhier, à l'exemple de la succession du bâtard légitimé à l'étranger pour démontrer l'effectivité de la *comitas*, voir, *supra*, pp. 537-540.

¹³⁴⁷ Cardin LE BRET, *Décisions de plusieurs notables questions traitées en l'audience du Parlement de Paris*, au livre III, question VII, in *Les œuvres de Messire Cardin Le Bret*, Paris, 1689, pp. 259-262.

¹³⁴⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXIV, n°129, p. 690.

Le magistrat bourguignon plaide en faveur d'une « courtoisie entre les Nations » qui aurait permis à celles-ci de s'accorder sur la nécessité réciproque de faire produire des effets successoraux à la condition de bâtard légitimé octroyée par les lettres d'un souverain. Il regrette que l'usage qui a cours dans le Royaume se soit déterminé, unilatéralement, pour la négative et refuse ainsi tout droit successoral à un enfant légitimé, qui, ne devant sa nouvelle condition qu'aux lettres qu'a bien voulu lui consentir son souverain, n'a pas à être reconnu comme tel dans le pays d'ouverture de la succession. La souveraineté/territorialité qui caractérise ce statut permissif condamne la décision de légitimation à ne produire ses effets qu'à l'intérieur du territoire soumis au pouvoir du souverain qui en est l'auteur. C'est de cet argumentaire dont se sert Cardin Le Bret dans le plaidoyer qu'il prononce à l'occasion de l'arrêt *Champ-Gaillard*, du Parlement de Paris, en date du 4 mars 1613, pour refuser à deux filles naturelles légitimées par un rescrit de l'Empereur Rodolphe II tout droit de succession aux biens laissés en France par leur père, un capitaine français passé aux ordres de l'Empereur, et devenu son sujet : « Et, pour ce qui est de la légitimation que [les enfants] ont obtenue de l'Empereur, dont ils se veulent prévaloir, cela ne mérite pas que l'on s'y arrête, car chacun sait que l'effet de telles lettres ne passe point les bornes et les limites de l'Empire : *finitae potestatis finita virtus* ». La maxime popularisée par d'Argentré sert de justification à une solution défendue avec vigueur par Le Bret et, depuis longtemps, passée en jurisprudence¹³⁴⁹. En fin de compte, lorsque Bouhier prend le parti de l'extraterritorialité de la condition du bâtard légitimé dans tous ses effets, il est certainement en adéquation avec ses conceptions personalistes, mais il prend le contre-pied du droit existant et d'une tradition jurisprudentielle que les auteurs – non seulement Le Bret, mais, également, son propre contemporain Boullenois – relaient fidèlement sans chercher à la discuter. Le seul expédient qui lui reste pour faire sauter le carcan de la souveraineté/territorialité, et du statut personnel purement territorial qui en est ici l'expression, est donc d'invoquer la *comitas inter gentes vicinas* dans l'espoir de fléchir une politique jurisprudentielle qui lui paraît trop rigoureuse¹³⁵⁰.

Merlin, qui s'inscrit dans la continuité du *Répertoire Guyot*, traite essentiellement de la question pour aider au règlement des situations nées avant l'entrée en vigueur de la constitution de 1791, qui a entraîné la disparition de la légitimation par lettres. Après avoir cité les autorités de Dumoulin¹³⁵¹, de Jean Voet¹³⁵² et de Boullenois, dont il reprend à son compte l'opinion, il complète

¹³⁴⁹ Sur l'arrêt *Champ-Gaillard*, voir, aussi, *supra*, la note 1344. Sur la maxime de d'Argentré, voir, *supra*, pp. 160-166.

¹³⁵⁰ Au paragraphe CXL (*eod. loc.*), Bouhier invoque un dernier exemple qui lui semble justifier l'intervention de la *comitas inter gentes vicinas* : la reconnaissance de la condition de noble. Mais il en retranche une exception, qu'il range parmi les statuts exorbitants du droit commun. Ce passage est étudié *supra*, pp. 426-427.

Les exemples des paragraphes CXXXIX et CXL offrent ainsi l'occasion de constater que, si Bouhier manie les mêmes armes que les auteurs de l'École Hollandaise, il n'hésite pas à les employer dans un esprit et dans un but radicalement opposés.

¹³⁵¹ La citation de Dumoulin vient directement du *Traité* de Boullenois.

¹³⁵² Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas, op. cit.*, livre XXV, titre VII, *De concubinis*, n°16 : « XVI. Mais cette légitimation doit être demandée au Prince à la juridiction duquel le candidat à la légitimation est soumis, et non pas à un autre. Ainsi, un Hollandais, d'illégitime naissance, qui réside dans la province de Hollande, n'obtiendrait aucun bénéfice s'il obtenait des lettres de légitimation de la part du Saint Empereur Romain germanique ou d'un roi d'un quelconque royaume voisin, sauf s'il possédait des biens immobiliers dans les territoires soumis à l'Empereur ou au roi. Il faut savoir, en effet, que la concession d'une légitimation ne peut produire d'effet *ipso jure*, excepté à l'égard des biens qui sont situés sur le territoire de l'autorité légitimante, conformément à la loi *Extra territorium* (D. 2.1.20.) ; et, bien plus encore, qu'il y a autant de lieux où elle doit être demandée qu'il y a de Princes Souverains desquels relèvent les biens immobiliers du candidat à la légitimation : d'autant que, en raison du profit attendu par son fisc des successions des enfants illégitimes, il importe à chaque prince de ne pas être frustré dans ses attentes par l'effet d'une légitimation accordée en dehors de son fait, par un autre prince. Il ressort de ladite formule de légitimation réformée des Etats de

les propos de ce dernier en rappelant, à son tour, les risques de fraude auxquels expose une légitimation par lettres obtenue à l'étranger, risques qui ont toujours froissé la susceptibilité des souverains :

La Belgique a, là-dessus, une loi expresse. Voici ce que porte l'art. 10 du placard des archiducs Albert et Isabelle, du 14 décembre 1616 : « Et d'autant qu'aucuns sujets ne pouvaient méritoirement demander, ni attendre de leur prince naturel la dignité et titre d'honneur qu'ils affectent hors de leur portée, le vont rechercher chez d'autres princes étrangers, en préjudice des droits de notre souveraineté, hauteur et prééminence.... Nous déclarons très expressément que nul vassal ou sujet nôtre ne pourra aider ou prévaloir en nosdits Pays-Bas d'aucune Légitimation, à peine que lesdits titres seront effacés et tracés par autorité publique, et les transgresseurs condamnés en l'amende de deux cents florins »¹³⁵³.

Ce « préjudice » envers « les droits de souveraineté » forme, précisément, la motivation des arrêts *Campart* et *Jacquenot* que rapporte, juste ensuite, Merlin :

Nous trouvons dans les recueils de Dulaury¹³⁵⁴ et de Grivel¹³⁵⁵, deux arrêts fort remarquables sur cette matière : l'un est du grand conseil de Malines ; l'autre, du parlement de Dôle.

Dans l'espèce du premier, Jean Campart, né à Mons-Saint-Winox [*Bergues, en Flandres*], s'étant retiré en Allemagne avec une fille naturelle qu'il avait eu d'une femme d'Anvers, il obtint pour elle des lettres de Légitimation d'un comte palatin, avec la clause de succéder. Après sa mort, Marguerite Campart (c'était le nom de cette fille) se pourvut au conseil provincial de Gand, pour se faire payer les fermages arriérés de quelques biens que son père avait laissés en Flandres. Les héritiers collatéraux s'opposèrent à sa demande, sur le fondement que la Légitimation dont elle se prévalait ne pouvait être d'aucun effet hors de l'empire germanique. La fille répliqua que cette raison aurait pu la faire déclarer non recevable, si elle avait prétendu succéder au fond même des biens dont il s'agissait, mais qu'elle bornait sa demande aux arrérages échus avant la mort de son père, lesquels,

Hollande, qui figure dans le troisième volume des plaids de Hollande, à la page 490, et de l'instruction de la Chambre des Comptes de Hollande, page 733, que les légitimés sont tenus d'une certaine somme d'argent envers le fisc du légitimant à proportion de leur patrimoine en raison de l'extinction ou du rachat de cette expectative. Voyez aussi Andrea Fachinei, dans ses *Controverses*, au livre III, chapitre 58 ; Henri Kinschot, *Des rescripts de grâce*, sixième traité, chapitre 7, n°4 et suivants ; mon père, Paul Voet, dans son *De statutis*, section 4, chapitre 3, n°15 ; Pieter Bort, dans son livre *sur les fiefs de Hollande*, cinquième partie, titre 3, chapitre 2, 7^e maxime, n°30 ; moi-même, à la page 139 ; à moins que cette légitimation ne soit reconnue dans certains pays par *comitas*. Ajoutez ce que j'ai dit au n°7 de la deuxième partie, *De statutis*, de mon commentaire sur le titre *De constitutionibus principum* » (XVI. *Petenda vero haec legitimitio ab eo Principe, cujus jurisdictioni legitimandus subjectus est, non item ab alio. Atque ita Hollandus illegitime natus, in Hollandia degens, nihil egerit, si vel ab Imperatore Romano Germanico, vel ab aliquo regnorum vicinorum Rege meruerit diploma legitimationis ; nisi et in territoriis Imperatori aut Regi vicino subjectis immobilia possideat. Sciendum etenim, legitimationis concessionem ipso jure non operari, nisi quantum ad bona in territorio legitimantis sita, arg. l. ult. ff. de jurisdict. ; adeoque tot locis eam impetrandam esse, quot Principibus supremis subsunt immobilia legitimandi bona : eo quod Principis cujusque propter commoda ex successione illegitimè natorum fisco ipsius sperata interest, ne propter tributam ab alio Principe legitimationem ipse sine suo facto illa fraudaretur successionis spe, pro cujus extinctione seu redemptione legitimatos etiam fisco legitimantis certam pendere pecuniae quantitatem pro patrimonii modo, patet ex d. formula reformata legitimationis Ordinum Hollandiae, quae occurrit vol. 3, placit. Holl. Pag. 490 ; et ex instructione camerae rationum Hollandiae, art. 97, vol. 3, placit. Holl. pag. 733 ; Fachineus, *controvers. lib.3, cap. 58* ; Henricus Kinschot, *de rescriptis gratiae tract. 6, cap. 7, num. 4 et seqq.* ; Parens p. mem. *Paulus Voet, de statutis sect. 4, cap. 3, num. 15*, Petrus Bort, *de feudis Holl. part. 5, tit. 3, cap. 2, sevende maxime num. 30, pag. mibi 139* ; nisi aliud ex comitate in quibusdam territoriis receptum fuerit. Adde *tit. de constitution. Principum ; parte altera de statutis, n. 7* : traduction Bertrand ANCEL).*

¹³⁵³ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, op. cit.*, v° « Légitimation », section III, § 1, deuxième question, p. 874.

¹³⁵⁴ Rémi-Albert DU LAURY, *La jurisprudence des Pays-Bas autrichiens établie par les arrêts du Grand Conseil*, t. 2, Bruxelles, 1761, pp. 414-422 : arrêt *Campart* du Grand Conseil de Malines, 11 octobre 1631. Du Laury se réfère, d'ailleurs, à l'arrêt *Jacquenot* rapporté par Jean Grivel et cité à la note suivante.

¹³⁵⁵ Jean GRIVEL, *Decisiones celeberrimi Sequanorum Senatus Dolani*, Genève, 1660, *decisio LXXXII*, pp. 221-227 : arrêt *Jacquenot* du Parlement de Dôle du 11 septembre 1602. Voir Hugues RICHARD, « GRIVEL, Jean, Seigneur de Perrigny », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, p. 503.

étant mobiliers, devaient être considérés comme existants dans le lieu où le défunt était domicilié. Les collatéraux répondirent qu'à la vérité, les dettes actives sont ordinairement censées exister au domicile du créancier, mais que cette règle admet une exception dans tous les cas où il s'agit d'empêcher un prince étranger d'étendre ses grâces et ses privilèges hors de sa domination, et au préjudice du souverain du débiteur ». Sur ces raisons, le conseil de Gand déclara Marguerite Campart non recevable et mal fondée dans sa demande ; et, la cause ayant été portée par appel au grand conseil de Malines, il intervint arrêt, le 11 octobre 1631, qui confirma la sentence avec amende et dépens.

Dans l'espèce de l'arrêt rapporté par Grivel, il s'agissait de savoir si des lettres de Légitimation accordées par Charles-Quint, en sa qualité d'empereur, pouvaient avoir effet dans le comté de Bourgogne. La raison de douter était que cette province se trouvait alors sous la domination de ce prince. Tout acte, disait-on, émané d'une puissance qui réunit deux qualités doit être censé fait en vertu de celle dont il doit tirer toute sa force, parce que, dans le doute, il faut toujours admettre l'interprétation qui tend à confirmer un acte, et rejeter celle qui aboutirait à le faire annuler. C'est la disposition textuelle de la loi 12, D. *de rebus dubiis* (en réalité, la loi *Quotiens in actionibus*, D. 34.5.13.). Nonobstant ces raisons, dit Grivel, le parlement a jugé que la Légitimation dont il s'agissait ne pouvait étendre ses effets hors des limites de l'empire, parce que Charles-Quint n'avait pas pris dans les lettres le titre de comte de Bourgogne, et que, d'ailleurs, ces lettres n'avaient pas été enregistrées dans les tribunaux du pays. Cet arrêt a été rendu le 11 septembre 1602¹³⁵⁶.

Boullenois et Merlin ne font que résumer la position dominante, en doctrine et en jurisprudence, qui tend à faire de la qualité du souverain qui accorde de telles lettres le critère déterminant du champ d'application territorial assigné à ces dernières. La légitimation par rescrit ou par lettres est si intrinsèquement liée à la « puissance extraordinaire » d'un prince qu'elle prend vie et s'éteint dans l'étendue de son pouvoir. Une telle manifestation de pouvoir est donc sans effet hors de ses frontières, et à l'égard des ordres juridiques étrangers, et est vouée à se heurter à des considérations de police : les quelques arrêts rapportés à ce sujet semblent camper sur cette position et sont visiblement peu enclins à faire preuve de *comitas* à l'égard du souverain légitimant¹³⁵⁷.

3) Les régimes matrimoniaux.

Les régimes matrimoniaux, par l'importance des intérêts, présents et à venir, qu'ils mettent en jeu, sont la source d'un abondant contentieux familial qu'il revient aux divers Parlements du Royaume de connaître et de trancher, y compris lorsque les patrimoines concernés se trouvent dans plusieurs détours coutumiers et, plus encore, lorsqu'ils sont répartis entre plusieurs ressorts juridictionnels. Instrument du contrôle exercé par la famille sur les futurs époux et leur

¹³⁵⁶ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, op. cit.*, v^o « Légitimation », section III, § 1, deuxième question, pp. 874-875.

¹³⁵⁷ Georges LOUET, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnés en la cour de Parlement de Paris*, t. 2, Paris, 1742, Lettre L, « Légitimation », Sommaire VII, n^o7, pp. 43-44, témoigne, sous la plume de Brodeau, de l'hostilité exacerbée que la jurisprudence des Parlements affiche à l'égard des lettres de légitimation qui comportent une clause de succéder : « La jurisprudence du Palais, introduite par les derniers arrêts, est que les Légitimés par rescrit ou lettres du Prince... ne sont point capables de succéder *ab intestat, active aut passive*, non plus que les bâtards non légitimés..., quand même il y aurait une clause de succéder dans les Lettres de légitimation ; laquelle est perpétuellement rejetée par les Arrêts de la Cour comme contraires aux bonnes mœurs et à l'honnêteté publique, et attirant les hommes et les femmes dans la débauche et dans la vie licencieuse et scandaleuse du concubinage, au mépris de l'honneur, de la splendeur et de la dignité du mariage, et du Sacrement, dont le droit de succéder est l'effet et l'exécution, qui le trouble, et l'état et l'honnêteté de la République, et confond les bonnes et honnêtes races avec les adultérines, en faisant gloire du vice, que l'on fait passer pour vertu ». L'arrêt *Campart*, ci-dessus rapporté, est une bonne illustration de l'attitude des Cours, même en dehors du Royaume, qui n'hésitent pas à prendre en charge les intérêts supérieurs des familles et de l'Etat.

descendance, le régime matrimonial se matérialise fréquemment par un contrat de mariage, cette « pièce maîtresse des arrangements familiaux », dans lequel les époux et leurs parents aménagent, dans les limites que leur imposent les coutumes, les dispositions de ces dernières qu'ils entendent reprendre, tout en les conformant à leurs intérêts respectifs. Mais les époux peuvent très bien se passer de contrat et adopter le régime coutumier de droit commun, qui est celui en vigueur au lieu dans lequel le mari a fixé le premier domicile matrimonial après le mariage¹³⁵⁸. La question se pose alors de savoir dans quelle limite les époux peuvent déroger, conventionnellement, aux dispositions des coutumes auxquels leurs personnes et leurs biens seraient soumis s'ils se mariaient sans contrat : le simple fait qu'un statut prohibitif puisse s'interposer pour déjouer leurs prévisions montre que la liberté des époux, pour être grande, n'est pas absolue. L'affirmation se vérifie avec une force particulière lorsque les stipulations portent sur des biens dispersés entre diverses coutumes et lorsque les coutumes concernées défendent des visions du mariage opposées l'une à l'autre. C'est pourquoi, en la matière, l'affrontement entre les jurisprudences des Parlements de Paris et de Normandie (a) se fait ressentir avec une vigueur prononcée sur un problème aussi sensible que le sort que sont appelés à connaître, devant chacune de ces deux juridictions, les conquêts situés en Normandie (b).

a) Les positions respectives des Parlements de Paris et de Rouen en matière de régimes matrimoniaux.

Indépendamment de l'existence ou non d'un contrat, en la matière règne la plus grande diversité, d'autant qu'au fur et à mesure, les traits caractéristiques de chaque grand type de régime s'accusent et s'approfondissent, provoquant des conflits de plus en plus complexes à résoudre et rendant la conciliation des différentes jurisprudences de plus en plus hypothétique. En effet, les tendances communautaires du Moyen-Âge se sont cristallisées, dans les provinces septentrionales, en un régime matrimonial dominé par la communauté (de meubles et d'acquêts ou, plus exceptionnellement, universelle), tandis qu'elles ont reflué, dans les provinces méridionales, au profit du droit romain et de son régime dotal, d'essence séparatiste. La Normandie, enfin, se distingue des deux grands ensembles en imposant sa singularité, à travers un régime dotal qui lui est propre et qui, non content d'exclure toute idée de communauté, la prohibe avec la plus grande sévérité¹³⁵⁹. Ce particularisme normand, âprement défendu par le Parlement de Rouen jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, va mobiliser l'attention et les efforts des avocats et des juges, qui vont tenter de l'intégrer dans un système cohérent de conflits de coutumes, voire, pour les plus fatalistes d'entre eux, d'encourager les époux à trouver un remède à une telle inflexibilité¹³⁶⁰.

¹³⁵⁸ Sur les régimes matrimoniaux dans l'Ancien droit, voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit et des personnes et de la famille*, op. cit., pp. 175-183, n°128-132 ; sur les conflits de coutumes portant sur les régimes matrimoniaux et les réponses apportées par la jurisprudence, voir Bertrand ANCEL, *Eléments*, op. cit., pp. 293-296.

¹³⁵⁹ Le régime matrimonial normand a suscité – et continue de susciter – de nombreux travaux, intrigués par la sévérité propre à la coutume de Normandie. Parmi une littérature des plus abondantes, voir Robert RANCHON, *Du régime de la dot en Normandie*, Paris, 1897 ; Charles LEFEBVRE, « L'ancien droit matrimonial de Normandie », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, n°35, 1911, pp. 481-535, et *Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit et de Normandie*, Paris, 1912 ; Robert GENESTAL, « L'origine et les premiers développements de l'inaliénabilité dotale normande », *Revue historique de droit français et étranger*, 1925, pp. 566-589, et « La femme mariée dans l'ancien droit normand », *Revue historique de droit français et étranger*, 1930, pp. 472-505 ; Jean YVER, « La rédaction officielle de la Coutume de Normandie (Rouen, 1583). Son esprit », *Annales de Normandie*, 1986, n°36-1, pp. 3-36 ; Virginie LEMONNIER-LESAGE, *Le statut de la femme mariée dans la Normandie coutumière. Droit et pratique dans la généralité de Rouen*, Clermont-Ferrand, 2005.

¹³⁶⁰ Claude DUPLESSIS, *Œuvres de Maître Claude Duplessis, avocat au Parlement*, Paris, 1728, t. II, consultation XVII, p. 99 : « comme la jurisprudence du Parlement de Rouen est contraire [à celle du Parlement de Paris], celui qui a intérêt que

L'histoire de la résistance opposée par le Parlement de Rouen¹³⁶¹ devant toute situation tendant à introduire, à titre extraterritorial, certains effets du régime de communauté, à l'intérieur de son ressort (qui coïncide avec le détroit de la coutume normande) retrace aussi les divergences de vues et, par conséquent, de jurisprudence avec le Parlement de Paris. Le conflit de qualifications qui en découle inévitablement met dans la balance, d'une part, la qualification réelle, purement territoriale, adoptée par la juridiction normande et, d'autre part, la qualification personnelle, donc extraterritoriale, préconisée par la cour parisienne : soit deux grandes tendances, difficilement conciliables, qui se dessinent à partir du XVI^e siècle et que viennent à peine mitiger quelques arrêts isolés en sens contraire. Mais l'étude des arrêts du Parlement de Normandie, rapportée à la pratique parisienne, permet ainsi de mettre en valeur l'action du statut prohibitif en tant que mécanisme de refoulement de la coutume étrangère au nom de l'ordre public, le statut prohibitif jouant, pour l'occasion, un rôle qui tient autant de la loi de police de Normandie que de l'instrument de lutte contre la fraude aux dispositions coutumières qui ont cours dans la province.

La position du Parlement de Paris en matière de régime matrimonial s'inspire directement des thèses développées par Charles Dumoulin dans son *consilium LIII* sur le don mutuel consenti par les époux de Ganay. Elle s'est construite en faveur de la loi d'autonomie par une série de décisions, qui, lancée par des arrêts du XVI^e siècle, ne s'est jamais démentie jusqu'à la fin de l'Ancien Régime¹³⁶². Ainsi, en présence d'un contrat de mariage, c'est-à-dire à chaque fois que les époux ont choisi, expressément ou tacitement, de soumettre leur régime à une coutume, il convient de respecter leur choix et de suivre la coutume qu'ils ont désignée. A défaut de contrat, c'est à la loi du premier domicile matrimonial des époux qu'il faut s'en remettre pour décider de la manière dont seront régis leurs biens, parce que c'est là que l'on présume que les époux ont voulu établir le

l'on juge qu'il y a communauté doit prendre ses mesures pour porter la contestation au Parlement de Paris ». Ces consultations, ou « mémoires au conseil », sont, en réalité, la retranscription, par l'éditeur des œuvres de Duplessis, des conférences des avocats du Parlement de Paris, qui eurent lieu de 1710 à 1719 : voir Bertrand LEMARIGNIER, *La conférence des avocats*, *op. cit.*, pp. 7-13. Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXVI, n°38, p. 718 relève que : « il faut observer que, sur ce point, les jurisprudences des Parlements de Paris et de Rouen sont entièrement opposées, en sorte que les sages consultants, quand on leur demande leur avis sur des affaires de cette nature, sont réduits à dire que celui qui a intérêt qu'il y ait communauté, doit prendre ses mesures pour porter le procès au Parlement de Paris, et que celui qui est intéressé à exclure la communauté doit faire en sorte de lier la contestation au Parlement de Rouen ». Sur la prise de position de Bouhier en faveur du statut personnel, voir Hugues RICHARD, « La place du Président Bouhier », *op. cit.*, pp. 140-144.

¹³⁶¹ Les conflits de coutumes qui ont pu s'élever entre les Parlements de Paris et de Rouen en matière de régime matrimonial ont fait l'objet de travaux qui demeurent essentiels : Roger KNECHT, *Des conflits des coutumes matrimoniales de Paris et de Normandie à partir du seizième siècle*, Paris, 1909 ; Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, *op. cit.*, pp. 245-279 ; Bertrand LEMARIGNIER, *La conférence des avocats*, *op. cit.* ; Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines jurisprudentielles*, *op. cit.*, pp. 50-58 ; Eric GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile*, *op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 308-338 ; Virginie LEMONNIER-LESAGE, « Le régime matrimonial normand à l'épreuve des conflits de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Les annales de droit*, n°2, PU Rouen-Le Havre, 2008, pp. 145-158.

¹³⁶² Charles Dumoulin a défini, dans sa consultation sur le don mutuel des époux de Ganay, la communauté entre époux comme une société conjugale, contractée de manière expresse ou tacite (c'est-à-dire en l'absence de choix de lois) sous l'empire d'une « loi privée » qu'il appartient aux intéressés seuls de déterminer selon la conception qu'ils se font de leurs intérêts patrimoniaux. Cette société entre époux est génératrice d'obligations qui tombent dans le chef des personnes (*in personam*), et, comme telles, destinées à les suivre partout et en tous lieux. Cette vision sociétaire, éloignée de la vision patriarcale en vigueur en Normandie, a exercé une influence profonde sur ses successeurs et a certainement contribué à l'infléchissement de la jurisprudence du Parlement de Paris en faveur de la loi d'autonomie à partir du XVI^e siècle ; ainsi, l'arrêt de juillet 1527, *de Ganay*, autorise une communauté conjugale à s'étendre sur des biens situés en pays de droit écrit, pays qui, pourtant, ignore le régime de communauté. Plus encore, dans l'arrêt *De Larchant*, rendu en robes rouges le 12 mai 1595, le Parlement admet que la coutume de Paris, expressément choisie par les époux de Larchant dans leur contrat de mariage, puisse s'appliquer à des biens situés dans le détroit de la coutume de Normandie, en dépit de l'hostilité intransigeante dont celle-ci fait preuve à l'égard du régime de communauté. Cette décision devient, dès lors, la position dominante du Parlement de Paris.

siège de leurs intérêts. Dans tous les cas, la loi désignée par la volonté, expresse ou présumée, des conjoints doit s'appliquer partout et en tous lieux où ceux-ci possèdent des biens, à moins que le statut réel qui y a cours ne soit prohibitif de toute communauté. Les juristes, parisiens comme normands, n'hésiteront pas, ainsi, à attribuer la qualité de « statut personnel » au contrat de mariage, pour cette seule raison qu'il faut reconnaître à cet acte des effets extraterritoriaux qui ont vocation à se déployer dans le détroit de toute coutume qui connaît ou, au pire, ignore le régime de communauté sans l'interdire formellement¹³⁶³.

La position du Parlement de Rouen, à l'inverse, demeure fidèle à la conception médiévale de la règle de conflit en matière de régime matrimonial, qui se calque sur le régime généralement admis pour les successions et le régime des biens, donnant ainsi compétence à la loi du dernier domicile conjugal quant aux meubles et à la loi du lieu de situation quant aux immeubles¹³⁶⁴. La raison en est que le droit normand considère, en effet, que la femme ne prend part au régime matrimonial qu'à titre d'héritière de son mari : or, elle n'exprime pleinement cette qualité que lors de la liquidation du régime matrimonial, c'est-à-dire au décès de son époux¹³⁶⁵. La résistance affichée par le Parlement concorde avec la manière dont la coutume de Normandie percevait les rapports entre époux, l'incapacité quasi absolue de la femme normande appelant de plus grandes garanties pour assurer sa protection, garanties que seule la *lex rei sitae* – et, plus encore, la *lex rei sitae*

¹³⁶³ La qualité personnelle reconnue au contrat, à la suite de Dumoulin, est un argument décisif dans l'esprit des auteurs partisans de la loi d'autonomie. Ainsi, dans les remarques qu'il formule, à la fin du XVII^e siècle et au début du XVIII^e siècle, sur le *Traité des droits de justice* de Jean Bacquet, Claude DE FERRIERE, après avoir recensé les différents avis qui ont été émis sur le dissentiment entre Parlements de Paris et de Rouen au sujet des effets extraterritoriaux qu'il convient de reconnaître au contrat de mariage parisien en Normandie, prend position en faveur de cette dernière thèse, qu'il justifie, précisément, par la « personnalité » inhérente au contrat : « Pour moi, j'estime que cette résolution ne doit point faire de difficulté et que, quand on dit que les héritages se règlent suivant les coutumes où ils sont situés, cela s'entend des droits qui sont purement réels, comme sont les droits de succession, qui se doivent régler suivant la Coutume des lieux où les biens d'un défunt sont situés sans qu'il y ait pu déroger ; mais non pour les droits qui sont plus personnels que réels, comme celui de la communauté, car c'est un contrat qui est fondé sur la convention et le consentement des parties, lequel doit avoir son exécution, à moins qu'il ne soit contre les lois et contre les bonnes mœurs ou l'intérêt public. La stipulation de communauté n'a rien qui blesse les bonnes mœurs ou qui soit contraire à l'utilité publique ; ainsi, on la peut stipuler, et elle doit avoir lieu dans les biens situés en Normandie à l'égard de ceux qui ont contracté hors la coutume ; car il faut tomber d'accord qu'on ne peut contracter dans l'étendue d'une coutume contre la prohibition expresse. La raison est que, la coutume étant la loi de la province, on n'y peut point valablement contrevenir ; mais, le contrat étant passé hors d'icelle, l'exécution s'en peut faire dans cette coutume sur les biens qui y sont situés en conséquence d'un contrat passé dans une autre coutume ». Il démontre ensuite que cette solution doit être respectée partout, en dépit de dispositions contraires, pour éviter les fraudes qu'un mari mal intentionné ou négligent pourrait commettre aux dépens de sa femme. Mais Ferrière rappelle également que le Parlement de Rouen réfute une telle interprétation des effets de la communauté, précisément pour des raisons d'ordre public : « La raison sur laquelle le Parlement de Rouen juge au contraire est que chaque Coutume sert de Loi dans son territoire, et y doit être observée comme telle, et que les conventions des particuliers n'y peuvent point déroger, ni préjudicier ; *jure publico privatorum pactionibus derogari nequit* : autrement, elles se trouveraient souvent inutiles et sans effet ; qu'à l'égard de ce qui est personnel, il doit être exécuté dans l'étendue de la Coutume où le contrat a été passé » (Claude DE FERRIERE, remarques sur les paragraphes 65 à 75 du chapitre XXI du *Traité des droits de justice*, in Jean BACQUET, *Œuvres de Maître Jean Bacquet*, Lyon, 1744, tome 1^{er}, p. 213).

¹³⁶⁴ Voir Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, *op. cit.*, p. 247, et Virginie LEMONNIER-LESAGE, « Le régime matrimonial normand », *op. cit.*, pp. 150-151, qui rappelle que le Parlement de Normandie admet bien, sous réserve du statut prohibitif, de donner effet à un contrat de mariage conclu dans le détroit d'une autre coutume, mais qu'en l'absence de contrat, il reste fidèle à la règle de conflit qu'il avait formulée pour le droit des successions et qu'il étend aux régimes matrimoniaux, ainsi que le décide l'arrêt notable *Martorey* du 3 août 1739, qui est longuement rapporté par Guérard de la Quesnerie dans les notes qu'il consacre au commentaire de l'article 389 de la coutume de Normandie de Henri Basnage (Henri BASNAGE, *Œuvres de Maître Henri Basnage*, 4^e édition, 1778, tome II, pp. 79-80, note 1).

¹³⁶⁵ COUTUME DE NORMANDIE, article 389, rédaction de 1583 : « Les personnes conjointes par mariage ne sont communes en biens, soient meubles ou conquêts immeubles, ains les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari » (Henri BASNAGE, *Œuvres de Maître Henri Basnage*, 4^e édition, 1778, tome II, p. 78).

normande – est à même de lui offrir. Dès lors, l'inflexibilité des magistrats rouennais s'explique aisément par l'attachement au statut réel : ce n'est pas seulement la souveraineté de la coutume dans la province qu'il convient de défendre, mais également toute une conception du mariage, prise dans sa dimension patrimoniale, qu'il oppose aux dangers venus de l'extérieur. Un couple marié, avec ou sans contrat, sous l'auspice d'une coutume extérieure risquerait, en soumettant les biens situés sur le sol normand aux aléas de son régime, de venir perturber l'organisation foncière, familiale et sociale de la province. Les auteurs normands, quoiqu'ils soient plus sensibles que les gens du Parlement à la force attachée aux conventions, admettent que la jurisprudence normande est hostile à la loi d'autonomie et qu'elle est prête à brandir le statut prohibitif contre toute intrusion contraire à l'esprit de la coutume¹³⁶⁶. Ainsi, ce statut prohibitif, qu'il soit personnel (pour les conjoints normands) ou réel (pour tous les époux, quel que soit leur domicile), constitue, par conséquent, le meilleur remède qui soit pour parer les conséquences indésirables de l'application d'une coutume étrangère, jouant le rôle d'un mécanisme d'ordre public coutumier¹³⁶⁷. Or, cette application ne peut se concevoir que lorsqu'une juridiction extérieure à la province, comme c'est le cas du Parlement de Paris, adopte une manière de voir différente de celle du Parlement de Rouen. Le statut prohibitif est, en l'occurrence, à la source d'un conflit de qualifications, dans la mesure où ce dernier ne fait, au fond, que refléter le conflit latent qui existe entre les différentes conceptions du patrimoine familial qui perdurent dans la France coutumière¹³⁶⁸.

¹³⁶⁶ Louis FROLAND est un grand connaisseur de ces « questions mixtes », puisque, après avoir été avocat au Parlement de Rouen, il est devenu avocat au Parlement de Paris, où il représenta les intérêts des Normands installés à Paris. Cette pratique normande ainsi qu'un fort attachement à sa région d'origine le conduisent à mettre constamment, dans son œuvre, en parallèle la jurisprudence des deux Parlements. Ainsi, dans ses *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 1, pp. 43-44, il écrit : « On sait qu'encore bien que le Parlement de Paris ait jugé plusieurs fois que le statut qui concerne la communauté de biens entre mari et femme est un statut personnel, les officiers de Normandie ont beaucoup de peine à goûter cette jurisprudence et que, suivant en ce point le sentiment de d'Argentré, ils regardent le statut comme un statut réel, qui ne doit point sortir de son territoire, et qui, par conséquent, ne donne à la femme mariée à Paris la qualité de commune que par rapport aux biens qui sont soumis à la coutume de Paris, et autres semblables, et non par rapport aux biens de Normandie, dont ils prétendent que la coutume de Normandie est non seulement négative ou exclusive de communauté, suivant l'article 389, mais encore prohibitive, aux termes de l'article 336 ». *Ibidem*, pp. 92-93 : « Le statut qui regarde la communauté de biens entre mari et femme, et auquel les conjoints se sont expressément ou tacitement asservis, ne saurait être considéré que comme un statut personnel. Proposition, d'une part ; acceptation, de l'autre ; convention entre les parties contractantes, et leurs deux familles ; il n'y a là rien qui ne soit personnel, et qui ne mérite d'être exécuté dans toute son étendue ; la faveur du contrat de mariage, qui est le plus sacré de tous les actes qui se font dans la société civile, ce qu'on doit à ses engagements, la bonne foi, l'honneur, et l'équité le demandent ; et quand il se formerait un combat entre la coutume de la situation des conquêtes, et celle du lieu où les engagements ont été formés, et où la célébration du mariage a été faite, nulle difficulté que celle-ci doit l'emporter sur l'autre, parce que la disposition de l'homme est plus noble que la disposition de la loi, et doit, par conséquent avoir la préférence ».

¹³⁶⁷ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 1, pp. 92-93 : « Il faut pourtant convenir qu'il y a des cas, où les contractants ne peuvent pas altérer l'esprit d'une coutume par des stipulations contraires à ses dispositions, et que, sur ce fondement, il ne serait pas loisible au futur époux qui se marierait à Paris, où la femme a pour son douaire coutumier la moitié de tous les fonds que son mari possédait au temps de son mariage, de donner à la sienne la moitié de tous ceux qu'il aurait dans une province où le douaire ne pourrait excéder le tiers, comme en Normandie... Cette restriction ne doit avoir lieu que pour les coutumes qui ont des dispositions contraires à ce qui a été arrêté et convenu entre le mari et la femme, et prohibitives à cet égard ». L'affirmation de Froland, formulée pour les contrats de mariage, peut s'étendre aux cas de mariages conclus sans contrat. Sur ce passage de Froland, voir Virginie LEMONNIER-LESAGE, « Le régime matrimonial », *op. cit.*, p. 150 qui voit dans le statut réel impératif le moyen d'atteindre un « même résultat, la sauvegarde de l'esprit de la coutume et l'exclusion de la communauté entre époux ».

¹³⁶⁸ Jean-Paulin NIBOYET, « Froland et le conflit de qualifications », *Revue de droit international privé*, n°1, 1926, pp. 1-25, spéc. pp. 14-15.

b) Le sort des conquêts devant le Parlement de Rouen.

Confronté ainsi aux droits nés de la communauté qui prétendent s'appliquer à l'intérieur du détroit de la coutume de Normandie, le Parlement de Rouen entreprend d'ériger une ligne de défense – incarnée par le statut réel prohibitif – afin de protéger l'intégrité et l'exclusivité du régime dotal normand¹³⁶⁹. La juridiction normande peut connaître des litiges afférant à ces droits dans deux hypothèses :

1° Soit les époux se sont mariés sous l'empire d'une coutume communautaire, comme l'est celle de Paris, soit en passant un contrat de mariage, soit en l'absence de tout contrat : la question se pose alors de savoir ce qu'il advient des immeubles qu'ils ont acquis en Normandie, c'est-à-dire à l'intérieur du détroit d'une coutume qui rejette explicitement la communauté entre époux. Que vaut, par conséquent, la qualité d'époux communs en biens face à un tel rejet ? A quel régime doivent être soumis ces conquêts normands ?

2° Soit les époux se sont mariés sous l'empire de la coutume de Normandie et la question qui s'élève dans ce cas est de savoir quel sort est réservé aux immeubles qu'ils ont acquis hors de Normandie, en l'occurrence, à l'intérieur du détroit d'une coutume qui accepte sans difficultés la communauté entre époux. Que vaut, par conséquent, la qualité d'époux séparés de biens face à une coutume qui leur est étrangère ? A quelle part les époux normands peuvent-ils prétendre sur les conquêts non normands ?

La divergence des vues entre le Parlement de Rouen et les autres Parlements prend racine dans la différence des conceptions que traduisent les dispositions coutumières sur les conquêts entre la coutume de Normandie et les coutumes communautaires¹³⁷⁰. Ainsi, la coutume de Paris, pour ne prendre que cet exemple, considère, en son article 220¹³⁷¹, que la participation aux conquêts n'est qu'une suite du mariage et que la qualité d'époux commun en biens relève du statut personnel du conjoint concerné. Forte de l'effet extraterritorial qui s'attache à un tel statut, cette qualité doit suivre la personne en tous lieux, y compris là où le régime de communauté n'est pas le régime de principe. A l'inverse, la coutume de Normandie, en refusant vigoureusement que la femme puisse prendre part aux conquêts réalisés par son mari, ainsi que le démontrent ses articles 329 et 389, ne lui accorde des droits sur les conquêts qu'à titre d'héritière¹³⁷² : ce rejet de la communauté se matérialise dans la fameuse prohibition édictée par l'article 330 qui interdit aux époux d'organiser, par contrat de mariage, un régime de communauté qui irait directement à l'encontre de l'esprit de la coutume¹³⁷³. Toutefois, cette prohibition n'est jamais qu'un statut réel et

¹³⁶⁹ Les conflits de coutumes matrimoniales en Normandie et dans les pays de communautés ont été traités en profondeur par Roger KNECHT, *Des conflits des coutumes matrimoniales de Paris et de Normandie*, *op. cit.*, pp. 61-70, spéc. pp. 69-78, et Virginie LEMONNIER-LESAGE, « Le régime matrimonial », *op. cit.*, pp. 151-156.

¹³⁷⁰ Virginie LEMONNIER-LESAGE, « Le régime matrimonial », *op. cit.*, pp. 146-147.

¹³⁷¹ COUTUME DE PARIS, article 220, rédaction de 1580 : « Homme et femme conjoints ensemble par mariage sont communs en biens meubles et conquêts immeubles faits durant et constant ledit mariage. Et commence la communauté du jour des espousailles et bénédiction nuptiale » (Charles BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier général*, *op. cit.*, t. III, p. 45).

¹³⁷² COUTUME DE NORMANDIE, article 329, rédaction de 1583 : « La femme après la mort du mary a la moitié en propriété des conquests faits en bourgage constant le mariage ; et quant aux conquests faits hors bourgage, la femme a la moitié en propriété au bailliage de Gisors, et en usufruit au bailliage de Caux, et le tiers par usufruit aux autres bailliages et vicomtez ».

¹³⁷³ COUTUME DE NORMANDIE, article 330, rédaction de 1583 : « Quelque accord ou convention qui ait esté fait par contrat de mariage, et en faveur d'icelui, les femmes ne peuvent avoir plus grand part aux conquests faits par le mary, que ce qui leur appartient par la coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger ».

laisse donc la femme normande libre de prendre part aux conquêts qui se trouvent à l'intérieur de coutumes qui admettent une telle participation.

Lorsque le Parlement de Rouen est saisi d'un litige portant sur les droits de communauté que des époux mariés sous le régime de communauté entendent faire produire sur leurs immeubles normands, il refuse systématiquement de prendre en compte le statut personnel des époux communs en biens et d'en admettre l'application à l'intérieur du détroit de la coutume de Normandie. En ce sens, sa jurisprudence se heurte frontalement à celle du Parlement de Paris et aux avis des jurisconsultes parisiens, qui voient dans la prohibition de l'article 330 un simple statut exclusif et non prohibitif, mais aussi aux opinions défendues par les juristes normands au XVIII^e siècle. Ces derniers, au nombre desquels se trouvent Flaust ou Houard, ne suivent plus leurs prédécesseurs du XVII^e siècle, tels Godefroy ou Basnage, qui défendaient encore, de manière résolue, le caractère réel absolu du statut normand, y compris à l'égard des époux mariés sous le régime de la communauté ; bien au contraire, ils marquent de plus en plus de faveur envers l'extension de la communauté expressément stipulée aux biens situés en Normandie et inclinent à voir dans la prohibition de l'article 330 un statut personnel qui se restreint aux seuls époux normands et non à ceux mariés sous l'empire d'une autre coutume¹³⁷⁴. Le Parlement de Rouen reste insensible à cet infléchissement doctrinal et, en ardent défenseur de la souveraineté de la coutume de Normandie, maintient que celle-ci est prohibitive, en son article 330, de toute communauté, aussi bien à l'égard des époux normands, à titre personnel, que de ceux qui se marient en dehors du détroit de la coutume. En ce qui concerne les conquêts normands, les droits de l'épouse commune en biens doivent être impérativement ramenés à ceux qui sont attribués par l'article 329.

Trois arrêts, en particulier, ont retenu l'attention des auteurs normands pour illustrer la force du statut prohibitif protecteur des intérêts normands (et du crédit du mari) face aux effets du régime de communauté, notamment lorsque ceux-ci demandent à s'appliquer en vertu d'un contrat de mariage. Le premier, l'arrêt *De Lastre*, date du 19 août 1646 et est rapporté par Henri Basnage dans le commentaire qu'il donne de l'article 330 de la coutume de Normandie :

Il n'y a pas de difficulté que, quand les contrats de mariage ont été passés en cette province, toutes les clauses contraires et dérogoires à cet article sont de nul effet ; mais, quand ils ont été passés à Paris, et qu'il y a clause dérogoire à toutes les autres coutumes, l'on prétend qu'en vertu de la communauté, la femme a la moitié aux acquêts faits en cette province, par cette raison que le mari n'a pu détruire cette communauté en acquérant en des lieux où elle n'est point reçue. Mais, quand la question s'agit en ce Parlement où nous réputons les coutumes réelles, nous suivons la disposition de cet article, et on n'a point d'égard à toutes ces dérogoires ; et, par arrêt en la Grand'Chambre, du 19 août 1646, entre Vignier, tuteur de la fille de de Lastre, et la veuve dudit de Lastre, il fut jugé que, nonobstant la clause portée par un contrat de mariage passé à Valenciennes, où les mariés étaient domiciliés, par laquelle la femme, en cas de prédécès de son mari, devait avoir tous les meubles, toutefois, parce qu'ils étaient venus demeurer à Rouen où le mariage avait été dissous, la succession serait partagée comme en Normandie¹³⁷⁵.

¹³⁷⁴ Roger KNECHT, *Des conflits des coutumes matrimoniales de Paris et de Normandie*, *op. cit.*, pp. 69-78 ; Virginie LEMONNIER-LESAGE, « Le régime matrimonial », *op. cit.*, pp. 151-153, où sont exposés les différents points de vue doctrinaux qui se sont exprimés sur la question.

¹³⁷⁵ L'arrêt *De Lastre* du 19 août 1646 est rapporté par Henri BASNAGE, dans le commentaire qui figure sous l'article 330 de la coutume de Normandie (*Œuvres de Maître Henri Basnage*, 4^e édition, 1778, tome I, p. 548). David Houard y fait expressément référence, en s'appuyant sur Basnage, en ces termes : « Le second arrêt fut rendu contre une veuve Delastre, mariée à Valenciennes. Après y avoir demeuré quelque temps, les conjoints vinrent résider à Rouen. Par leur contrat, il avait été convenu que tous les meubles appartiendraient à la femme au cas que son époux la précédât. Ce

Le second arrêt est l'arrêt *Onfray*, rendu le 10 mai 1701, dans lequel, selon Froland qui le retranscrit intégralement dans ses *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, le Parlement de Rouen « a jugé qu'il n'y avait point eu de communauté de biens entre Jean Onfray, originaire de Caen, et Marie de Saint-Aubin, originaire de Paris, décédés l'un et l'autre en Normandie ; et que la femme ne devait rien avoir en qualité de commune dans les meubles, ni dans les conquêts situés dans la Province, encore bien que le contrat de mariage eût été fait à Paris ; qu'il portât stipulation expresse de communauté ; et qu'il parût même, par différents actes, que le sieur Onfray avait eu, lors de son mariage et depuis, un domicile à Paris ». Le Parlement de Rouen semble avoir fait sienne l'argumentation objectée par les défendeurs à l'appel, gendre et fille des consorts Onfray, qui relevaient que :

[L'enjeu du procès consiste, notamment, à savoir] si, en vertu d'une communauté stipulée entre le mari et la femme par un contrat de mariage passé à Paris, on peut en étendre l'exécution sur des acquisitions faites en Normandie, qui reprouve toute communauté et toutes conventions des parties contraires aux dispositions de la Coutume. [...] Et ainsi il ne reste que la question de la communauté, sur laquelle [leur avocat] n'espère pas que l'on puisse hésiter un moment. En effet, les dispositions de notre coutume sont réelles, et ne sont point sujettes au caprice des parties en quelque lieu qu'elles puissent contracter. C'est ce que l'art. 330. de notre coutume explique bien disertement et en termes prohibitifs. Inutilement, les parties [appelantes] ont cité le sentiment de du Molin qui a été parfaitement bien combattu par M. d'Argentré. Le texte de notre coutume sert aussi de réponse à toutes les raisons de doute que l'on trouve dans les auteurs qui sont conformes à l'opinion de du Molin. Jamais il n'y a eu en cette province de problème, pour savoir si les conventions des parties devaient avoir leur exécution sur les biens situés dans la coutume de Normandie contre ses dispositions. [...] C'est aussi le sentiment de nos commentateurs, et la règle certaine dans laquelle on a vécu¹³⁷⁶.

Enfin, le dernier arrêt emblématique de la résistance farouche opposée est l'arrêt *Taillebot*, en date du 9 août 1743, que l'annotateur de Basnage rapporte en ces termes sous l'article 389 de la coutume :

Le sieur Taillebot était originaire de Normandie. Il y possédait des héritages et un office de contrôleur général des finances en la généralité de Rouen. Lors de son mariage avec la demoiselle Pacot, veuve du sieur Périer, en l'année 1708, il exerçait une commission aux traites foraines de Vaten [*Watten*], petite ville de Flandres, près de Saint-Omer, dans le ressort du Parlement de Douai. Son contrat de mariage fut passé à Ipres [*Ypres*]. Le sieur Taillebot n'y déclara aucun domicile, et il stipula communauté de biens suivant la coutume de Paris, avec cette clause : « en cas que les conjoints fissent des acquisitions en d'autres provinces qui auraient des dispositions contraires auxquelles les conjoints dérogent expressément, en ce cas, l'époux et ses héritiers

prédécess étant arrivé à Rouen, où Delastre était né, il fut jugé que la clause du contrat ne pouvait avoir lieu en Normandie, et la femme qui n'avait point d'enfants n'obtint que moitié des meubles » (David HOUARD, *Dictionnaire analytique, historique, étymologique de la coutume de Normandie*, Rouen, 1780-1782, volume I, v^o « Coutume », section I, p. 384). La citation de Houard est reprise, *in extenso*, par Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), dans son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, op. cit.*, t. 2, 4^e édition, Paris, 1812, à l'article « Communauté », § II, p. 557, où l'auteur évoque l'arrêt « Delâtre » et non Delastre. Louis FROLAND, dans la longue dissertation qu'il consacre à cette question dans ses *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, t. 1, 2^e partie, chapitre II, pp. 211-271, n'entre guère dans le détail de la jurisprudence du Parlement de Normandie et ne fait aucune mention de l'arrêt *De Lastre*, mais il est vrai qu'il ne fait pas mystère de son hostilité envers les décisions de la juridiction rouennaise et que, inclinant à suivre, en priorité, les arrêts du Parlement de Paris, il refuse de reconnaître un caractère prohibitif à l'article 330 de la coutume de Normandie. Il reconnaît néanmoins que son avis ne fait pas l'unanimité et qu'il lui est impossible de trancher une question qui demeure, à son sens, encore irrésolue.

¹³⁷⁶ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. 1, Paris, 1729, pp. 269-271.

seraient tenus de payer à la femme ou à ses héritiers la moitié de leur juste valeur à due estimation, ou la moitié desdites acquisitions ». En 1710 et 1712, le sieur Taillebot fit des acquisitions en Normandie. Il vendit sa charge de contrôleur des finances en 1714, et se fit pourvoir de l'office de receveur des traites à Vaten ; mais, cet office ayant été supprimé en 1720, il revint fixer sa demeure en Normandie, et y acheta une charge de référendaire en la Chancellerie près le Parlement de Rouen. Il demeura dix ans dans cette province, après quoi la demoiselle Pacot, sa femme, mourut le 19 de décembre 1730. Le sieur Duhaulley, ayant épousé la demoiselle Périer, fille du premier lit de la demoiselle Pacot, demanda au sieur Taillebot l'effet de la communauté stipulée par contrat de mariage. Le sieur Taillebot soutint que la stipulation de la communauté ne pouvait avoir lieu sur les biens de Normandie, ni sur les conquêts, ni sur les meubles, parce que le statut qui règle les droits de celui des conjoints qui survit est un statut réel, auquel les contractants ne peuvent déroger.

Par sentence de la Haute-Justice de Briouze, le sieur Duhaulley fut évincé de sa demande. Il appela de cette sentence, qui fut cassée par sentence du bailliage de Falaise, qui admit la communauté. Les héritiers du sieur Taillebot ayant appelé de cette sentence, le sieur Taillebot étant mort pendant l'instruction du procès, par l'arrêt, la sentence du bailliage de Falaise est cassée, et celle de la Haute-Justice de Briouze fut confirmée¹³⁷⁷.

Par cette jurisprudence, jamais démentie jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, le Parlement de Rouen démontre qu'il n'entend rien céder de sa rigueur de principe et qu'il défend, contre le sentiment dominant du Parlement de Paris¹³⁷⁸ et contre celui de la majeure partie des auteurs, normands ou parisiens, la territorialité absolue de l'article 330 de la coutume de Normandie, qui interdit formellement à tous les époux, quels que soient par ailleurs leurs liens, personnels ou réels, avec la province, d'exercer des droits de communauté à l'égard des immeubles normands, et, plus particulièrement, de les réputer pour conquêts. La femme mariée sous un tel régime ne peut, par conséquent, pas prétendre avoir plus que ce que lui octroie l'article 329. De fait, l'interdiction posée par l'article 330 est si vigoureuse qu'elle s'adresse aussi bien aux ressortissants de la province qu'à ceux qui lui sont étrangers et qu'elle ne souffre aucune exemption : en ce sens, elle est, tout à fois, personnelle et réelle¹³⁷⁹.

En dépit de sa position de principe en faveur de l'extension extraterritoriale de la communauté entre époux, le Parlement de Paris n'est pas insensible à la résistance opposée par le Parlement de Rouen et reconnaît qu'il vaut mieux parfois s'incliner devant une coutume prohibitive que de risquer de voir les autorités du lieu refuser toute exécution du régime de communauté sur leur sol. Cette attitude réaliste de la juridiction parisienne se dévoile à travers quelques décisions qui refusent d'étendre les effets de la communauté aux immeubles normands, par déférence envers la prohibition édictée par l'article 330 de la coutume normande : la plus célèbre d'entre elles est, sans nul doute, l'arrêt *De Fervaques* du 10 juin 1617, rapporté par Basnage, Froland et Houard :

Monsieur de Fervaques, Maréchal de France, avait épousé [la dame d'Allègres] en Bretagne, où la communauté est admise ; ils avaient stipulé, dans leur contrat de mariage passé à Paris, la communauté. Monsieur le Maréchal fit des acquisitions en divers endroits et surtout en Normandie, où il décéda. Sa veuve demanda partage aux meubles et conquêts en vertu de la stipulation. Par arrêt du Parlement de Paris, il ne lui fut accordé, aux termes de notre coutume, et

¹³⁷⁷ Henri BASNAGE, *Œuvres de Maître Henri Basnage*, 4^e édition, 1778, tome II, p. 82, note 3 par Guérard de la Quesnerie.

¹³⁷⁸ Le sentiment dominant est celui qui ressort de l'arrêt *de Larchant* de 1595 : voir, *supra*, note 1362.

¹³⁷⁹ Sur les différentes interprétations qui ont pu être données de l'article 330, voir Virginie LEMONNIER-LESAGE, « Le régime matrimonial à l'épreuve du conflit de coutumes », *op. cit.*, p. 156.

en la considérant comme héritière de son époux que le tiers aux meubles et l'usufruit des conquêts normands ; sur les autres conquêts, sa part lui fut adjugée suivant la coutume des lieux¹³⁸⁰.

L'article 330 est donc, malgré les dénégations et les embarras de la doctrine, une disposition prohibitive dont le seul but est de préserver l'organisation matrimoniale établie par la tradition normande et inscrite dans le cœur même de la coutume. Son caractère impératif ressort de la jurisprudence constante du Parlement de Rouen, jurisprudence qui contraint le Parlement de Paris à aménager ses propres principes pour espérer que ses décisions trouvent à s'appliquer sur le sol normand ; jurisprudence qui encourage également les époux à envisager de frauder la coutume¹³⁸¹. En substituant automatiquement, en matière de conquêts, l'article 329 de la coutume de Normandie aux effets portés par un régime communautaire adopté sous l'empire d'une coutume étrangère, la juridiction rouennaise ne se contente pas de mettre en œuvre ce qui s'apparenterait à une simple exception d'ordre public : l'intérêt supérieur que représente la défense du régime matrimonial normand exige d'ériger la prohibition de l'article 330 en loi de police avant la lettre. Il en résulte que la valeur qu'il convient d'attribuer à cet article – et, par extension, à tous ceux qu'il enveloppe de sa protection – tient à ce qu'il ne se limite pas à être un simple statut prohibitif de droit interne, mais qu'il est également, au regard de la juridiction normande, un statut prohibitif de droit intercoutumier.

4) Le douaire préfix.

Parce qu'il constitue un avantage matrimonial qui est reconnu à la veuve sur les immeubles propres de son mari, le douaire peut librement être convenu par les époux au moment de leur

¹³⁸⁰ David HOUARD, *Dictionnaire analytique, historique, étymologique de la coutume de Normandie*, Rouen, 1780-1782, volume I, v^o « Coutume », section I, p. 384. Voir aussi Henri BASNAGE, commentaire sur l'article 389 de la coutume de Normandie, *Œuvres de Maître Henri Basnage*, 4^e édition, 1778, tome II, p. 82. Le texte intégral de l'arrêt se trouve dans Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. 1, Paris, 1729, p. 268, qui le commente abondamment aux pp. 246-257.

¹³⁸¹ Cette question de la « fraude à la coutume » est une question qui agite beaucoup les auteurs. Elle s'envisage de deux manières. Dans un premier cas de figure, il s'agit, pour les époux, de contourner la prohibition normande pour obtenir d'un juge à ce qu'il applique une coutume qui soit favorable à la communauté qu'ils ont choisie pour régime (ainsi, des époux normands venant s'établir à Paris, le temps du mariage, pour faire de la coutume parisienne la loi de leur premier domicile conjugal). Basnage, Froland, Boullenois et Pothier s'accordent à y voir une fraude ; Bouhier juge même qu'il y va de la violation d'une disposition impérative et que la nullité s'impose, même sans considération de fraude : son raisonnement n'est pas sans évoquer la figure de la loi de police (voir Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, *op. cit.*, pp. 145-149 et les références). Dans un second cas de figure, il s'agit, pour un mari, de frustrer sa femme de ses droits à la communauté en faisant des acquisitions en Normandie, où elle aura droit à moins que ce à quoi elle aurait pu prétendre sous l'empire d'une coutume plus libérale. Louis BOULLENOIS tente de répondre à cette question, à trois reprises, dans son œuvre : dans ses *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 114-115 ; dans ses *Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, Paris, 1732, cinquième question, pp. 107-118 ; et, enfin, dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Paris, 1766, tome 1^{er}, titre II, chapitre V, observation XXIX, seconde question, pp. 754-757. L'avocat parisien tient, en effet, la communauté entre époux pour un « statut personnel » et il en déduit que le mari n'a aucun droit de priver sa femme des droits qu'elle possède dans la communauté en acquérant des biens dans une coutume aussi exclusive et prohibitive que la coutume normande : pour Boullenois, si le contrat de mariage est valable au temps du mariage, alors, « les lois de la situation [doivent] se prêter en cette occasion pour repousser la fraude du mari » (*Traité de la personnalité*, *op. cit.*, *eod. loc.*, p. 755). *A contrario*, voir Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, *op. cit.*, pp. 149-151 et les références, qui persiste à voir dans Boullenois un territorialiste d'inspiration argentréenne plutôt que l'avocat parisien, passionnément attaché au régime de communauté et fervent partisan de Dumoulin, que son opinion semble plutôt révéler.

De fait, l'une des critiques les plus fondamentales que les auteurs, notamment Froland et Boullenois, adressent à l'interprétation prohibitive de l'article 330 tient au souci qu'ils manifestent de préserver les droits de la femme contre les agissements frauduleux de son mari : à leurs yeux, la prohibition nourrit le vice.

union et prendre place parmi les stipulations du contrat de mariage : lorsque le douaire est ainsi « préfix », son régime en matière de conflits de lois s'accorde sur celui qui est déterminé pour le régime matrimonial. Ce faisant, les conjoints ne font qu'user de la liberté qui leur est octroyée par les coutumes. Celles-ci, soucieuses de ne pas laisser les veuves démunies si aucun douaire n'a été convenu au moment du mariage, leur offrent toujours la possibilité de réclamer un douaire, qualifié alors de « coutumier », qui peut s'élever, selon les dispositions des unes et des autres, à un tiers ou à la moitié des propres du mari¹³⁸².

Lorsqu'il s'insère dans le contrat de mariage, le douaire intègre, au fond, l'ensemble des « arrangements matrimoniaux » qui, en raison de la gravité des intérêts qui sont en jeu, justifient l'attention soutenue que leur portent les coutumes et les parlements, au nom de la paix des familles. L'intention libérale s'efface, en ce cas, au profit des considérations patrimoniales, et onéreuses, qui président à la conclusion du contrat de mariage¹³⁸³. Même réglé par la libre volonté des époux, le douaire n'échappe donc pas à la vigilance de l'ordre public intercoutumier¹³⁸⁴. La force de ce dernier se fait sentir à chaque fois qu'un douaire préfix est appelé à s'exécuter sur des immeubles situés sous une coutume qui autorise les douaires convenus à la seule condition que ceux-ci ne dépassent pas la quotité à prélever sur les propres du défunt qu'elle a elle-même déterminée. L'impératif, en l'espèce, le dispute au supplétif. Si la disposition coutumière est réputée réelle et non simplement personnelle, alors, le douaire préfix, quel que soit, par ailleurs, la loi choisie par les époux, doit être impérativement rapporté, en cas de dépassement, à la valeur imposée par la coutume du lieu de situation des immeubles concernés. En ce cas, la coutume n'est pas simplement négative, en limitant son interdiction aux seuls époux qui se sont soumis à ses règles, mais elle est clairement prohibitive, étendant ses prescriptions à ceux qui possèdent des immeubles sur son territoire.

C'est précisément l'objet de la discussion que relate Froland, dans ses *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, au moment d'aborder la jurisprudence du Parlement de Paris à propos du douaire. Il se demande si les prohibitions touchant au douaire ne sont pas purement réservées aux époux domiciliés à l'intérieur des coutumes qui les édictent (ainsi de la Normandie, du Poitou, de l'Anjou, du Maine et du Grand-Perche) et si les époux mariés sous l'égide d'une coutume plus conciliante ne peuvent pas stipuler un douaire qui s'étende partout, nonobstant ce genre de prohibition, et moyennant clause dérogatoire. Il examine, ensuite, les arguments qui s'affrontent sur cette question et tranche en faveur de la réalité des coutumes qui regardent le douaire, leur donnant un caractère prohibitif¹³⁸⁵. Selon lui, « on ne s'est point écarté de ces principes au

¹³⁸² Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. 1, Paris, 1729, évoque cette diversité de réglementation à travers le Royaume aux pp. 498-502.

¹³⁸³ Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, op. cit., pp. 63-66, se fondant sur Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1813 (4^e éd., t. 4, Don.-Exéc), V^o « Douaire », p. 241.

¹³⁸⁴ Eric GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile*, op. cit., tome 1^{er}, pp. 66-70, qui s'appuie sur Jacqueline VINCENT, « Douaire préfix et quotité coutumière dans la jurisprudence du Parlement de Paris au XIV^e siècle », *RHD*, 1970, pp. 568-616, et qui rappelle également que Pierre-Clément TIMBAL, *Les obligations contractuelles dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles d'après la jurisprudence du Parlement*, Paris, 1973, spéc. p. 228, voyait dans certaines dispositions coutumières relatives aux biens – dont la quotité coutumière limitant le douaire préfix – des règles « ayant un caractère impératif et au sujet desquelles on peut parler d'ordre public coutumier ».

¹³⁸⁵ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, t. 1, pp. 505-506 : « Pour moi je ne balance point à me déterminer contre la femme, et à dire que les statuts concernant le douaire sont des statuts réels ; que l'art. 371. de la coutume de Normandie est de cette qualité ; qu'il est même du nombre de ceux qu'on appelle prohibitifs, et que, par conséquent, on n'y saurait déroger ». Il combat, sur ce point, l'opinion de Dumoulin pour rallier celles de d'Argentré et Basnage, qui, dans son commentaire de l'article 389, aligne le sort fait au régime matrimonial sur

Parlement de Paris ». En effet, au soutien de sa thèse, il invoque deux arrêts, les arrêts *de Glachant*, du 30 décembre 1693, et *du Mesnage* du 23 janvier 1703, qui, rendus par la Grand'Chambre du Parlement, ont jugé que la réalité de la prohibition portée par la coutume de Normandie l'emportait nécessairement sur le douaire préfix conclu par des époux mariés à Paris¹³⁸⁶. Mais il recourt également à l'autorité de Renusson, qui rapporte, dans son *Traité du douaire*, un arrêt, l'arrêt *Veuve du Garnier*, du 13 mai 1698, de la troisième chambre des Enquêtes du Parlement, qui a statué dans le même sens, au sujet de la coutume du Maine. Renusson l'expose ainsi :

Il s'agissait d'un douaire préfix, stipulé par le contrat de mariage passé à Paris ; mais le douaire préfix, quoique constitué par contrat de mariage passé à Paris, ne doit pas excéder la valeur du tiers des propres du mari, situés dans la Coutume du Maine ; il peut bien avoir son effet sur d'autres biens, s'il y en a et non pas sur les propres. Le douaire ne peut excéder le tiers ; il faut que les deux tiers des propres demeurent aux héritiers ou, à défaut, de propres, les deux tiers des acquêts. La Coutume est conçue en termes prohibitifs. L'arrêt a été rendu en la Troisième des Enquêtes, au rapport de Monsieur de Brillac, le 13 Mai 1698¹³⁸⁷.

Froland poursuit sa démonstration en s'appuyant sur l'arrêt *de Buat de Puirobin* du 28 août 1677, relatif, cette fois-ci, à la coutume du Poitou :

A toutes ces autorités, l'on peut joindre celle d'un autre arrêt du 28 août 1677, rendu au Parlement de Paris en la cinquième chambre des Enquêtes au rapport de M. de Bullion, et transcrit dans le Journal des Audiences, tome 3, livre II, chapitre 21 ; par lequel il fut jugé qu'un douaire préfix, porté par un contrat de mariage passé en Angoumois, et qui était à prendre sur tous les biens du mari, ne pouvait être pris sur ceux de Poitou au-delà du douaire coutumier, étant dit par la coutume de cette province que le douaire préfix ne peut être plus fort que le coutumier¹³⁸⁸.

Si favorable qu'elle soit, par ailleurs, à l'extraterritorialité du douaire préfix, la jurisprudence du Parlement de Paris, approuvée en cela par les plus grandes autorités doctrinales, doit se résigner à prendre en compte la réalité des coutumes et à soulever d'elle-même l'obstacle de l'ordre public intercoutumier sous la forme d'un statut prohibitif, qui se veut loi de police à chaque fois, en tout

celui du douaire. L'article 371 dispose en ces termes : « la femme ne peut avoir en douaire plus que le tiers de l'héritage, quelque convenant qui soit fait au traité de mariage, et si le mari donne plus que le tiers, ses héritiers peuvent le révoquer après son décès.

¹³⁸⁶ Sur ces deux arrêts, voir l'exposé détaillé qu'en donne Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, t. 1, pp. 509-511. L'auteur a, de son propre aveu, consulté sur l'arrêt *de Glachant*, qui a, semble-t-il, suivi son avis.

¹³⁸⁷ Philippe de RENUSSON, *Traité du douaire*, chapitre IV « Du douaire préfix », n°8, in *Œuvres*, Paris, 1780, p. 40, qui rapporte avoir eu connaissance du texte de l'arrêt ; Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, t. 1, p. 512. Sur cet arrêt *Veuve du Garnier*, la réaction indignée de Bouhier est remarquable : il refuse catégoriquement que les dispositions prohibitives de la coutume de Normandie puissent être des prohibitions réelles et il les répute personnelles, donc relatives aux seuls Normands : « ce sont des lois de police particulière pour les Normands, qui, d'un côté, ont voulu être pleinement maîtres de leurs conquêtes, et, de l'autre, ont jugé à propos de restreindre les dons excessifs des maris au profit des femmes ; car, que leur importait que les étrangers chargeassent plus ou moins les fonds qu'ils avaient en Normandie ? Ainsi, il est évident que l'esprit des rédacteurs de cette coutume a été uniquement de pourvoir à l'intérêt de leurs compatriotes » : Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXVI, n°144-148, spéc. n°147 (*Œuvres de jurisprudence*, t. 1, pp. 733-734).

¹³⁸⁸ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, t. 1, pp. 512-514. Selon les adversaires de la veuve, qui obtinrent finalement gain de cause, « le lieu de Puirobin était un propre situé dans la Coutume de Poitou, qui, en l'art. 259, ne permettait pas que le douaire préfix excédât le coutumier ; que les coutumes étaient réelles, et n'avaient point d'empire les unes sur les autres ; que la clause du contrat de mariage de la veuve du sieur de Puirobin ne devait point être considérée comme une dérogation faite à la coutume de Poitou ; et que, d'ailleurs, la disposition de cette coutume était conçue en termes prohibitifs, au moyen de quoi il n'était pas au pouvoir des particuliers d'y déroger, sans s'exposer à la nullité de Droit ».

cas, que la volonté des époux paraît mettre en danger les droits des héritiers du mari sur les propres qu'il laisse à son décès¹³⁸⁹.

5) Le douaire coutumier : la veuve renonçante.

Les rapports patrimoniaux entre époux ne manquent pas de susciter des controverses, éventuellement judiciaires, lorsque la règle communément admise dans le Royaume, ou « dans la meilleure partie de celui-ci », se heurte à une coutume considérée comme exorbitante. Ainsi, en matière de douaire coutumier, le sort réservé par la coutume de Bourgogne à la veuve renonçante, c'est-à-dire à celle qui procéderait à une renonciation de communauté, se signale par une singularité des plus rigoureuses que Louis Boullenois, qui rapporte cet exemple dans ses *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, n'hésite pas à qualifier « d'exorbitante » ou « d'odieuse », tout à fait contraire, selon lui, à l'esprit qui présidait à l'ordonnance promulguée par Philippe Auguste en 1214, lorsqu'il est intervenu en la matière. En théorie, la veuve, pour échapper aux dettes dont elle peut être tenue par l'effet de la communauté et pour sauvegarder ainsi ses propres et son douaire, a la possibilité de renoncer à la communauté. Mais la coutume de Bourgogne, voyant la renonciation avec une grande défaveur, fait une condition sévère à la femme qui en use, en lui faisant perdre son douaire, selon les dispositions combinées des articles 19 et 20 de son titre IV « Des gens mariés »¹³⁹⁰ :

Philippe Auguste, en 1214, introduisit le douaire coutumier et voulut que la femme reçût son douaire de la loi, sans qu'il fût besoin de convention, et en fit un titre de créance contre le mari.

Par la coutume de Bourgogne, la femme a son douaire, mais elle ne l'a que sous une condition : condition dont le mari est, en quelque manière, le maître ; ainsi, le sort de sa femme est entre ses mains.

Une veuve qui, pendant toute la durée du mariage, a partagé les soins domestiques, qui a économisé et fait en sorte d'accroître la fortune de son mari, qui a mis dans la communauté une partie de ses biens et tous ses revenus, n'est-elle pas assez à plaindre de perdre le fruit de ses soins et de ses peines, et souvent une partie de sa dot, sans perdre encore une créance aussi légitime et aussi nécessaire pour elle que le douaire, qui est une sorte de subsistance que la loi lui réserve ?

La coutume de Bourgogne est donc exorbitante (*sic*) du droit commun ; on pourrait même ajouter qu'elle est injuste et pleine de dureté ; mais, enfin, elle est écrite : *Dura lex, sed scripta*.

¹³⁸⁹ Un exemple – théorique – du caractère d'ordre public que peuvent revêtir les questions relatives au douaire peut se trouver dans le développement que Froland consacre à la détermination du douaire, viager ou propre, et aux stipulations qui sont autorisées à ce titre. Evoquant l'hypothèse d'un contrat de mariage qui « est fait dans une province où le douaire n'est que viager seulement, avec clause que les enfants ne pourront en revendiquer aucun dans les coutumes mêmes qui le font propre », alors, l'auteur considère qu'une stipulation aussi odieuse est contraire à l'ordre public intercoutumier : « j'estime en ce cas qu'il ne faudra point avoir égard à la stipulation qui est une clause dure, extraordinaire, incivile, et par le secours de laquelle on veut donner effet aux dispositions d'une Coutume que du Molin et les autres jurisconsultes français disent être exorbitante du droit commun ». De fait, la clause, prise en haine des enfants, n'a d'autre but que de les priver de tout droit sur le douaire préfix, en empêchant celui-ci de sortir ses effets sur les biens situés sur des coutumes plus favorables. Il ne fait aucun doute, ajoute l'auteur, que cette clause serait jugée comme contraire à l'ordre public normand : « du moins elle n'aurait pas lieu pour les biens de Normandie, dans lesquels il faut absolument que les enfants trouvent leur tiers coutumier, et que la propriété leur en appartienne, nonobstant toutes les clauses qu'on aura pris soin d'insérer dans les Contrats de mariage » : voir Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, t. 1, pp. 126-127. Il ne semble pas, toutefois, qu'il y ait de jurisprudence à ce sujet.

¹³⁹⁰ Si le régime matrimonial bourguignon – la communauté de meubles et acquêts – est déterminé par l'article 2 du titre IV de la coutume, la renonciation à la communauté est régie par les articles 19 et 20 du même titre, dont la teneur est rapportée par Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, douzième question, pp. 233-234. Sur l'article 2, *eod. loc.*, p. 228.

L'esprit et la disposition textuelle de la coutume de Bourgogne font donc que la veuve commune ait un douaire, que la veuve qui renonce n'en ait point. Soit que cette disposition ait eu pour objet d'exciter la vigilance et la bonne conduite de la femme, soit qu'elle ait voulu soulager les héritiers d'un mari, qui, probablement, dans ce cas-là, ne laisse pas ses affaires en fort bon ordre, ou même favoriser les créanciers, il faut, dans cette coutume, que la veuve paye la moitié des dettes contractées pendant le mariage, si elle veut profiter du douaire. Cette disposition est pure réelle suivant les principes que nous avons allégués....¹³⁹¹

Longuement évoquée par Boullenois dans la douzième question des *Dissertations* et reprise dans le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, la difficulté soulevée par ce particularisme bourguignon n'est pas mince ; elle a même donné lieu à un arrêt du Parlement de Paris du 6 septembre 1729, *Veuve Marque de Chessy* (ou *Dame Marcel*), dont l'avocat parisien a suivi de très près les développements et qui a agité le petit monde de la robe bourguignonne¹³⁹². Ainsi, les magistrats du Parlement de Dijon ont rendu un acte de notoriété qui avait été requis par leurs homologues parisiens ; vingt-six avocats bourguignons, et non des moindres, ont été sollicités pour rendre une consultation ; et le président Bouhier lui-même a rédigé, à cette occasion, une dissertation qui, semble-t-il, a pesé d'un grand poids dans la décision du Parlement de Paris. Si l'on suit Boullenois et les pièces justificatives qu'il livre à ses lecteurs¹³⁹³, la renonciation de la veuve est interprétée, par la tradition coutumière bourguignonne, comme une flétrissure faite à l'encontre de feu son mari, dont la mauvaise gestion est ainsi rendue publique¹³⁹⁴. Boullenois est, lui, familier d'une coutume, celle de Paris, pour qui la renonciation ne fait pas perdre le droit de l'épouse à un douaire qu'elle a gagné « au coucher » ; c'est parce qu'il sent cette différence qu'il remarque que :

... Cette renonciation est regardée en Bourgogne, comme très odieuse et tendante (*sic*) à flétrir la mémoire du défunt ; c'est pourquoi on obligeait la veuve à se *desceindre* dans les vingt-quatre heures et à jeter les clefs sur la fosse de son mari¹³⁹⁵.

Dans ses *Dissertations*, Boullenois relevait que la coutume de Bourgogne avait voulu lier indissociablement communauté et douaire et que la renonciation à la communauté emportait renonciation au douaire : contraire au droit de la « meilleure partie du Royaume » et à l'esprit de l'institution, la coutume de Bourgogne lui paraissait frappée d'exorbitance. Dans le *Traité*, il reconsidère la question, à partir des faits de l'espèce de l'affaire *Veuve Marque de Chessy*, mais aussi à partir de l'argumentation défendue par Chasseneuz, Dumoulin et Bouhier, et revient sur son opinion première : en fin de compte, la coutume de Bourgogne n'est que négative d'un douaire en cas de renonciation à la communauté et non pas prohibitive et odieuse, ainsi qu'il l'avait cru jusqu'alors¹³⁹⁶. Si la rigueur de la coutume bourguignonne s'en trouve minorée dans ses effets, dans la mesure où la réalité/territorialité n'est pas opposable aux femmes qui ne se sont pas mariées en

¹³⁹¹ Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, Paris, 1732, douzième question, p. 235.

¹³⁹² Sur l'affaire *Veuve Marque de Chessy* et les interprétations que les dispositions de la coutume de Bourgogne ont pu soulever, voir Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, *op. cit.*, douzième question, pp. 227-238, et *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, observation XXXVII, tome 2nd, pp. 225-244. Parmi les avocats bourguignons, figurent des noms comme ceux de Jean Bannelier ou encore de Jacques de Varenne.

¹³⁹³ Pour les pièces justificatives, voir Louis BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, *op. cit.*, pièce justificative relative à la douzième question, pp. 521-528 (« question décidée par M. Bouhier de Savigny, président à mortier au Parlement de Bourgogne ») ; et son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, pp. 227-231.

¹³⁹⁴ Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n°1100, pp. 1441-1444.

¹³⁹⁵ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, observation XXXVII, p. 233.

¹³⁹⁶ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 2nd, observation XXXVII, pp. 225-244.

Bourgogne, cette même coutume n'a pas perdu, pour autant, son exorbitance par rapport à un droit commun français beaucoup moins sévère à l'égard des veuves renonçantes.

6) La capacité de la femme mariée : la question de l'incapacité velléienne.

De toutes les questions relatives aux conflits de coutume, l'incapacité velléienne est, certainement, l'une de celles qui ont le plus retenu l'attention des juristes, en tant que manifestation du particularisme juridique qu'elle représente dans certaines provinces face à un droit commun que contribuent à forger, entre autres, les décisions du Parlement de Paris¹³⁹⁷. Elle est, tout autant, la manifestation la plus emblématique de l'action paralysante du statut prohibitif envers le droit constitué dans le détroit d'une coutume étrangère qui entrerait en contrariété flagrante avec l'ordre public du for.

L'histoire de l'incapacité velléienne aux XVII^e et XVIII^e siècles est, avant tout, celle de la survivance, en certaines provinces du Royaume, en Normandie, mais aussi dans les pays de droit écrit, d'une institution pourtant abolie par un édit royal. Elle est aussi, par voie de conséquence, celle de l'obstacle érigé par les parlements de ces provinces à l'exécution, dans leur ressort, de situations nées à l'intérieur des coutumes qui ont accueilli ladite abolition. En effet, l'incapacité velléienne renvoie à l'incapacité de la femme mariée et, plus exactement, à l'interdiction qui lui est faite, par le droit romain et par la tradition coutumière, d'intercéder en faveur de son mari ou d'un tiers. Ainsi, pour éviter qu'elle ne compromette son patrimoine, il lui est fait défense d'apporter sa garantie aux obligations contractées par son mari ou par un tiers en engageant ses biens, par le biais d'un cautionnement ou d'une hypothèque¹³⁹⁸. Cette mesure de protection de la femme, qui tire son origine et son nom du sénatus-consulte Velléien de l'époque julio-claudienne (D. 16.1.2. pr et 1.)¹³⁹⁹, renforcé, plus tard, par l'Authentique *Si qua mulier* de Justinien (Novelle 134, n^o8)¹⁴⁰⁰,

¹³⁹⁷ Sur les conflits de coutumes qui se sont élevés à propos de l'incapacité velléienne, voir Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne, XVII^e-XVIII^e siècles*, Mémoire de DES, Caen, 1972, qui demeure un travail de référence sur la question, et Eric GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile, op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 349-398.

¹³⁹⁸ Sur les différents types d'actes qui, selon la jurisprudence des tribunaux, ont vocation, ou non, à intégrer la catégorie très large de l'incapacité dite « velléienne », voir Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne, op. cit.*, pp. 49-59, qui en souligne la diversité, tant matérielle que géographique.

¹³⁹⁹ DIGESTE, livre XVI, titre I, fragment 2, pr. et 1 : *Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. 1. Postea factum est senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cujus senatusconsulti verba haec sunt : « Quod Marcus Silanus, et Velleius Tutor, consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt : quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita jus die tum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur » : « Il y eut d'abord un édit porté par Auguste, suivi d'un autre porté par l'empereur Claude, qui défendaient aux femmes de s'obliger pour leurs maris. 1. On fit ensuite un sénatus-consulte par lequel on mit parfaitement les femmes en sûreté contre ces sortes d'obligations. Voici les termes de ce sénatus-consulte : « Sur le rapport des consuls Marcus Silanus et Velleius Tutor, concernant les contrats par lesquels les femmes s'obligent pour autrui, le Sénat a décidé que lorsqu'une femme aurait emprunté ou répondu pour autrui, quoiqu'il paraisse que les lois anciennes aient déjà décidé que le créancier ne puisse en ce cas intenter utilement aucune action réelle ou personnelle, les juges devant qui ces affaires seront portées devront prêter la main à l'exécution de la volonté du sénat à cet égard » (traduction Yves LASSARD, *cours d'Histoire du droit des obligations*, Licence II, Université Pierre Mendès-France (UPMF) de Grenoble).*

¹⁴⁰⁰ NOVELLE CXXXIV, chapitre VIII (Authentiques, collation IX, titre XVII), Authentique *Si qua mulier* : *Et illud vero praevideamus pro subsectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat, et propriam substantiam aut seipsam obligatam faciat : jubemus nullatenus hujusmodi valere aut tenere, sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat : sive privatum sive publicum sit debitum : sed ita esse ac si neque scriptum esset : nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt* (« Nous avons prévu de prendre la disposition suivante dans l'intérêt de tous

s'implante au sein du Royaume de France à partir du XIV^e siècle, et se diffuse, alors, tant dans les pays de droit écrit que dans les pays de coutumes. Mais elle n'est pas sans susciter des critiques de la part des ménages, car une telle prohibition porte atteinte au crédit du mari, lorsque celui-ci a besoin du renfort que le patrimoine de son épouse est susceptible de lui procurer. C'est pourquoi certaines coutumes accordent à la femme la faculté de se priver, en pleine connaissance de cause, du bénéfice de la protection velléienne en recourant à un serment ou en insérant une clause de renonciation dans l'acte notarié. Les formes prises par la renonciation de la femme, eu égard à la gravité d'une telle décision, sont strictement codifiées et les Parlements sont très vigilants à ce sujet, en particulier à l'égard des notaires qui auraient mal rempli leur devoir d'information. Les nombreux procès portant sur les renonciations et la responsabilité des notaires, au XVI^e siècle, ont entraîné une remise en cause de l'institution et c'est pour cette raison que Henri IV décide, par un édit de mai 1606, d'abroger le sénatus-consulte Velléien et l'Authentique *Si qua mulier*¹⁴⁰¹.

Cet édit a suscité des résistances de la part de certains Parlements – ainsi, celui de Normandie et ceux des pays de droit écrit : Toulouse, Bordeaux, Pau et Grenoble – qui refusèrent obstinément de l'enregistrer : la conséquence en est que le Velléien s'est maintenu dans ces provinces jusqu'à la fin de l'Ancien Régime¹⁴⁰². De son côté, le Parlement de Paris enregistre la décision royale et l'applique dans l'immense ressort qui est le sien, y compris dans les régions qui sont soumises au droit écrit. Le Royaume se scinde dès lors en deux aires géographiques dont la ligne de démarcation sépare les régions qui conservent l'incapacité velléienne et celles qui l'ont abrogé : cette césure recoupe, en grande partie, la distinction entre les pays qui ont adopté le régime dotal et les pays qui ont choisi de faire de la communauté le régime matrimonial de principe. En effet, le Velléien correspond bien mieux à l'esprit du régime dotal, qui aspire, avant tout, à séparer les patrimoines et à préserver la femme de toute atteinte à ses biens, qu'à celui du

nos sujets : lorsqu'une épouse consent à accorder son crédit à son mari, ou qu'elle stipule en ce sens, et qu'elle le fait en s'engageant à titre personnel ou en engageant ses biens, nous ordonnons que son acte ne puisse jamais valoir ou perdurer ; il importe peu que cet engagement soit demeuré unique ou qu'il ait été réitéré par ses soins, que la dette à l'origine de la garantie soit publique ou qu'elle soit privée, dans la mesure où l'acte sera tenu pour non écrit, à moins qu'il ne soit rapporté la preuve manifeste que les sommes dépensées l'aient été dans l'intérêt exclusif de l'épouse ». Là où le sénatus-consulte Velléien édicte une interdiction générale, applicable également aux femmes non mariées (*feminae*), d'intercéder en faveur d'autrui, l'Authentique, pour sa part, proscribit fermement tout engagement de la femme mariée (*mulier*) en faveur de son mari.

¹⁴⁰¹ Le texte de l'édit de 1606 est rapporté intégralement par Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien dans le duché de Normandie*, Paris, 1722, première partie, chapitre IV, pp. 53-54 et par François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XV (août 1589 - mai 1610), Paris, 1829, pp. 302-303.

¹⁴⁰² L'accueil réservé à l'édit de 1606 par les divers Parlements du Royaume met en évidence la diversité des sentiments que le texte royal a pu inspirer selon les provinces : si le Parlement de Paris l'a enregistré dès sa promulgation et l'a appliqué à ses pays de droit écrit (déclaration d'avril 1664), l'attitude des cours royales dénote la difficulté qu'il y eut à faire tenir la volonté royale pour droit commun du Royaume. Ainsi, le Parlement de Dijon a enregistré le texte le 7 août 1709, mais le Parlement de Rennes, pour sa part, attendit le 23 décembre 1683 pour enregistrer une déclaration royale en date du même mois qui reprenait, en substance, les termes de l'édit de 1606. Dans le reste du Royaume, l'hostilité fut prédominante, puisque les Parlements de Rouen, Bordeaux, Toulouse, Pau, Aix et Grenoble refusèrent catégoriquement de l'enregistrer. Parmi les régions annexées sous le règne de Louis XIV, le texte ne fut pas davantage reçu en Pays-Bas français et en Alsace, à la différence de la Franche-Comté, qui s'y soumit à la suite d'une ordonnance de 1704. Sur l'histoire contrariée du Velléien en France, voir Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien dans le duché de Normandie*, Paris, 1722, première partie, chapitres IV-VII, pp. 33-104 ; Paul GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et, en particulier, sur le sénatus-consulte velléien*, Paris, 1867, pp. 454-464 ; Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne*, *op. cit.*, pp. 29-46. Pour les Pays-Bas français, à la fin du XVII^e et au tout début du XVIII^e siècle, voir Jacques LORGNIER, « Les droits de la femme en « questions », apport des arrêtistes du Parlement de Tournai à la science du droit », in Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, *Les recueils d'arrêts et de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)*, CHJ Lille II, Lille, 2005, pp. 147-218, spéc. pp. 195-196.

régime communautaire, qui repose, pour sa part, sur l'idée d'une collaboration étroite des époux et de leurs fortunes respectives. Dans un régime sociétaire, l'acte d'intercession pour autrui y est bien plus naturel que dans un régime séparatiste, qui l'envisage avec défiance et même avec hostilité.

Ainsi, à rebours de l'unification juridique que le Conseil du roi appelait de ses vœux, cette question de droit devient la source de conflits de coutume selon le lieu d'établissement du domicile des époux et le lieu de situation de leurs biens : de fait, le contentieux naît essentiellement des engagements que peut contracter une femme mariée, suivant qu'elle est protégée ou non par le Velléen. En effet, doctrine et jurisprudence s'accordent, à la quasi unanimité, pour donner pleine compétence à la loi personnelle de la femme, c'est-à-dire à la loi de son domicile au moment de la passation de l'acte¹⁴⁰³, domicile qui coïncide, quasi systématiquement, avec celui de son mari lorsqu'elle est mariée. En effet, dans ce dernier cas, la situation révèle l'étroite dépendance dans laquelle se retrouve la femme envers son époux : l'incapacité velléienne est, alors, naturellement perçue comme un « effet du mariage ». Cette qualification de statut personnel vaut, d'ailleurs, tant pour les pays qui ont maintenu le Velléen, tels la Normandie ou les pays de droit écrit, que pour ceux qui l'ont abrogé, comme c'est le cas, entre autres, des provinces qui intègrent le vaste ressort du Parlement de Paris et elle n'est guère discutée en jurisprudence. Lors de sa séance du 29 juillet 1713, la Conférence des avocats du barreau de Paris estime, sans qu'il y ait lieu à grandes discussions, que « le Velléen est un statut personnel »¹⁴⁰⁴.

Cependant, l'étude de cette jurisprudence, tant parisienne que provinciale, démontre que les magistrats ont toujours le souci de ménager une place à la loi réelle dans le règlement des litiges touchant à l'incapacité velléienne. Leur démarche conduit néanmoins à distribuer les compétences entre les différents statuts et à morceler une institution qu'ils s'accordent pourtant à voir comme un effet du mariage : à la loi personnelle, l'on demande, dans un premier temps, de statuer sur la capacité ou l'incapacité de la femme mariée et d'en régler les sanctions éventuelles ; et, à la loi réelle, dans un second temps, de décider si les créanciers du mari peuvent obtenir exécution de l'obligation sur les biens de l'épouse et dans quelle mesure leurs droits sont fixés à l'égard du patrimoine de celle-ci¹⁴⁰⁵. Dans un tel cas de figure, il suffit que l'engagement de la femme mariée ait à s'exécuter sur des biens situés dans un territoire qui maintient fermement la prohibition du Velléen pour qu'il s'en trouve anéanti dans les limites dudit territoire. L'exemple le plus emblématique demeure ainsi celui de Normandie dans lequel le sénatus-consulte provincial fait victorieusement barrage, à Rouen et à Paris, à l'intercession pour autrui souscrit par une femme domiciliée ailleurs.

L'entrée en jeu de ce statut local, à chaque fois qu'un acte d'intercession souscrit par une femme mariée reconnue pleinement capable par son statut personnel entend étendre ses effets de manière extraterritoriale, n'est pas sans soulever des interrogations sur la nature même de cette intervention. En effet, celle-ci se constate partout où la prohibition du Velléen s'est perpétuée,

¹⁴⁰³ Bertrand LEMARIGNIER, *La conférence des avocats, op. cit.*, pp. 33-34 ; Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne, op. cit.*, pp. 69-80, spéc. pp. 76-80.

¹⁴⁰⁴ Bertrand LEMARIGNIER, *La conférence des avocats, op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁰⁵ Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne, op. cit.*, p. 101, qui cite Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléen dans le duché de Normandie*, Paris, 1722, p. 534 : « On demeurera, si l'on veut, d'accord que le Velléen est un statut personnel ; qu'il s'attache à la femme seule qui est domiciliée dans un pays où l'exception du sénatus-consulte a lieu ; et que, par conséquent, il ne peut avoir pour objet celle qui fait sa résidence actuelle à Paris. C'est à d'autres dispositions qu'il faut avoir recours pour établir que la femme qui a son domicile en cette ville ne peut hypothéquer par des contrats d'intercession les immeubles qu'elle possède en Normandie ; et ces lois qui sont tirées du Droit Romain font certainement des dispositions réelles qui s'attachent aux fonds ».

comme en Normandie ou dans les pays de droit écrit, mais également dans la pratique du Parlement de Paris, là où l'édit de 1606 a mis un terme définitif à l'incapacité velléienne. Comment s'expliquer cette résistance affichée par toutes ces juridictions envers un engagement valablement contractée par une femme domiciliée dans le ressort des Parlements de Paris, Dijon ou encore Rennes ? Pourquoi lui refuser, *in fine*, ce que son statut personnel lui accorde en théorie ?

En la matière, le statut personnel réglant la capacité de la femme à intercéder pour autrui se heurte aux intérêts défendus par la *lex rei sitae*, donc par le statut réel, qui vient protéger les immeubles sis sur le territoire de toute exécution à leur égard et satisfait les impératifs de conservation des biens dans la famille¹⁴⁰⁶. Si le Velléien – et, d'une manière générale, la capacité de la femme à intercéder pour autrui – n'en demeure pas moins un statut personnel, comme s'accordent à le répéter inlassablement jurisprudence et doctrine, la prohibition qu'il porte n'a pas vocation à s'appliquer uniquement aux femmes qui sont domiciliées sur le territoire de la coutume qui l'a édictée : elle s'étend également aux femmes qui, étrangères à ladite coutume, y sont assujetties à raison des biens qu'elles possèdent sur le territoire.

« Il faut convenir qu'il est peu de questions qui aient été jugées par un aussi grand nombre d'arrêts », relève Froland dans ses *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien dans le duché de Normandie*¹⁴⁰⁷. De fait, les Parlements de Paris et de Rouen, mais également, de manière plus exceptionnelle, le Grand Conseil¹⁴⁰⁸, à chaque fois que la question est soumise à leur examen, s'accordent à reconnaître que le Velléien est un statut prohibitif dont la valeur impérative ne peut souffrir d'être méconnue, y compris par une femme qui est, en théorie, habilitée à s'obliger sur les biens qu'elle possède en Normandie ou en pays de droit écrit. Le Parlement de Rouen, dans un arrêt *Delahaye* du 20 décembre 1607, a statué en ce sens si l'on en croit Josias Bérault :

[Certains avocats du barreau de Rouen, évoquant cette « question notables », ont été d'avis que] la Coutume, en la prohibition d'aliéner par la femme ses biens ou s'obliger, n'a pas tant considéré l'habilité ou inhabilité d'icelle qu'elle a voulu prévenir la fragilité et infirmité du sexe, et assurer le bien d'icelle à ses successeurs lui en défendant l'aliénation quelque part qu'elle contracte, en quoi la Coutume est réelle et *rebus imposita*, sur lesquelles elle ne permet qu'une obligation, en quelque lieu qu'elle soit faite, soit exécutée en Normandie, où elle a mis la prohibition et interdiction. Et imposant la Coutume loi aux biens qui sont sous son district, elle lie aussi ceux qui les possèdent, lesquels, pareillement, en ce regard, sont sujets à icelle Coutume. Comme pour les successions, partages et décrets, la Coutume du lieu où un homme décédera ne sera pas suivie pour sa succession, ni pour les partages non plus, ni pour les donations (art. 440 à la fin), ains celle du lieu où sont assis les biens, laquelle Coutume en dispose et ordonne, et oblige les héritiers lesquels, pour ce regard, sont sujets à icelle. Que, si cette Coutume ne s'étendait aux contrats faits hors la province, elle serait facile à éluder et défrauder, en ce qu'un mari dilapidateur, ou une femme emportée de passion et désir d'avantager son mari ou les parents d'icelui, n'auraient qu'à passer ou faire leur domicile hors la province, là s'obliger et, en vertu de telles obligations, faire vendre le dot et le réduire en meuble ou du tout le dissiper. Or, il y a de l'intérêt public en la conservation du dot, et la loi prohibitive d'aliéner est tellement favorable, que, de droit civil, *plenius interpretanda est* comme dit la *Lex Julia* (D. 23.5.4.), comme tiennent aussi les Docteurs. Et telle est l'intention de la Coutume de Normandie, laquelle, comme plus conforme à la raison et utilité publique, ne peut être, par telles voies et subtilités, dépravée. (...) Et, de fait, suivant cette opinion, a été sur semblable fait jugé par arrêt du Parlement de Normandie le vingtième décembre 1607, entre René

¹⁴⁰⁶ Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne*, *op. cit.*, pp. 94-95.

¹⁴⁰⁷ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien dans le duché de Normandie*, Paris, 1722, deuxième partie, chapitre III, p. 539.

¹⁴⁰⁸ Sur le Grand Conseil, en tant que juridiction royale d'exception, voir Jean-Pierre ROYER, *Histoire de la justice en France*, 3^e édition refondue, 2001, p. 102, n°65, note 1.

de Hastes, sieur de la Haye et Jean et Nicolas de Fresnes, plaidants Sallet et Paulmier. Par lequel fut dit qu'un créancier n'avait pu, en vertu de l'obligation de la femme mariée et domiciliée hors la Normandie et condamnation même du Parlement de Paris donné contre elle aussi bien que contre son mary, décréter ses biens dotaux situés dans le district de la Coutume de Normandie, et la saisie qu'il en avait faite fut, pour ces raisons, déclarée cassée.¹⁴⁰⁹

L'intervention du statut réel prohibitif s'étend non seulement aux biens situés sur le territoire, mais aussi à « ceux qui les possèdent » qui deviennent, à ce titre, les « sujets » de la coutume de leur lieu de situation, quand bien même n'auraient-ils d'autre lien avec le territoire que les biens qu'ils y ont. Pour obvier aux manœuvres perpétrées par quelque époux tenté de contourner la prohibition, il importe donc de faire rentrer dans son champ d'application tout acte d'intercession passé en dehors des limites de la coutume qui aurait vocation à déployer ses effets sur les biens qui s'y trouvent. « Telle est l'intention de la Coutume de Normandie, laquelle, comme plus conforme à la raison et utilité publique, ne peut être, par telles voies et subtilités, dépravée » : le double impératif de l'ordre public territorial et la lutte contre la fraude à la loi justifient ainsi que le Velléen, disposition coutumière indiscutablement personnelle, se double d'une dimension réelle, qui neutralise toute exécution extraterritoriale d'un droit valablement acquis à l'étranger. Alors que le Parlement de Paris avait décidé qu'une femme mariée et domiciliée à Paris, qui s'était obligée conjointement avec son mari, était valablement tenue de s'acquitter de sa dette en vertu de la coutume de Paris, le Parlement de Rouen s'abstient de se prononcer sur ce point et se contente uniquement, conformément au droit normand, d'ordonner la mise à néant de la saisie faite sur les biens dotaux de la femme situés en Normandie. La prohibition normande, réelle, l'emporte sur le fonctionnement normal de la règle de conflit.

De manière plus révélatrice, le Parlement de Paris et le Grand Conseil, loin de demeurer indifférents aux préoccupations de l'ordre public normand, confirment, à de très nombreuses reprises, la prédominance du statut prohibitif normand par toute une suite d'arrêts à laquelle donne lieu, postérieurement à l'édit de 1606 et, plus particulièrement, à partir des années 1660, cette question de l'exécution du Velléen sur des biens situés en Normandie. La juridiction parisienne affirme et maintient sa position à travers une série d'arrêts emblématiques que relaient, à leur tour, les arrêtistes. Ainsi, le même jour, le 6 septembre 1664, le Parlement rend deux arrêts, *Gillone d'Harcourt, Comtesse de Fiesque* et *Dame Maignart* (ou *de Flavacourt*), qui font application du statut prohibitif normand aux engagements valablement souscrits par des femmes mariées domiciliées dans le détroit de la coutume de Paris. Dans ses *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléen*, Louis Froland rend compte de ses deux arrêts de la manière suivante :

Le plus ancien arrêt du Parlement de Paris que je sache avoir disertement jugé la question est celui qui fut rendu en la première Chambre des Enquêtes, le 6 septembre 1664, par lequel Dame Gillone d'Harcourt qui avait épousé (...) Messire Léon, Comte de Fiesque, dont elle était veuve ;

¹⁴⁰⁹ Josias BERAULT, *La coutume reformée du pays et duché de Normandie*, 6^e édition, Rouen, 1660, art. 538, p. 666, rapporté par Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléen*, *op. cit.*, deuxième partie, chapitre III, pp. 539-541. L'arrêt est également commenté par Denis LE BRUN, dans son *Traité de la communauté entre mari et femme*, Paris, 1734, livre II, chapitre II, section V, pp. 313-314, aux n^o34-35. Il s'appuie dessus pour démontrer que le sénatus-consulte Velléen est un statut réel prohibitif, d'extension purement territoriale et à caractère odieux : « à plus forte raison, le Velléen qui défend à la femme de s'obliger est aussi simple réel et local, comme peu favorable, et gênant la liberté naturelle : ce qui répond à la qualité de statut prohibitif » (n^o34 *in fine*). Or, si nul ne conteste en doctrine et en jurisprudence que le Velléen est bien un statut prohibitif, Le Brun est l'un des rares à considérer que la prohibition qui fait défense à la femme de s'obliger est nécessairement réelle. Sur cette opinion minoritaire, qu'il partage avec Bérault ou encore Bourjon, voir Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléenne*, *op. cit.*, pp. 70-71.

qui avait été mariée à Paris avec soumission à la Coutume de Paris et dérogation à toute autre ; et qui avait son domicile en cette ville, fit ordonner la mainlevée des saisies qui avoient été faites sur ses biens de Normandie à la requête de créanciers envers lesquels elle s'était obligée pendant son mariage avec le Comte de Fiesque, son mari (...).

Par un second arrêt du même jour, 6 septembre 1664, et en la même Chambre, on jugea que Dame Catherine Maignart, fille de Monsieur Maignart de Bernières, président à Mortier au Parlement de Normandie, dont le contrat de mariage avec Monsieur Philippe de Fouilleuse, Marquis de Flavacourt, domicilié dans la Coutume de Senlis, avait été fait en la ville de Rouen, suivant la plupart des clauses ordinaires aux contrats qui se font dans la Province, et qui, après la célébration, était allée demeurer dans la terre où le Marquis de Flavacourt avait son établissement, avait pu s'obliger par différents contrats qu'elle avait faits avec son mari, mais que ses obligations ne pouvaient être exécutoires que sur les biens situés hors la Province de Normandie.¹⁴¹⁰

Ces décisions sont les premières d'une longue suite d'arrêts conformes, qui, tous, constatent la vigueur et la permanence du statut prohibitif normand comme obstacle à la réalisation de l'acte valablement conclu par une femme mariée au bénéfice d'un tiers. A plusieurs reprises, et dans un laps de temps très bref, les diverses formations du Parlement eurent l'occasion d'affirmer la position de la juridiction parisienne, si l'on en croit Louis Froland : la première Chambre des Enquêtes, par l'arrêt *Cadot*, du 4 août 1668¹⁴¹¹ ; la deuxième Chambre par l'arrêt *De Maillé*, du 7 septembre 1695¹⁴¹² et par l'arrêt *Malet* du 12 juin 1717¹⁴¹³ ; la troisième Chambre par l'arrêt *d'Orillac* (ou *de Janval*) du 4 septembre 1699¹⁴¹⁴ ; la quatrième Chambre par l'arrêt *de Chamilly*

¹⁴¹⁰ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, op. cit., deuxième partie, chapitre III, pp. 550-551. L'auteur commente longuement l'arrêt de Flavacourt aux pages 551-554. Les deux arrêts sont intégralement reproduits par ses soins aux pages 590-591.

Sur l'arrêt *d'Harcourt* (ou *de Fiesque*), voir Denis LEBRUN, *Traité de la Communauté*, op. cit., livre II, chapitre II, section V, p. 315, n°37 ; Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne*, op. cit., p. 91.

Sur l'arrêt de Flavacourt, voir Denis LEBRUN, *Traité de la Communauté*, op. cit., livre II, chapitre II, section V, p. 315 et 318, n°37 et 45 ; Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, op. cit., pp. 38 et 57-60 ; Bertrand LEMARIGNIER, *La conférence des avocats*, op. cit., pp. 26-27 (arrêt reproduit dans l'appendice III, p. 101) ; Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne*, op. cit., p. 91. L'arrêt de Flavacourt est le plus explicite des deux : « La Cour déclare le contrat de constitution de rente exécutoire contre lesdits de Fouilleuse comme il l'était contre ladite Maignart, leur mère, sur les biens qui se trouveront appartenir à ladite Maignart situés hors la coutume de Normandie seulement » (soulignés par nos soins).

¹⁴¹¹ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, op. cit., deuxième partie, chapitre III, pp. 554 et 591-592 (reproduction du texte de l'arrêt). La première Chambre « ...déclare les lieux et héritages assis en Normandie, par ladite [Jourdain] Cadot apportés en dot, et qu'elle avait lors de son Contrat de mariage avec ledit Goureau du 14e jour de février 1634, reconnu par-devant Notaires du Châtelet le 17e jour de janvier 1641, déchargés du principal et arrérages de ladite rente dont est question ; lui fait mainlevée des saisies des fruits et revenus échus depuis le décès de son mari ».

¹⁴¹² Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, op. cit., deuxième partie, chapitre III, pp. 565-575 et 594 (reproduction du texte de l'arrêt) : « Notre dite Cour... déclare le contrat de constitution dudit de la Martelière [l'un des créanciers] dudit jour 24 février 1666, et acte de ratification du 25 juillet audit an exécutoires contre lesdits de Maillé tout ainsi que le tout était contre ladite Gabrielle de Guilbert, leur mère, pour le total du principal et arrérages de ladite rente à cause des biens de ladite succession d'icelle de Guilbert situés hors la Province de Normandie ».

¹⁴¹³ Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1751, t. 6 (1711-1717 par Michel DU CHEMIN), livre VII, chapitre XLVII, pp. 453-455 : l'appelant, débouté de ses demandes, est invité « à se pourvoir pour exercer et faire valoir ladite créance sur les biens de ladite Marguerite Malet, autres que ceux situés dans l'étendue de la Coutume de Normandie, ainsi qu'il avisera bon être », commenté par Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tome 1^{er}, titre I, chapitre III, observation XIII, Paris, 1766, pp. 188 et 194-196.

¹⁴¹⁴ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, op. cit., deuxième partie, chapitre III, p. 558 : « L'Arrêt qui fut donné en la troisième Chambre des Enquêtes le 4 Septembre 1688... déchargea pareillement le douaire de Dame Françoise d'Orillac sur les biens de Pierre de Bordeaux, écuyer sieur de Janval, son mari, situés en Normandie des obligations qu'elle avait contractées avec lui dans le temps qu'ils avoient leur domicile sous la Coutume de Senlis ». Voir aussi, *eod. loc.*, chapitre I, pp. 470 et 488, chapitre IV, pp. 625 et 720, chapitre VII, p. 763. L'arrêt, que Froland évoque indifféremment sous ses deux noms, est reproduit dans ses *Mémoires* à la page 772.

du 28 août 1700¹⁴¹⁵, et, de manière plus retentissante encore, la Grand'Chambre par les deux arrêts *de Pipemont* (ou *d'Angerville*) du 13 (ou 21) août 1686¹⁴¹⁶ et *de Béthune* du 20 juin 1689¹⁴¹⁷.

Le problème soulevé par la prohibition portée par le sénatus-consulte Velléien normand a également été soumis à l'examen du Grand Conseil, qui rendit, à la même époque, trois décisions sur cette question : les arrêts *de Vieuxpont*, du 28 juin 1669¹⁴¹⁸, *Morand de Rupières*, du 25 janvier 1679¹⁴¹⁹, et *de Molac* du 28 mars 1703¹⁴²⁰. Le Grand Conseil ne fait, dans ces trois cas fort similaires, qu'entériner les jurisprudences des Parlements de Paris et de Rouen, en appliquant la distinction entre la validité de l'intercession (qui, à aucun moment, n'est mise en question) et effets de cette même intercession en ce qui concerne les droits des créanciers¹⁴²¹. Le sens de ces arrêts ne fait guère de doute sur le raisonnement qui a présidé à ces solutions : si la qualification n'est jamais

¹⁴¹⁵ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, *op. cit.*, deuxième partie, chapitre III, pp. 575-576 et 594 (reproduction du texte de l'arrêt) : « La Cour en la quatrième Chambre des Enquêtes, eu égard aux lettres de rescision de ladite de Nonan [comtesse de Chamilly] ..., l'a remise et restituée contre les actes, contrats et obligations par elle passés contre la disposition de la Coutume de Normandie, par lesquels elle aurait affecté et hypothéqué les terres... situées en Normandie ».

¹⁴¹⁶ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, *op. cit.*, deuxième partie, chapitre III, pp. 557-558 : « la Cour débouta plusieurs créanciers de Dame Claude de Pipemont des demandes qu'ils avaient formées, sauf à se pourvoir sur les biens de leur débitrice autres que deux terres qu'il désigne, et qui étaient situées en Normandie. Cette Dame était originaire de Picardie, et elle y avait été mariée avec stipulation de communauté avec Messire Charles de l'Estendart, Chevalier Baron d'Angerville qui demeurait en Normandie, où il l'avait menée depuis la célébration du mariage dans le lieu de son établissement, et d'où, dans la fuite, il l'avait retirée pour aller demeurer en Picardie où ils avaient constitué leur domicile, et où ils avaient ensemble contracté quelques dettes qui avaient été ratifiées depuis, et même exécutées en partie ». Voir aussi, *eod. loc.*, chapitre IV, pp. 717-719, chapitre VII, p. 763 et pp. 770-772 (reproduction du texte de l'arrêt).

¹⁴¹⁷ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, *op. cit.*, deuxième partie, chapitre III, pp. 558-564 et 593 (reproduction du texte de l'arrêt) : « Entre Geneviève de Miée, veuve de Messire Philippe de Béthune, vivant Chevalier Seigneur Vicomte de Meaux, opposante aux saisies et arrêts faits entre les mains des fermiers de ses terres situées en Normandie et demanderesse en mainlevée desdites saisies et arrêts, et Messire Armand Jacques de Gourgues, Chevalier Marquis d'Aulnay ; vu parla Cour, etc. Tout considéré, ladite Cour, faisant droit sur le tout, a reçu ladite de Miée opposante aux saisies faites à la requête dudit de Gourgues ès mains desdits Jean et Guillaume le Hongre, Jean Pelletier, et Philippe le Clerc, fermiers des terres de Guépré, Coulommès et Bonnet ; ce faisant, fait mainlevée pleine et entière à ladite de Miée desdites saisies, sauf audit de Gourgues à se pourvoir sur les autres biens de ladite de Miée situés hors la Coutume de Normandie ; et sur le surplus de la demande de ladite de Miée à l'égard de sa saisie faite ès mains de François le Goust, fermier de ladite Terre de la Bigne hors de Cour ».

¹⁴¹⁸ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, *op. cit.*, deuxième partie, chapitre III, pp. 554-555, qui commente ainsi l'affaire par l'observation suivante : « J'ai lu quelque part, que [le] contrat de mariage [entre la Dame de Vieuxpont et son mari, Messire Thomas Morand de Mesnil-Garnier] avait été fait à Senlis ; mais, ailleurs, j'ai lu qu'il avait été fait à Paris. Quoi qu'il en soit, la chose est indifférente ; c'est la seule loi du domicile actuel qui fixe, comme nous avons déjà dit bien des fois, la capacité de la femme, et l'effet de son pouvoir ne peut être arrêté que par les dispositions prohibitives des coutumes sous lesquelles sont situés les biens sur lesquels on veut mettre à exécution les actes qu'elle a passés ».

¹⁴¹⁹ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, *op. cit.*, deuxième partie, chapitre III, pp. 556-557, où l'héritier, Messire Charles Thomas Morand de Rupières, fait dire et ordonner par le Grand Conseil que les biens de son père situés en Normandie demeureront « déchargés des droits et hypothèques » que les créanciers de ses parents prétendent exercer à son encontre. Froland relève, à cette occasion, qu'en dépit des incertitudes qui entourent l'arrêt, « du moins, ce qu'il a jugé sert-il à faire voir le penchant naturel que les juges ont d'affranchir les biens de cette Province de l'obligation des femmes auxquelles ils semblent, en quelque façon, appartenir ».

¹⁴²⁰ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, *op. cit.*, deuxième partie, chapitre III, pp. 576-587 et 595 (reproduction du texte de l'arrêt), où le Grand Conseil donne raison à l'argumentaire de l'avocat de la Dame de Molac, argumentaire très influencé par les thèses de Bertrand d'Argentré : « Par l'arrêt qui fut rendu le 18 Mars 1703, au rapport de Monsieur Poncet, on entérina les Lettres de la Dame Marquise de Molac ; on déclara ses obligations nulles par rapport *aux biens de Normandie* ; et, en conséquence, on fit mainlevée de la saisie réelle qui en avait été faite, et des saisies et arrêts que Monsieur le Duc de Mazarin ou ses créanciers avaient pareillement fait faire entre les mains des fermiers desdites terres, et de ceux qui avaient acheté les bois de haute futaie qui en dépendaient ».

¹⁴²¹ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, *op. cit.*, deuxième partie, chapitre III, p. 576, introduit l'exposé de l'affaire *de Molac* en ces termes : « Le Grand Conseil ne s'est jamais écarté de notre maxime, et, dans toutes les occasions qui se sont présentées il l'a perpétuellement fait valoir ».

employée, sans doute parce que trop théorique, le sénatus-consulte Velléien a bien une valeur de « statut réel prohibitif » dans l'esprit des juges qui se soucient davantage de l'exécution de l'acte à l'intérieur d'un détroit coutumier au regard de l'ordre public qui y a cours que d'imposer à l'aveugle la règle de conflit destinée à statuer sur ces cas d'intercession.

La plupart des affaires recensées en jurisprudence ayant trait au Velléien concernent directement la Coutume de Normandie et le particularisme d'un ordre public provincial qui entrent en contradiction avec la mise en œuvre ordinaire de la règle de conflit, elle-même confortée, dans une grande partie du Royaume, par l'Edit de 1606. Sans prétendre traiter avec la même ampleur le cas des pays de droit écrit, dont on rappelle qu'ils ont conservé, sauf rares exceptions locales, le Velléien en refusant d'enregistrer le texte royal, les quelques arrêts rendus par les Parlements s'inscrivent dans la même communauté d'idées que ceux relatifs à l'environnement normand¹⁴²². Ainsi en est-il du Dauphiné : l'arrêt *Pernard* du Parlement de Grenoble rappelle, selon le commentaire qu'en donne Nicolas Chorier dans sa *Jurisprudence de Guy Pape*, l'existence d'un « droit réel » auquel nulle convention ne peut déroger :

Le droit écrit observé dans le Dauphiné ne permet ni l'aliénation, ni l'hypothèque des fonds dotaux ; et ce droit, à cet égard, est réel ; de sorte que ni le mari, ni la femme, soit séparément, soit conjointement, n'y peuvent contrevenir, ni vendre ou assujettir à ces fonds à aucune hypothèque en quelque lieu qu'ils habitent et en quelque lieu qu'ils contractent... C'est ce qui a été jugé par arrêt du 26 mars 1688 pour une Demoiselle Méraude Pernard contre sieur Nicolas Magnie de Champvieux, qui, pour le payement d'une somme à laquelle elle s'était obligée à lui solidairement avec son mari, par acte du mois d'août de l'an 1671, stipulé à Curis [*Curis-au-Mont-d'Or*] dans le Lyonnais, avait procédé contre elle à saisie de quelques uns de ses fonds dotaux situés dans le Dauphiné. Il avait soutenu dans l'instance qu'elle et son mari habitaient en ce temps-là dans le Lyonnais, et ce fait n'avait pas été parfaitement éclairci. Néanmoins, cette saisie fut déclarée nulle et de nul effet, par la seule considération de la situation de ces fonds, et de ce droit réel auquel les femmes, ni leurs maris ne peuvent donner d'atteinte par leurs conventions particulières¹⁴²³.

Le caractère impératif qui s'attache à ce droit réel – qu'une terminologie plus moderne n'hésiterait pas à qualifier d'ordre public – souligne à quel point l'interdiction velléienne entend s'imposer aux époux, indépendamment du lieu de leur domicile, dès lors que des immeubles sis dans le Dauphiné sont concernés par les engagements qu'ils passent à leur sujet. Le statut réel qui s'oppose invinciblement, en l'espèce, à la saisie des créanciers a été pensé pour prévenir la constitution et l'exécution de droits affectant les immeubles dauphinois : le statut réel prohibitif n'existe que pour mettre à l'abri le patrimoine de la femme possessionnée en Dauphiné à l'abri des poursuites de ses créanciers. L'arrêt *Pernard* trouve sa confirmation dans la décision rendue par le Parlement de Paris dans l'affaire *Comtesse de Clermont-Tonnerre* le 7 juillet 1690. En confirmant la sentence des Requêtes de l'Hôtel du 26 mai 1690 en faveur de la Comtesse, qui contestait les saisies réelles effectuées par ses créanciers sur des biens situés en Dauphiné, la Cour s'approprie la distinction sur laquelle les juges de première instance avaient appuyé leur jugement :

¹⁴²² Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, op. cit., deuxième partie, chapitre III, p. 564, observe, d'ailleurs, que : « Les fonds de Normandie appartenant à des femmes qui ont leur domicile à Paris ne sont pas les seuls qu'on ait déchargés des obligations qu'elles avaient contractées avec leurs maris, tandis qu'on y affectait les biens qu'elles possédaient sous des coutumes libres ». La pratique ne se limite donc pas à sa province.

¹⁴²³ Nicolas CHORIER, *La jurisprudence du célèbre conseiller, et juriconsulte, Guy Pape dans ses décisions*, seconde édition, Paris, 1769, livre IV, section I, article 3 (« De la coutume des lieux où se font les actes »), p. 206.

[la Cour] lui fait mainlevée des saisies réelles sur elle faites à la requête des parties de Rets, ensemble des oppositions formées par les parties de Rets et Martin, tant à icelles, qu'aux autres saisies réelles et criées faites à la requête de Brûlé, des terres et biens à elle appartenant situés dans le Ressort du Parlement du Dauphiné seulement ; ordonne que les saisies réelles et oppositions seront rayées des Registres ; sauf aux parties de Rets et Martin à se pourvoir sur les biens du sieur de Clermont ainsi qu'elles aviseront¹⁴²⁴.

Le Parlement de Paris eut également à se prononcer sur le sort de biens situés en Auvergne et elle le fit par l'intermédiaire de l'arrêt *Fauvelet* du 29 août 1711, étudié par Louis Boullenois dans la sixième de ses *Questions sur les démissions de biens*, en remettant au statut du lieu de situation la tâche de décider de l'effet, ou non, sur le territoire des actes qui engagent le patrimoine foncier de la demoiselle Fauvelet :

C'est par la force de ces principes que, par arrêt du 29 août 1711, rendu en la Coutume d'Auvergne, où, par l'article 3 du chapitre 14, il est défendu au mari et à la femme conjointement ou séparément, constant le mariage, de vendre, aliéner ou autrement disposer des biens dotaux de la femme au préjudice d'elle, et où telle dispositions sont nulles et de nul effet.... Cette forme de prononciation [*annulant la saisie réelle et en en donnant mainlevée*] fait connaître que la Cour ne se détermina que par la force de la Coutume qu'elle regarda comme un statut réel, puisque l'obligation et le billet ne furent déclarés nuls qu'en ce qui concernait les biens dotaux, lesquels, dans le fait, étaient situés en Auvergne ; en sorte que l'obligation, le billet et les condamnations obtenues subsistaient sur les biens situés ailleurs : d'où il faut conclure que, dans la Coutume d'Auvergne, le statut qui prohibe l'aliénation des biens dotaux est réel et non personnel¹⁴²⁵.

Au terme de cette séquence jurisprudentielle, le sénatus-consulte Velléien, normand ou non, se présente comme un statut réel prohibitif, qui, loin de se substituer à la règle de conflit unanimement reçue (qui désigne la loi du domicile de la femme pour déterminer la validité de son engagement¹⁴²⁶), remplit une fonction de correctif à l'égard des effets normalement attachés à la mise en œuvre de ladite règle de conflit et qui étaient appelés à s'exécuter sur le territoire de la coutume, et cela afin de satisfaire un intérêt jugé supérieur par cette dernière. Comme le souligne Boullenois, « le statut personnel vient échouer contre le statut réel et cela est dans la règle »¹⁴²⁷. Plus encore, dans toutes les régions qui ont maintenu le Velléien avec la plus grande fermeté, les dispositions qui y sont relatives sont mélangées de personnel et de réel, selon que l'on détermine la capacité d'une femme à s'engager dans un acte d'intercession pour autrui ou que l'on considère l'effet qu'il convient de donner à cet acte sur les biens situés sur le territoire d'une coutume prohibitive¹⁴²⁸. Pour reprendre l'exemple normand, la prohibition du Velléien est personnelle pour

¹⁴²⁴ Louis FROLAND, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien*, *op. cit.*, deuxième partie, chapitre III, pp. 564-565 et 593-594 (reproduction des textes de la sentence et de l'arrêt confirmatif).

¹⁴²⁵ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 88-89.

¹⁴²⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXVII, n°5-13 (*Œuvres de jurisprudence*, t. 1, pp. 751-752), range sans hésiter le Velléien parmi les statuts qui sont personnels parce que, « pour quelque cause publique, [ils] contiennent des prohibitions aux personnes qui leur sont soumises » (chapitre XXVII) et prend position, comme Froland et Boullenois, en faveur de la loi du domicile actuel de la femme au moment du contrat. En revanche, il critique ceux qui, à son goût, suivent trop servilement la jurisprudence, comme Froland, et dénie ainsi fermement tout caractère réel à la prohibition de la coutume de Normandie. Voir Hugues RICHARD, « La place du président Bouhier », *op. cit.*, p. 137.

¹⁴²⁷ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, p. 88.

¹⁴²⁸ La majeure partie de la doctrine – Flaust, Froland, Boullenois et, après celui-ci, Merlin – accepte sans difficulté ce concours des statuts personnel et réel : sur leurs justifications, voir Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne*, *op. cit.*, pp. 100-102. Cette explication heurte profondément la sensibilité personnaliste du président Bouhier et l'attachement à l'exclusivité du statut réel manifesté par Denis Lebrun : *ibidem*, pp. 97-99.

les femmes normandes, les frappant d'incapacité à l'intérieur comme à l'extérieur du détroit coutumier, et réelles pour les femmes non normandes, pour les immeubles qu'elles possèdent sur le territoire de Normandie. En cela, le Velléien s'apparente à un de ces « statuts mixtes » que la doctrine a eu pourtant tant de mal à cerner, voire à accepter¹⁴²⁹ ; c'est le prix à remplir pour maintenir l'organisation sociale et familiale que la coutume entend défendre. Ainsi que le montre l'application systématique du statut réel en jurisprudence par le Parlement de Paris, le correctif induit par le statut réel prohibitif ne remplit pas seulement le rôle d'une exception d'ordre public coutumier, mais bel et bien d'une loi de police qui oblige tous ceux qui possèdent des immeubles sur le territoire et qui est bien reconnue comme telle par une juridiction étrangère¹⁴³⁰.

7) Les donations entre époux.

La qualité d'époux justifie, aux yeux du droit de l'ancienne France, un régime particulier qui doit s'efforcer d'assurer la protection des deux conjoints, mais également de formaliser les arrangements patrimoniaux dont leurs familles respectives conviennent au moment de contracter l'union. La liberté d'agir dont disposent les époux s'en trouve nécessairement encadrée et un certain nombre d'actes interdits ou soumis à des conditions strictes, pour cette raison, précisément, que la protection, loin de se restreindre à la seule personne des conjoints, s'étend aux lignages et aux biens qui composent leurs fortunes. Oscillant entre le statut personnel, en raison même du mariage dont elle est une spécificité, et le statut réel, par les conséquences qu'elle peut induire sur les biens de famille, la donation entre époux est un acte suffisamment grave pour faire l'objet d'une attention particulière de la part des coutumes. Selon la nature des intérêts qu'elle entend privilégier ou selon l'équilibre qu'elle tente de trouver entre l'intérêt du couple et la stabilité des fortunes, chaque coutume détermine comme bon lui semble le régime, prohibitif ou restrictif, qui lui est le plus approprié en matière de donations entre époux¹⁴³¹. La diversité des régimes ne peut, une fois de plus, que nourrir les conflits de coutumes¹⁴³².

¹⁴²⁹ C'est déjà l'interprétation que défendait Bertrand LEMARIGNIER, *La conférence des avocats, op. cit.*, p. 32, au contraire de Roger KNECHT, *Des conflits des coutumes matrimoniales, op. cit.*, pp. 181-186, et de Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil, op. cit.*, pp. 57-62. Celui-ci rapporte, p. 58, un passage de la Conférence des avocats qui fait état d'une « opinion mitoyenne, qui répute le sénatus-consulte Velléien un statut mixte, en partie réel et en partie personnel. Suivant ce sentiment, en attribuant au Velléien l'effet d'un statut personnel, on en conclurait que la femme née, mariée et domiciliée en Normandie ne pourrait point, en contractant avec son mari, obliger ses immeubles en quelques lieux qu'ils fussent situés, parce que l'obligation de la femme est nulle. En donnant pareillement au sénatus-consulte Velléien l'effet d'un statut réel, on en tirerait la conséquence que la femme née, mariée et domiciliée à Paris ne pourrait obliger ses immeubles situés en Normandie, en contractant avec son mari, parce que, quoique la femme eût la capacité personnelle, la réalité empêcherait que l'obligation de la femme, quoique valable, fit impression sur l'héritage soumis à ce statut » : Claude DUPLESSIS, *Œuvres de Maître Claude Duplessis, avocat au Parlement*, Paris, 1728, t. II, consultation VII, pp. 35-40, spéc. p. 40. Voir aussi consultation XXVI, pp. 151-160.

¹⁴³⁰ Cette qualité n'a pas manqué de frapper la doctrine contemporaine, lorsqu'elle s'autorise à prendre appui sur l'Histoire pour nourrir sa réflexion. M. Pierre Mayer relève ainsi que les lois de police « ne constituent... pas vraiment un phénomène nouveau. Ainsi, l'on cite un arrêt du Parlement de Paris du 20 juin 1689 [de Béthune, voir, *supra*, p. 560, note 1417] rendu à propos de l'intercession d'une femme parisienne pour son mari, au profit des créanciers de celui-ci. L'arrêt a décidé que l'intercession était soumise à la loi parisienne du domicile de la femme, qui la validait ; mais il a refusé de lui donner effet sur les immeubles sis en Normandie parce que la coutume normande, dans un but de protection de la femme, prohibait l'intercession. C'est un cas d'application d'une loi de police, en l'espèce d'une loi de police étrangère » : Pierre MAYER, « Les lois de police », *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1988, hors-série, journée du cinquantenaire, pp. 105-120, qui se réfère notamment à l'analyse que livre Bertrand ANCEL du Velléien normand comme statut réel prohibitif (in *Le conflit de qualifications, op. cit.*, pp. 41-43, n°36-38, spéc. n°38).

¹⁴³¹ Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n°1041-1044, pp. 1374-1377. Sur cette question, voir Nicolas LAURENT-BONNE, *Aux origines de la liberté de disposer entre époux*, Paris, 2014.

¹⁴³² Bertrand ANCEL, *Éléments, op. cit.*, pp. 317-319.

Parce qu'ils sont la seule forme de donation entre époux autorisée dans l'immense majorité des coutumes du nord du Royaume, les dons mutuels¹⁴³³ sont une source inaltérable de contentieux qui conduit les Parlements à se prononcer sur leur caractère personnel ou réel : cela est particulièrement vrai des dons mutuels qui englobent des immeubles de famille situés dans le détroit de plusieurs coutumes, parce que, en ce cas, en dépassant les frontières d'une seule et même coutume, leur situation géographique contraint les magistrats à envisager concomitamment l'application de plusieurs règles coutumières. C'était à cette question que s'était efforcé, en son temps, de répondre le Parlement de Paris dans l'arrêt *de Ganay* de 1527, dans lequel les juges parisiens ont remis, à l'invitation de Charles Dumoulin, le sort des acquêts de communauté situés en pays de droit écrit (au régime séparatiste) à la coutume du domicile des époux. Le principe est dès lors clairement établi en matière de don mutuel : l'extraterritorialité du statut personnel¹⁴³⁴ l'emporte sur la territorialité du statut réel, qui, en l'espèce, ignorait l'institution du don mutuel.

Toutefois, la règle vaut lorsque la coutume du lieu de situation, sollicitée par l'extraterritorialité du don mutuel, est simplement négative, mais elle ne vaut plus lorsqu'elle est exclusive et prohibitive de communauté. L'hypothèse devient réalité dès lors que les magistrats se retrouvent en présence d'immeubles normands. En effet, en ce domaine comme en bien d'autres, la Normandie apparaît, de toute évidence, comme une exception irréductible à la règle de conflit posée et confirmée par la juridiction parisienne : dans la diversité des régimes relatifs aux donations entre époux, la coutume de Normandie se distingue en les interdisant purement et simplement, cherchant ainsi à maintenir, de manière ferme et absolue, l'intangibilité de son propre régime matrimonial d'essence séparatiste.

Confronté aux dons mutuels destinés à s'exécuter sur des immeubles normands, le Parlement de Paris adopte la même attitude conciliatrice que celle qui préside, à la même époque, au traitement de l'incapacité velléienne¹⁴³⁵ : à la coutume du domicile conjugal, en tant que statut personnel, il revient de déterminer les conditions de formation et de licéité du don mutuel ; à la coutume du lieu de situation, en tant que statut réel, l'assiette du don mutuel et, par conséquent, la nature des droits transmis et leur exécution. Cette voie médiane – qu'autorise la méthode statutiste lorsqu'elle se préoccupe de respecter les compétences normatives des différents ordres juridiques concernés – s'explique par la conviction, entretenue par le Parlement de Paris, qu'il est impossible de faire abstraction du statut réel immobilier et des considérations d'ordre social et familial qu'il entend porter et défendre à l'intérieur du détroit coutumier. La règle dégagée par l'arrêt *de Ganay* nécessite alors d'être aménagée lorsqu'elle se heurte purement et simplement au refus opposé par une coutume résolument hostile au don mutuel. Le Parlement de Paris se résout ainsi à assortir le principe d'une réserve : l'intervention éventuelle d'un statut prohibitif qui, comme en Normandie, fait obstacle à l'exécution d'un don mutuel, reconnu valable en vertu de la loi du domicile, sur les immeubles situés sur le territoire de la coutume. C'est ce qui ressort du célèbre arrêt *de Miromesnil*

¹⁴³³ Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n°1045, pp. 1378-1379.

¹⁴³⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXII, n°96-115 (*Œuvres de jurisprudence*, t. 1, pp. 751-752), se fonde sur l'idée de convention tacite – qu'il reprend de Dumoulin et développe à l'extrême dans son œuvre – pour rattacher les donations entre époux, permises ou interdites, à la classe des statuts personnels et justifier la compétence de la coutume du domicile matrimonial, sans, néanmoins, autoriser que l'on puisse « frauder et éluder une loi prohibitive » (n°98). Il reprend très longuement la question au chapitre XXVII, n°37-82 (*eod. loc.*, pp. 756-763), pour défendre le caractère personnel de la prohibition des donations entre époux et engager le fer avec tous ceux – dont Froland – qui en tiennent pour son caractère réel.

¹⁴³⁵ Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, « Du statut prohibitif (droit savant et tendances régressives) », *Mélanges Bruno Oppetit*, Paris, 2009, pp. 7-8.

du Parlement de Paris, du 31 janvier 1663¹⁴³⁶, qui, tout à la fois, reconnaît pleine force de droit à un don mutuel effectué entre des époux parisiens, conformément à la coutume de leur domicile, et en refuse l'exécution sur les acquêts normands qu'ils possèdent en Normandie, au nom de la prohibition réelle portée par l'article 410 de ladite Coutume¹⁴³⁷ :

Le mercredi à huis clos, trente-unième janvier 1663, en l'Audience de la Grand'Chambre, cette question a été jugée entre Monsieur des Hameaux, d'une part, et la veuve de Monsieur de Miromeny (*sic*) vivant Maître des Requêtes. Le contrat de mariage avait été fait à Paris : il y avait eu ensuite donation mutuelle faite entre eux : la difficulté était de savoir sur quels biens la donation mutuelle aurait son effet. Il y avait en Normandie des conquêts d'héritages immeubles, et des rentes foncières, et encore des rentes constituées.

[Après avoir ouï les arguments des deux avocats] La Cour a ordonné que la donation mutuelle n'avait aucun effet sur les biens immeubles situés dans la Coutume de Normandie, ni sur les rentes foncières ; mais seulement sur les rentes qui se trouveraient constituées à prix d'argent sur les particuliers de la province de Normandie¹⁴³⁸.

L'argument qui semble avoir emporté la conviction des magistrats est, sans nul doute, celui qu'émet la plaidoirie de Maître Billain, avocat de Monsieur des Hameaux, et qui insiste sur la conservation des patrimoines et la protection que peut réclamer les familles – et, en premier lieu, les héritiers – contre les emportements inconsidérés que l'amour conjugal peut susciter au détriment des expectatives légitimes de leurs proches. A cet égard, la disposition même de l'article 410 semble avoir été conçue spécialement pour satisfaire cet impératif et les termes choisis par l'avocat ne font que rappeler l'économie qui préside au statut réel prohibitif normand¹⁴³⁹ :

S'il est permis quelquefois de déroger à la coutume, et se soumettre à une autre, ce ne peut être qu'à l'égard des dispositions qui ne sont point prohibitives, telle que l'est l'article 410, étant contre tout usage et toute raison que des particuliers puissent déroger à un article négatif et prohibitif, joint que, l'article 410 portant une disposition en faveur des familles contre les mariés, il serait sans

¹⁴³⁶ Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1757, t. 2 (1660-1674 par François JAMET DE LA GUESSIERE), livre II, chapitre IV, pp. 120-121 ; Lucien SOEFVE, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables tant de droit que de coutumes*, Paris, 1682, t. 2, centurie II, chapitre LXXV ; Jean-Marie RICARD, *Traité du don mutuel*, tome I, chapitre III, n°46 et chapitre IV, n° 77 (in *Oeuvres de Maître Jean-Marie Ricard*, Paris, 1754, vol. 2, pp. 14-15 et 22) ; Henri BASNAGE, *Oeuvres de Maître Henri Basnage*, 4^e édition, Rouen et Paris, 1778, tome 2nd, commentaires des articles 389 (pp. 81-82) et 410 (p. 174) ; Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, *op. cit.*, tome II, pp. 895-898 (qui reproduit *in extenso* l'arrêt). Voir également Bertrand ANCEL, *Les conflits de qualifications*, *op. cit.*, n°55-57, pp. 59-61.

¹⁴³⁷ COUTUME DE NORMANDIE, article 410 : « Gens mariés ne se peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou concessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou partie, directement ou indirectement » (Henri BASNAGE, *Oeuvres de Maître Henri Basnage*, 4^e édition, 1778, tome II, p. 165). Si le célèbre commentateur de la Coutume de Normandie émet un avis initialement réservé sur la prohibition coutumière, qu'il juge trop sévère, il reconnaît, plus loin (p. 174), que : « c'est une maxime certaine, et une jurisprudence établie par les arrêts, que les donations mutuelles n'ont point lieu en Normandie », et invoque, à cette occasion, l'autorité de l'arrêt de *Miromesnil*.

¹⁴³⁸ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome II, chapitre XVIII (sur les donations mutuelles), pp. 883-885 et 895-898 (reproduction *in extenso* de l'arrêt avec les plaidoiries des avocats) ; Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, pp. 116-123, spéc. p. 118 et *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Paris, 1766, tome 2nd, II^e partie du titre II, chapitre IV, observation XXV, pp. 106-107 ; Claude DUPLESSIS, *Oeuvres de Maître Claude Duplessis, avocat au Parlement*, Paris, 1728, tome II, 47^e consultation, p. 304 ; Jean-Marie RICARD, *Traité des donations*, tome II, Paris, 1754, traité I, chapitre VII, additions, p. 92, n°343 ; Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1757, t. 2 (1660-1674 par François JAMET DE LA GUESSIERE), livre II, chapitre IV, pp. 120-121. Sur l'arrêt de *Miromesnil*, voir Bertrand ANCEL, *Les conflits de qualifications*, *op. cit.*, pp. 59-61, n°55-56.

¹⁴³⁹ Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, p. 117 : « Pour nous, le statut prohibitif de se donner entre mari et femme est regardé comme réel, parce que ce statut ne met dans les conjoints qu'une incapacité particulière, qui n'affecte pas les conjoints, mais qui n'a en vue que la conservation des biens ».

apparence qu'ils pussent déroger à un avantage qui est pour un tiers, la justice permettant bien, à la vérité, de renoncer à ces avantages particuliers, mais non pas à ceux qui regardent de tierces personnes ; et, enfin, qu'il est sans exemple que jamais l'on ait réglé les biens d'une coutume par la disposition d'une autre, y ayant toute différence à faire dans les coutumes entre les articles personnels et réels¹⁴⁴⁰.

L'arrêt *de Miromesnil* n'est que le plus emblématique d'une série d'arrêts portant sur le don mutuel et confrontant celui-ci à l'intransigeance du statut prohibitif que constitue la disposition de l'article 410 de la coutume normande : à l'arrêt *de Miromesnil*, Froland adjoint volontiers les arrêts *des Hameaux* et *de la Court*. S'inscrivant dans la continuité d'une jurisprudence rouennaise bien installée, si l'on en croit Josias Bérault¹⁴⁴¹, ces trois décisions du Parlement de Paris traduisent, chacun à leur manière, l'acceptation de l'invincible réalité territoriale imposée par la Coutume de Normandie. Certes, l'arrêt *des Hameaux*, du 31 août 1671, s'il parvient à la même solution que l'arrêt *de Miromesnil* de 1663, ne constitue pas à lui seul une autorité suffisante pour étayer la thèse du statut prohibitif, puisque les juges parisiens y adoptent, cette fois, une démarche conflictualiste en analysant le don mutuel comme une libéralité à cause de mort et en imposant, aux immeubles compris dans la donation, la compétence de la *lex rei sitae* normande. La prohibition de l'article 410, respectée par la teneur de la décision, se dilue alors dans l'ensemble des règles matérielles portées par la loi du lieu de situation, désignée par la règle de conflit¹⁴⁴². Mais l'arrêt *de la Court*, rendu le 14 mars 1693 dans une espèce similaire à celle de l'affaire *de Miromesnil*, puisqu'il porte également sur des rentes immobilières situées en Normandie, renoue avec la logique statutiste et le mécanisme du statut prohibitif :

M. [Pierre] de la Court avait épousé, dans le temps qu'il était maître des comptes à Paris, Damoiselle Antoinette Colbert et, depuis leur mariage, ils s'étaient fait un don mutuel de tous les effets de leur communauté, lequel don fut encore suivi de plusieurs donations particulières que le mari fit à la Dame son épouse.

Toutes ces donations différentes donnèrent lieu, après le décès du donateur, à une instance qui fut portée aux Requêtes de l'Hôtel entre la veuve et l'héritier, qui fut très amplement instruite ; et sur laquelle intervint sentence sur productions respectives des parties, qui statua sur tout ce qui était en contestation et jugea, entre autres choses, que les conquêts immeubles et les rentes foncières de Normandie n'étaient point entrées (*sic*) dans le don mutuel ; mais que les rentes constituées à prix d'argent, dues par des particuliers dont les biens étaient situés en cette Province, en avaient fait partie, comme étant sujettes à la Coutume de Paris qui était la loi du domicile du créancier.

¹⁴⁴⁰ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome 2nd, chapitre XVIII, p. 897. Selon le *Journal des Audiences* de Jean DU FRESNE (*eod. loc.*, p. 120), qui résume sa plaidoirie, Maître Billain aurait également souligné que : « il y a grande différence entre une disposition réelle et une personnelle. Une disposition réelle fait que l'on doit suivre la coutume du lieu où les choses sont situées ; et, ainsi, au fait particulier, les coutumes étant réputées réelles, la donation mutuelle ne peut pas s'étendre sur les biens situés en Normandie, puisque la Coutume y est contraire, et qu'elle prohibe ces sortes de donations ». Sur l'arrêt *Des Hameaux*, voir Bertrand ANCEL, *Les conflits de qualifications*, *op. cit.*, pp. 54-58, n°51-53.

¹⁴⁴¹ Josias BÉRAULT, *La coutume reformée du pays et duché de Normandie*, 6^e édition, Rouen, 1660, article CCCCX, pp. 451-452, où le commentateur de la coutume de Normandie illustre l'idée selon laquelle la « donation mutuelle des mariés... ne vaut rien » par les arrêts *Roussel* du 28 avril 1520, *de Chanseaux* du 16 août 1538, *Foubert* du 22 mars 1576 et *de Rouen* du 5 décembre 1586. Relevons, toutefois, que Bérault n'attribue pas explicitement ces arrêts au Parlement de Normandie.

¹⁴⁴² Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome II, chapitre XVIII (sur les donations mutuelles), pp. 889-890 et 900-902 (reproduction *in extenso* de la sentence des requêtes de l'Hôtel du 22 août 1686 et de l'arrêt d'appel)

Il y eut appel respectif de cette Sentence qui fut portée en la troisième Chambre des Enquêtes, où, le 14 mars 1693, fut donné arrêt, qui, à cet égard, confirma la sentence¹⁴⁴³.

En dépit des hésitations méthodologiques que semblent éprouver les magistrats parisiens, le respect constant dont ils font preuve devant le caractère réel absolu de l'article 410, rejoignant en cela l'opinion défendue par les juridictions et les commentateurs de Normandie, indique que la prohibition portée par la disposition, étendant ses effets, à raison des biens qu'ils y possèdent, aux ressortissants du Duché comme à ceux qui lui sont étrangers, revêt le caractère de « loi de police ». La constance des solutions autorise à voir dans la motivation qui les sous-tend l'objectif de conservation des biens dans les familles, qui assure, par là même, la stabilité de l'ordre social et familial de l'ancienne France¹⁴⁴⁴.

8) L'Edit des secondes noces et l'article 279 de la Coutume de Paris sur la réserve des conquêts.

Le traitement à part qu'appelle le fameux Edit des secondes noces parmi les donations entre époux se justifie par la double singularité normative que présente cette réglementation au regard des modes ordinaires de résolution des conflits de lois :

1° Singularité de sa source, d'une part, puisque l'Edit est une disposition royale qui a vocation, en théorie, à étendre ses effets sur l'ensemble du territoire, indépendamment des limites géographiques que représentent les détroits coutumiers ;

2° Singularité, également, de son agencement avec les autres sources de droit, dans la mesure où la supériorité qui s'attache au texte légal transcende le cadre habituellement intercoutumier.

En effet, parce qu'elle est une règle matérielle à portée générale, cette loi est destinée à s'imposer à l'ensemble des coutumes et à prévenir ainsi tout conflit qui pourrait survenir entre celles-ci, à une époque, pourtant, où l'autorité royale s'estime encore tenue, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir législatif, au respect des domaines traditionnellement dévolus aux coutumes. La double singularité de l'Edit des secondes noces réside dans le fait que le pouvoir royal le tient expressément pour « loi de police ».

En effet, l'Edit « des secondes noces » est le nom donné à l'Edit, préparé par le chancelier Michel de l'Hospital et promulgué par le roi François II en juillet 1560, qui, en réponse aux instances pressantes des magistrats du Parlement de Paris, décide, tout à la fois, d'interdire aux veuves qui ont eu des enfants de leur premier mariage de faire une donation à leur second époux qui excède la part successorale à laquelle a droit le moins-prenant des enfants du premier lit et d'interdire aux veufs comme aux veuves de contrarier le droit de ces mêmes enfants de récupérer les libéralités reçues du conjoint prédécédé, afin d'en faire profiter leur nouveau conjoint et les enfants issus de leur union. Cette double prohibition est une réponse du pouvoir royal au vide juridique qu'avait révélé la scandaleuse affaire *Anne d'Alègre* et auquel les parlementaires parisiens avaient demandé au roi de remédier par voie de disposition générale. Ce faisant, l'Edit des secondes noces ne fait que reprendre le contenu des deux lois romaines *Hac edictali* (C. 5. 9. 6) et

¹⁴⁴³ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome II, chapitre XVIII, pp. 889-890.

¹⁴⁴⁴ Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, « Du statut prohibitif... », *op. cit.*, p. 9.

Feminae (C. 5. 9. 3), qui avaient cours en pays de droit écrit, pour l'étendre aux pays de coutumes, qui, eux, ignoraient ces interdictions¹⁴⁴⁵.

Les motifs qui ont conduit le roi à édicter une telle loi sont, en effet, sans ambiguïté : de l'aveu même du pouvoir royal, il s'agit de prévenir toute occasion de faire naître un scandale dans les familles et d'en troubler le repos, en frappant de nullité tout acte qui tendrait à violer ou contourner la double prohibition, ainsi que le voulaient déjà les lois romaines¹⁴⁴⁶ :

...desquelles donations, outre les querelles et divisions d'entre les mères et les enfants, s'en ensuit la désolation des bonnes familles, et, conséquemment, diminution de la force de l'Etat publique : à quoi les anciens empereurs zélateurs de la police, repos et tranquillité de leurs sujets, ont voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois et constitutions sur ce par eux faites. Et nous, pour la même considération, et entendant l'infirmité du sexe, avons loué et approuvé icelles lois et constitutions.¹⁴⁴⁷

Les donations entre époux qui, à l'occasion des secondes noces, se consentiraient au détriment des héritiers du premier lit entrent ainsi dans le champ de la « police, repos et tranquillité » des sujets du Royaume, que le pouvoir royal a pour mission de prendre à sa charge : l'intérêt des familles se confond avec celui de l'Etat.

Les Parlements du Royaume reçoivent avec faveur une législation qu'ils appellent de leurs vœux et mettent leur zèle à appliquer des dispositions qui veillent si bien à la conservation des biens au sein des familles. Seuls les Parlements méridionaux ne jugent pas utile de l'enregistrer ou même de l'appliquer, non pas par hostilité envers le texte royal, mais, au contraire, parce que les lois *Hac edictali* et *feminae* paraissent se suffire à elles-mêmes¹⁴⁴⁸. Ce relatif consensus autour des règles portées par l'Edit des secondes noces explique ainsi que certains jurisconsultes – comme Louis Charondas Le Caron et Job Bouvot – les tiennent expressément pour « lois de police »¹⁴⁴⁹ :

¹⁴⁴⁵ Sur l'affaire *Anne d'Alègre*, l'arrêt du Parlement de Paris du 27 janvier 1560 qui y est relatif et le contexte environnant la promulgation de l'Edit des secondes noces, voir Alain DESRAYAUD, *Les secondes noces dans l'ancien droit français (XIII^e-XVIII^e s.)*, thèse Paris II, 1984, tome II, pp. 552-569.

¹⁴⁴⁶ Dans la plaidoirie prononcée en faveur d'Antoine III Duprat et de ses sœurs, enfants de feu Antoine II Duprat et d'Anne d'Alègre, Maître François de Marillac soutient que les donations faites en faveur de George de Clermont, second époux d'Anne d'Alègre, excèdent la quotité disponible reconnue par la loi *Hac edictali*. L'avocat vante les mérites de cette loi « raisonnable et politique, véritable « refuge des misérables » » qui est « conforme aux droits naturel et humain » (Alain DESRAYAUD, *Les secondes noces*, *op. cit.*, pp. 551-552).

¹⁴⁴⁷ François-André ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. 14, n°1 et 2 (juillet 1559 – août 1589), Paris, 1829, n°30, pp. 36-37.

¹⁴⁴⁸ Sur l'application de l'Edit des secondes noces et son extension postérieure aux veufs, voir Alain DESRAYAUD, « Etude exploratoire sur l'effectivité des lois et la souveraineté du roi en droit privé (France, XIII^e-XVIII^e siècle) », *Cuadernos de Historia del Derecho*, 1994, n°1, pp. 139-192, spéc. p. 149 : « L'édit des secondes noces s'impose en pays coutumier, car il fait figure de loi de police ; ses dispositions sont même aggravées par la nouvelle coutume de Paris en 1580. En pays de droit écrit, les parlements affectent de l'ignorer et de suivre les lois romaines qu'ils observent depuis la première moitié du XVI^e siècle ». Voir aussi Exupère CAILLEMER, « Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du droit civil », *Livre du Centenaire du Code civil*, *op. cit.*, pp. 1075-1108, spéc. pp. 1080-1081 et René FILHOL, « L'application de l'édit des secondes noces en pays coutumier », *Mélanges Raymond Aubenas*, RSHDE, fasc. IX, Montpellier, 1974, pp. 295-299.

¹⁴⁴⁹ Louis Charondas LE CARON, *Commentaire sur l'Edit des secondes nocces*, publié pour la première fois en 1573 et inséré à la fin du livre III des *Réponses et décisions du droit français confirmées par arrêts des Cours souveraines de France*, in *Œuvres de Maître Louis Charondas Le Caron*, Paris, 1637, t. 2, pp. 99-108. Le Caron – qui, à l'époque de la rédaction de son commentaire, tient encore le « droit des Romains » pour « droit commun », opinion qui évoluera par la suite pour en faire l'une des grandes figures du droit français – considère que « cette ordonnance est plus déclarative et interprétative du droit ancien... qu'inventrice et inductrice de nouveau droit » : en cela, l'Edit ne fait que consacrer et généraliser les dispositions de la loi *Hac edictali* et autres lois romaines afférant aux secondes noces. Il poursuit en ces termes : « Or, s'il faut considérer l'équité de la loi *Hac edictali*, nous entendrons qu'elle est si juste que, quand cet Edit n'aurait point été publié, toutefois, les sages Conseillers, qui connaissent en quoi gît l'équité civile, jugeraient toujours par une raison de

c'est à cette occasion, sous la plume de Bouvot, que la première occurrence du terme figure, en toutes lettres, dans une œuvre de droit français à propos d'une question de droit privé. L'intervention royale, confortant l'autorité du droit romain, ne fait, au fond, que souligner la gravité des enjeux familiaux en cause et la nécessité d'une réaction de la puissance publique pour remédier à ces facteurs de désordre.

Il reste à mesurer les conséquences que cette loi de police a pu avoir sur la résolution des conflits de lois dans les trois derniers siècles de l'Ancien Régime. Le fait est qu'elle n'y occupe pas grande place. Douée d'une valeur supra-coutumière, la prohibition s'impose partout et les juridictions s'y conforment sans difficultés. Les arrêts qui envisagent la question des secondes noces sous l'angle des conflits de coutume sont rares et des auteurs aussi importants que Froland et Boullenois ne s'y arrêtent guère dans leurs œuvres. Néanmoins, rapporté par les annotateurs de Jean Papon, l'arrêt *Philippot* du Parlement de Paris, en date du 25 mai 1584, semble appliquer la prohibition de l'Edit à un don mutuel en secondes noces, effectué sous l'empire de la nouvelle coutume de Touraine (à la suite de la réformation de 1559), par un veuf en faveur de sa seconde femme. Or, ce don comprenait précisément les biens propres qu'il avait recueillis, en usufruit, de sa première épouse, conformément à l'ancienne coutume, et qui se trouvaient, semble-t-il, dans le détroit de la coutume de Chartres : en agissant ainsi, il spoliait les deux filles qu'il avait eues de son premier mariage. Le Parlement décide que, « en haine des secondes noces », et en conformité, cette fois-ci, avec la nouvelle coutume, qui ôte au veuf l'usufruit en question, les biens de la mère seront adjugés à ses filles, au mépris du don mutuel¹⁴⁵⁰. La rareté des témoignages tend à confirmer que l'Edit a été unanimement perçu, dès le XVI^e siècle, comme étant d'application territoriale dans l'ensemble du Royaume, pays coutumiers et pays de droit écrit confondus.

De l'Edit des secondes noces, il faut rapprocher le cas de l'article 279 de la Coutume de Paris sur la réserve des conquêts. La coutume de Paris, en son article 279, dispose en substance, au second paragraphe, que : « la femme remariée ayant enfants d'un premier lit ne peut disposer aucunement des conquêts faits avec ses précédents maris, au préjudice des portions dont les enfants des premiers mariages pourraient amender de leur mère »¹⁴⁵¹, selon le résumé qu'en donne

police, que la femme veuve ne se doit tant endormir en ses plaisirs et volages délices qu'elle prive sans cause des biens ou que ses ancêtres ont amassés, ou [que] son mari a acquis, ses pauvres enfants... » (*loc. cit.*, p. 102).

Ces « raisons de police », qui tiennent très à cœur de Le Caron, se retrouvent dans la reprise qu'en donne Job BOUVOT, dans son *Nouveau recueil des arrêts de Bourgogne, où sont contenues diverses questions de droit, tant coutumier que romain*, v^o « Donation », question III : « Aussi, Charondas, sur l'Edit des secondes nocces, sur ces mots : « les Empereurs Romains », étant au préambule et préface de l'Edit, dit que cette loi *Hac edictali* n'est nouvelle et proposée d'aujourd'hui, mais un Edit général ; et que le Prince, pour ôter tous ces différends, si ces lois devaient avoir lieu en France, qu'il en a fait (*sic*) cette déclaration par ces termes « déclare » ; il passe plus outre, et dit que, par ces mots « déclare », le Roi montre que l'Ordonnance est déclarative du droit ancien, lequel est tel que, quand cet Edit n'aurait été publié, les juges et conseillers jugeraient toujours ainsi par une loi de police ».

Sur Louis « Charondas » Le Caron, voir Yvon LE GALL, « LE CARON, Louis », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 625-628 et Guillaume LEYTE, « Charondas et le droit français », *Droits*, 2004-1, n^o3, pp. 17-34. Sur Job Bouvot, voir Michel PETITJEAN, « BONNOT (Bouvot), Job », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 141.

¹⁴⁵⁰ Jean PAPON, *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France*, 3^e édition par Jean CHENU, Paris, 1610, livre XV, titre I, n^o VI, p. 857 : « Contre les secondes noces est remarquable l'arrêt général, prononcé le 26 mars 1584, par monsieur Brisson, pour deux filles du premier lit d'un nommé Philippot, qui était remarié et auquel, par la coutume ancienne de Touraine, appartenait, comme au survivant, l'usufruit des propres de sa femme ; en haine des secondes noces, et en vertu de la coutume depuis réformée, étant au survivant tel usufruit, sur l'appel du châtelain de Blois et du sénéchal de Tours, furent adjugés tous les biens de ladite mère auxdites filles, conformément à la coutume de Chartres ». La décision semble motivée par la volonté d'étendre à ce don mutuel les dispositions prohibitives de l'Edit.

¹⁴⁵¹ Article 279 de la COUTUME REFORMEE DE PARIS : « Femme convolant en secondes ou autres nocces, ayant enfants, ne peut avantager son second mari de ses propres ou acquêts plus que l'un de ses enfants ».

Louis Boullenois dans son *Traité*¹⁴⁵². Par cet article, la coutume vient non seulement au renfort de la réglementation établie par l'Edit des secondes nocces, reprise au premier paragraphe¹⁴⁵³, mais elle en durcit même les dispositions à l'encontre du second mari et, par-delà, des tiers. Elle interdit, en effet, à l'épouse d'accomplir quelque acte d'aliénation que ce soit qui puisse attenter à la masse des conquêts issus du précédent mariage et qui constitue les portions des enfants du premier lit. Ces conquêts se trouvent ainsi sanctuarisés, parce qu'ils n'entrent pas dans la communauté du second mariage, et ne se confondent pas avec les propres de l'épouse. La crainte est, en l'espèce, d'enrichir le second mari¹⁴⁵⁴ au détriment de la portion de succession à laquelle les enfants du premier lit pourront prétendre sur ces acquêts, au même titre que les enfants du second lit. D'où la nécessité de cette réserve des conquêts, comme l'appelle Le Brun.

Comme le rappellent Louis Boullenois et, avant lui, Claude Duplessis dans son *Traité sur la coutume de Paris* en 1699, la jurisprudence du Parlement de Paris est intervenue par un arrêt notable, *Labbé*, du 2 avril 1683 pour interpréter la portée de l'article 279 de la coutume de Paris et, ce faisant, elle a fixé définitivement le sentiment de la doctrine à ce sujet :

Le deux avril 1683 intervint un arrêt notable en la quatrième Chambre des Enquêtes, au rapport de Monsieur Mérault, par lequel il a été jugé, en premier lieu, que l'article 279 de la coutume de Paris, en ce qu'il porte que les veuves ne peuvent, en faveur de leurs seconds et subséquents maris, disposer des conquêts faits avec leurs précédents maris, au préjudice des portions dont les enfants des premiers mariages pourraient amender de leur mère, étant plus rigoureux que l'Edit des Secondes Nocces, n'a point son exécution dans les pays soumis à d'autres coutumes, telle qu'est la coutume de Clermont en Beauvaisis, qui ne s'explique point sur ce chapitre ; et, en second lieu, il a été jugé que les enfants du premier lit sont obligés de rapporter ce que leur mère leur a donné avant son second mariage, ou moins prendre dans les partages qu'ils font de sa succession avec son second mari son donataire.¹⁴⁵⁵

En effet, pour Boullenois, qui rapporte la règle qui a été extraite de cet arrêt *Labbé*, comme, auparavant, pour Duplessis, il ne fait aucun doute que le Parlement a expressément qualifié la prohibition d'aliéner portée par l'article 279, en son second paragraphe, de statut exorbitant :

[Duplessis] Quoi qu'il en soit, la coutume ne parle que des conquêts, et non point des meubles, et il ne semble pas qu'il y ait raison d'y étendre les termes de l'Edit, parce qu'il est favorable, et que cette disposition ici est de rigueur exorbitante du droit commun, et qui n'a lieu qu'en cette coutume

Et, quand aux conquêts faits avec ses précédents maris, n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions, dont les enfants desdits premiers mariages pourraient amender de leur mère, et, néanmoins, succèdent les enfants des subséquents mariages auxdits conquêts, avec les enfants des mariages précédents également venant à la succession de leur mère, comme aussi les enfants des précédents lits succèdent pour leurs parts et portions aux conquêts faits pendant et constant les subséquents mariages ; toutefois, si ledit mariage est dissolu, ou que les enfants du précédent mariage décèdent, elle en peut disposer comme de sa chose » (Claude DUPLESSIS, *Traité de M^e Duplessis sur la Coutume de Paris, avec les notes de M^e Berroyer et M^e de Laurière*, Paris, 1699, p. 598).

¹⁴⁵² Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, p. 806.

¹⁴⁵³ Claude DUPLESSIS, *Traité de M^e Duplessis sur la Coutume de Paris, avec les notes de M^e Berroyer et M^e de Laurière*, Paris, 1699, pp. 590-598, où sont rappelées les dispositions des lois romaines *Foeminae* et *Hac edictali* et de l'Edit des secondes nocces de 1560.

¹⁴⁵⁴ Claude DUPLESSIS, *Traité de M^e Duplessis sur la Coutume de Paris, avec les notes de M^e Berroyer et M^e de Laurière*, Paris, 1699, pp. 598-629, spéc. les pp. 620-629 qui traitent spécifiquement de cette disposition prohibitive instituée par la coutume seule.

¹⁴⁵⁵ Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, t. 3, Paris, 1757 (1674-1685, par Fr. JAMET DE LA GUESSIERE), livre IX, chapitre XI, pp. 682-683 : arrêt *Labbé*.

[note marginale des annotateurs Claude Berroyer et Eusèbe de Laurière renvoyant à l'arrêt du 2 avril 1683, rapporté au *Journal des Audiences*].¹⁴⁵⁶

[Duplessis] Mais je répons que cela [l'extension de la prohibition aux veufs] est bon pour l'Edit, qui est favorable, et non pas pour cette disposition de la coutume, qui est rigoureuse et exorbitante ; c'est pourquoi on ne la peut pas étendre hors ses termes, et, comme elle ne parle que de la femme, il faut tenir que cette disposition n'a point de lieu à l'égard de l'homme ; et, de fait, la raison y est toute différente.¹⁴⁵⁷

[Boullenois]. On sait que, par l'arrêt du 2 avril 1683, rendu en la quatrième Chambre des Enquêtes, la disposition de cet article, comme singulière et exorbitante, a été renfermée dans la coutume de Paris et n'a point été étendue aux autres coutumes.

... Mais la coutume de Paris, en l'article 279, contient, à l'égard des conquêts, une disposition qui lui est singulière.¹⁴⁵⁸

En rajoutant une disposition prohibitive contraire au droit commun du Royaume, coutumier comme législatif, l'article 279 de la coutume de Paris a entendu explicitement interdire ce que les autres coutumes autorisent ou, du moins, tolèrent. Parce qu'il est jugé « plus rigoureux que l'Edit » des secondes noces, dont il reprend par ailleurs les dispositions, cet article se dissocie du droit commun et mérite ainsi la qualification de statut exorbitant. Boullenois reconnaît lui-même que, lorsqu'il s'agit de décider du sort des biens situés dans une autre coutume qui ont été acquis par des époux mariés et domiciliés à Paris, ou inversement, le débat se joue entre l'unité de la loi applicable qui serait celle qui régit la communauté et fondrait tous les conquêts – en quelque lieu qu'ils soient situés – en une seule masse, d'une part, et la pluralité de lois applicables, qui ne peuvent être que les lois des lieux de situation des biens, en raison de l'inéluctable morcellement des conquêts. Or, la force du principe de réalité et l'exorbitance de la disposition le conduisent à prendre ce dernier parti :

L'article 279 est réel en toutes ses parties ; il a pour matière les biens et son objet est de les conserver aux enfants des premiers lits. Le prédécédé n'a plus d'intérêt. Il n'est plus question de la communauté, en tant que communauté, mais de conquêts devenus biens particuliers du survivant par le partage fait, ou à faire.

Ainsi, inutile dans notre question de recourir aux domiciles des conjoints ; inutile encore de connaître ce que prescrit la loi qui régit la communauté : il faut se fixer à la loi seule de la situation, de sorte que l'article 279 de la coutume de Paris n'agira que sur les conquêts situés à Paris ; mais aussi elle agira sur eux, soit que le mariage y ait été contracté, soit qu'il ait été contracté ailleurs : il suffit qu'ils soient conquêts et situés à Paris.¹⁴⁵⁹

Ainsi que le souligne Boullenois, le caractère exorbitant de l'article impose d'en contenir l'application dans le détroit de la coutume pour les biens qui y sont situés, mais tel est l'empire du

¹⁴⁵⁶ Claude DUPLESSIS, *Traité de M^e Duplessis sur la Coutume de Paris, avec les notes de M^e Berroyer et M^e de Laurière*, Paris, 1699, p. 625.

¹⁴⁵⁷ Claude DUPLESSIS, *Traité de M^e Duplessis sur la Coutume de Paris, avec les notes de M^e Berroyer et M^e de Laurière*, Paris, 1699, p. 628. Les annotateurs de Duplessis renvoient, à cet endroit, au commentaire qu'en donne Denis LE BRUN dans son *Traité des successions*, Paris, 1692, livre II, chapitre VI, section II, distinction I, n^o7, p. 334, où l'on relève le passage suivant : « l'on a trouvé que l'article 279 de la coutume de Paris était si exorbitant en ce qu'il oblige la femme de réserver les conquêts de sa première communauté aux enfants de son premier lit, que l'on n'a jamais voulu étendre à aucune autre coutume ».

¹⁴⁵⁸ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, pp. 806 et 808.

¹⁴⁵⁹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, op. cit., tome 1^{er}, p. 809.

statut de cette sorte, qu'il atteint les biens appartenant aux époux mariés et domiciliés à Paris que ceux possédés sur le territoire de la coutume parisienne par des non-domiciliés.

9) Les lois contre les secondes noces ou contre les veuves remariées dans l'an de deuil.

Dans ses *Observations sur la coutume de Bourgogne*, le président Bouhier a choisi de ranger les sanctions civiles qui s'attachent aux « lois » sur les secondes noces et sur le délai de viduité qui est imposé à toute veuve avant son éventuel remariage, c'est-à-dire sur la condition de la veuve, parmi les lois pénales – et donc réelles *ab effectu* – de son chapitre XXXIV. De tous les cas qu'il a retenus pour illustrer la réalité (c'est-à-dire la territorialité), celui-ci est certainement celui qui prête le plus à discussion et, d'ailleurs, celui dont il s'explique le moins. Mais c'est pour mieux combattre la jurisprudence du Parlement de Paris sur ce point.

Le magistrat bourguignon a, sans nul doute, pris en compte l'intention du législateur et la finalité des dispositions relatives aux « secondes noces » (qui, au sens large, incluent la question de la viduité) pour décider de sa qualification. Or, il n'y a pas lieu de douter que ces dispositions présentent un caractère d'ordre public dans l'esprit du législateur. Mais il semble plus discutable d'inférer, des sanctions qu'elles édictent, que celles-ci présentent un caractère pénal, ce qu'affirme pourtant bien péremptoirement l'auteur des *Observations* :

[XXXIV]. XLI. Personne ne doute que les lois qui ont été faites contre les secondes noces ne soient pénales ; mais ces lois ne sont pas les mêmes partout. Dans ce Royaume¹⁴⁶⁰, la jurisprudence des pays de Droit écrit est différente, sur cette matière, de celle des pays de Droit coutumier. Elle n'est pas même uniforme dans tous les Parlements de Droit écrit. Il y a aussi de la variété sur ce point dans d'autres Souverainetés¹⁴⁶¹. Supposons donc que celui des conjoints qui s'est marié ait des biens dans différentes coutumes où les lois dont il s'agit soient aussi différentes : ils seront régis chacun suivant la loi du lieu où ils seront situés, suivant les principes établis ci-dessus. C'est l'avis de tous ceux¹⁴⁶² qui ont agité cette question.

XLII. Mais, que dirons-nous des peines que les lois romaines¹⁴⁶³ ont imposées aux veuves qui se remarient dans l'année de deuil ? Je ne parle point de l'infamie ; car, outre que cette peine n'est plus en usage nulle part, si je ne me trompe, c'est une tache personnelle qui suit constamment le domicile qu'avait la femme au temps de son veuvage. Je ne propose la question que par rapport aux avantages que la veuve avait sur les biens de son mari, et je demande si, par rapport aux retranchements de ces avantages, il faut suivre la loi du domicile du mari défunt, ou celle de la situation de ses biens.¹⁴⁶⁴

Les deux questions entretiennent des liens étroits qui autorisent à les envisager de concert, afin de décider s'il y a lieu de les soumettre à un seul et même régime : ainsi, Bretonnier distingue entre les peines de secondes noces avant l'année de deuil – qui sanctionnent ainsi la violation de

¹⁴⁶⁰ Barthélémy-Joseph BRETONNIER, *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différents tribunaux du royaume*, 5^e édition par Boucher d'Argis, Paris, 1783, au mot « secondes noces », chapitre II, pp. 339-343.

¹⁴⁶¹ Johan VAN SOMEREN, *De jure novercarum*, Utrecht, 1658, chapitre XI, § 5, pp. 195-197.

¹⁴⁶² Johan VAN SOMEREN, *ibidem* ; Abraham VAN WESEL, *Commentarius ad novellas constitutiones ultrajectinas*, article 10, n°139, p. 114 ; Antoon MATTHAEUS II, *Observationes rerum judicatarum*, La Haye 1676, première observation : *De communione bonorum, et ad l. Hac edicati C. de sec. nupt.*, n°87 et suivants, pp. 71 et suivantes. Tous ces auteurs du XVII^e siècle sont originaires d'Utrecht ou y ont enseigné.

¹⁴⁶³ CODEX JUSTINIANUS, livre V, titre IX « Des secondes noces », loi 1 (*Si qua mulier*) et NOVELLE CXXXIV, chapitre VIII (Authentiques, collation IX, titre XVII), Authentique *Si qua mulier*. Sur ce dernier texte, voir, *supra*, pp. 554-555.

¹⁴⁶⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXIV, n°41-42, p. 815.

L'obligation de respecter le délai de viduité – et les peines de secondes noces après l'année de deuil. Les règles qui leur sont applicables se sont transmises du droit romain classique au droit écrit du Midi et, par là, se sont étendues à l'ensemble du Royaume. Le cas de la prohibition des dons mutuels qui frappent les secondes noces est bien connu, puisque le dispositif des lois romaines *Hac edictali* et *Feminae*, effectivement accueillies dans les pays de droit écrit, a été généralisé aux pays de coutumes par l'Edit des secondes noces et que la jurisprudence des pays de coutumes concorde avec la doctrine pour faire agir cet Edit comme une « loi de police » lorsqu'il s'agit d'annuler un don mutuel qui en violerait les dispositions¹⁴⁶⁵. Depuis que la peine de l'infamie a été abandonnée¹⁴⁶⁶, il ne reste plus que des peines de nature civile.

Pour la mise en œuvre de l'Edit des secondes noces, dans les pays de coutumes, ou des deux lois romaines, dans les pays de droit écrit, où elles demeurent en vigueur, faute d'enregistrement du texte royal, certaines difficultés ont surgi du fait d'une différence de jurisprudence entre les Parlements de pays de coutumes et les pays de droit écrit, mais, aussi, d'une divergence de vues entre les Parlements de droit écrit¹⁴⁶⁷. Pour résoudre les conflits de lois, Bouhier juge plus sage de s'en remettre à la *lex rei sitae* pour déterminer la nature et la gravité des peines prononcées en cas de violation de la prohibition. La solution peut se concevoir, mais elle ne livre aucune justification sur la raison qui pousserait à voir dans les dispositions de la *lex rei sitae* un statut à caractère pénal. Il est possible que la force qui s'attache habituellement au statut réel immobilier l'autorise à revêtir une fonction de protection des intérêts de la famille – en l'occurrence, les enfants du premier lit, qui seraient spoliés par le don mutuel – et de conservation des biens dans la famille. Une fonction d'ordre public territorial qui ne lui est pas inconnue, mais qui correspond assez mal aux principes mis en avant par Bouhier en tête de son chapitre XXXIV sur les lois pénales.

En vérité, le président Bouhier ne semble avoir engagé le débat que pour porter la contradiction face à l'avis qui a été émis, à propos du délai de viduité, par la Conférence des avocats dans la quarante-cinquième des consultations qui ont été insérées à la fin du tome second des *Œuvres de Claude Duplessis*¹⁴⁶⁸. Toutes ces consultations sont issues des travaux de la Conférence des avocats du Parlement de Paris, dont les réunions se déroulèrent de 1710 à 1719. Dans une consultation en date du 7 juillet 1714, le Conseil des avocats est amené à réfléchir et à émettre son opinion sur une question qui a été relativement peu abordée par la doctrine statutiste : en vertu de quelle loi régler les peines qui sont applicables aux veuves qui se remarient durant le délai de viduité, étant admis que, selon la diversité des lieux, coutumes et usages, elles se pratiquent en certains Parlements (Toulouse, Dauphiné, Provence et Bourgogne) et non en d'autres (Paris et Bordeaux) ? La réponse du Conseil est condensée de la manière relativement brève et sèche : « Le

¹⁴⁶⁵ Sur le caractère de statut prohibitif qu'est susceptible de revêtir l'Edit des secondes noces chez Boullenois, voir, *supra*, p. 486, note 1202.

¹⁴⁶⁶ Outre le paragraphe 42 du chapitre XXXIV, Jean BOUHIER traite de l'infamie dans le chapitre XXIV de ses *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, n°134-138, p. 691 : lorsqu'elle assortit une condamnation, il faut se demander si le délit, « de Droit commun, est réputé infamant » et c'est à cette seule condition que la décision prononçant l'infamie aura vocation à être reconnue en tout lieu.

¹⁴⁶⁷ Barthélémy-Joseph BRETONNIER, *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différents tribunaux du royaume*, 5^e édition par Boucher d'Argis, Paris, 1783, au mot « secondes noces », chapitre II, traite longuement de ces questions, aux pp. 342-358. Le principe de la prohibition qui s'attache aux dons mutuels effectués dans le cadre des secondes noces semble communément accepté, mais sa mise en œuvre ne laisse pas de susciter des difficultés.

¹⁴⁶⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°43, pp. 815-816. Sur ces consultations, voir, *supra*, p. 542, note 1360.

Conseil... est d'avis... que la veuve qui se remarie, ou qui vit impudiquement pendant l'année du deuil, est sujette à la perte de son douaire et de tous les avantages à elle faits par son mari » et que « que c'est la loi du domicile du mari défunt qu'il faut suivre pour fixer les peines imposées à la veuve ». La raison en est donnée juste après : « C'est là que la veuve doit demander l'exécution de son contrat de mariage sur la succession ouverte, son douaire, ses conventions ; c'est, par conséquent, de la loi de ce domicile dont elle doit essuyer la juste sévérité. Cette décision souffre encore moins de difficulté dans les pays de Droit écrit : la femme a droit de demeurer dans la maison de son mari pendant l'année du deuil ; elle n'a pas, durant cette année, d'autre domicile »¹⁴⁶⁹. Contrairement aux critiques que formule Bouhier, le Conseil s'est bien justifié de la solution qu'il adopte. C'est au lieu où, précisément, se concentrent les intérêts patrimoniaux de l'épouse au moment du décès de son premier mari, c'est-à-dire au lieu où s'ouvre la succession de ce dernier et où se liquident son douaire et ses gains nuptiaux¹⁴⁷⁰. La liquidation du régime matrimonial qui s'ensuit milite tout autant dans le sens de l'ancien domicile conjugal. C'est donc à cette loi que l'on s'adressera pour déterminer les peines à appliquer à la veuve remariante.

De surcroît, la démarche du Conseil consiste à se demander si, sur le modèle des peines prononcées dans le cadre des secondes nocés, la violation du délai de viduité peut être sanctionnée en pays coutumier. De fait, les lois *Hac edictali* et *Feminae* édictant des peines contre la violation du délai de viduité, les Parlements des pays de droit écrit n'ont, eux, aucune peine à s'y conformer et à en faire application. Or, même dans les Parlements de droit coutumier, qui, pour la plupart, ne suivent pas ces lois romaines (à l'exception de la Bourgogne), la jurisprudence a cru bon de réagir aux scandales et désordres que l'inconduite de ces veuves suscitait. L'exemple en est venu du Parlement de Paris, qui a voulu y parer par un arrêt *Lestourneau, veuve Lhéritier* du 10 juin 1664¹⁴⁷¹. D'après la consultation, « la sagesse de ses dispositions en rend l'exécution générale. Cet arrêt doit apprendre aux veuves que, dans le même temps qu'elles s'écartent de la continence qu'elles doivent à leurs maris, elles ne pensent point aux fruits de leurs premiers engagements, pour en conserver la source pure et sans mélange ». La juridiction parisienne a été, en cela, suivie ou précédée par les Parlements de Rouen, Rennes ou encore Metz¹⁴⁷².

Malgré la force de cette argumentation, Bouhier s'étonne que le Conseil puisse traiter différemment la question des peines relatives aux secondes nocés et celle de la violation du délai de viduité, alors qu'il lui semble que les deux, du fait de leur caractère pénal marqué, appellent l'application de la *lex rei sitae* :

[XXXIV]. XLIV. A mon égard, je ne vois pas pourquoi on ferait quelque différence entre ce cas et le précédent ; car, dans toutes ces lois pénales, il est question de mêmes retranchements et, quoiqu'il y ait quelque différence dans les causes, les effets en sont les mêmes. D'ailleurs, ce que j'ai dit de la réalité des lois pénales, prouve que, dans les unes comme dans les autres, c'est à la loi de la

¹⁴⁶⁹ Claude DUPLESSIS, *Œuvres de Maître Claude Duplessis, avocat au Parlement*, Paris, 1728, t. II, consultation XLV, pp. 288-292, spéc. p. 288. Voir, aussi, p. 290 *in principio*.

¹⁴⁷⁰ Sur cette question, voir Bertrand LEMARIGNIER, *La conférence des avocats, op. cit.*, 1^{ère} partie, chapitre II, pp. 41-43.

¹⁴⁷¹ Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, tome 2, Paris, 1757 (1660-1674, par Fr. JAMET DE LA GUESSIERE), livre III, chapitre XXXII, pp. 288-290 : dans cette affaire qui portait, à la fois, sur la violation du délai de viduité et la confusion de part, ladite veuve, qui s'était remariée dans les trois jours ayant suivi le décès de son premier mari, fut déclarée « déchue de son douaire et des autres avantages qu'elle pourrait prétendre en vertu de son contrat de mariage ». Et l'arrêtiste de conclure : « ce qui est remarquable dans cet arrêt est que la Cour, *proprio motu*, ajouta aux conclusions des gens du Roi la déchéance du douaire ».

¹⁴⁷² Claude DUPLESSIS, *Œuvres de Maître Claude Duplessis, avocat au Parlement*, Paris, 1728, t. II, consultation XLV, pp. 289-290.

situation des biens qu'il faut uniquement s'attacher, et non à la loi du domicile des parties.¹⁴⁷³

La qualification de « lois pénales » dérive directement du caractère très marqué des peines, même civiles, qui sont attachées à toutes ces dispositions. Puisque ce trait semble avoir prédominé dans l'esprit de Bouhier, il convient de se demander en quoi consiste le délit qui serait ainsi reproché à la veuve¹⁴⁷⁴. Or, de toute évidence, pour le magistrat bourguignon, celle-ci a commis une faute en portant préjudice à la mémoire de son mari défunt et aux « fruits de son premier engagement », en n'observant pas la « continence » qui lui est imposée par la loi. Il reste à identifier le *locus delicti* pour permettre à la loi de commission du délit de déterminer la peine applicable. Or, dans la question qui fait l'objet de la consultation, les avocats se donnent pour alternatives de choisir entre : « le domicile du mari défunt, celui de la veuve, celui du nouveau mari qu'elle prend, ou le lieu du contrat et de la célébration du mariage ». Or, ces deux derniers rattachements peuvent très bien servir à localiser le délit, puisqu'ils sont tous les deux relatifs au nouveau mariage, celui-là même qui caractérise la violation du délai de viduité. Il eût donc été concevable d'appliquer l'une ou l'autre de ces lois si le caractère délictueux avait été reconnu. Mais l'idée n'est, à aucun moment, discutée par les avocats parisiens.

Ce n'est pas sur ce terrain que s'engage le président Bouhier : lui veut, par identité de raisons, aligner le régime juridique relatif aux peines sanctionnant le non-respect du délai de viduité sur celui relatif aux peines des secondes noces et trancher le conflit de coutumes en donnant compétence à la *lex rei sitae*. Cet amalgame entre statut pénal et statut réel immobilier s'explique sans doute par le caractère « odieux » qui s'attache à toute disposition infligeant une peine à un particulier et qui la condamne, dans son esprit, à se cantonner strictement au territoire. Il semble, pourtant, qu'il eût été plus conforme à la logique même de son système de ranger ces deux types de statuts, non parmi les lois pénales, mais parmi les « statuts exorbitants du droit commun, ou manifestement injustes » du chapitre XXXV de ses *Observations*.

10) L'hypothèque légale de la femme mariée : la loi *Adsiduis* dans les pays de droit écrit.

Le traitement réservé par le président Bouhier dans le chapitre XXXV de ses *Observations* sur les statuts exorbitants du droit commun constitue indéniablement une singularité dans l'économie générale du système de l'auteur. En effet, l'un des principes auxquels l'auteur est le plus fermement attaché, au point de pousser, à ce sujet, son esprit de système jusqu'à ses plus extrêmes limites, réside dans la supériorité, affirmée et maintes fois réitérée, du droit romain, comme « droit commun », sur les coutumes du Royaume de France. Pourtant, il doit lui-même convenir que le fait ne se vérifie pas toujours en pratique et qu'il lui faut prendre ses distances avec le droit romain, lorsque celui-ci contient des dispositions « contraires à la justice ». Par exception, la loi romaine est réputée injuste parce qu'elle est contraire au droit commun coutumier, droit commun que Bouhier, pourtant, ne reconnaît aucunement. Certaines juridictions du Midi du Royaume n'hésitent, d'ailleurs, pas à censurer cette loi en la cantonnant dans une réalité propre aux statuts exorbitants.

En recevant le droit romain comme leur droit commun, les provinces du Midi ont également recueilli des règles qui, soit sont tombées en désuétude, soit doivent refluer devant des pratiques contraires – le plus souvent, dérivées du droit coutumier – qui ont fini par l'emporter.

¹⁴⁷³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°44, p. 816.

¹⁴⁷⁴ Ainsi que le fait pertinemment, à titre d'hypothèse, Bertrand LEMARIGNIER, *La conférence des avocats, loc. cit.*, aux pp. 42-43.

Ces règles blessent l'équité et la justice et doivent, à ce titre, être confinées dans le territoire qui les admet encore, en raison de leur caractère odieux :

[XXXV.] XII. ... Il faut seulement faire voir qu'entre les lois romaines mêmes, il y en a quelques-unes de si contraires aux principes de la justice qu'elles ont été mises au rang des lois odieuses, et qui méritent d'être restreintes dans les lieux où l'usage s'en est conservé.¹⁴⁷⁵

Dès lors que la règle a été posée, Bouhier doit en trouver une illustration et il allègue ainsi l'exemple de la loi *Adsiduis* du Code sur l'hypothèque de la femme mariée en pays de Droit écrit aux paragraphes XIII à XV.

La loi *Adsiduis* fait partie de ces interventions législatives fameuses par lesquelles Justinien a voulu garantir la restitution de la dot à la femme mariée, au moment de la dissolution du mariage, par prédécès du mari ou par divorce, afin d'éviter que le mari ne conserve celle-ci et ne dépouille ainsi sa veuve ou son ex-conjointe sans lui laisser aucune ressource, la femme mariée n'étant pas protégée dans ces cas de dissolution du mariage. Afin de renforcer le régime de restitution mis en place par le droit classique, Justinien a donc, dans les années 530-531, pris un certain nombre de dispositions, passées à la postérité, qui organise un véritable régime de protection de la femme mariée : par ces dispositions, figure la loi *Adsiduis* (C. 8.17.12.) de 531. Celle-ci, faisant suite à une première loi de 530 *Rem in praesenti* (C. 5.13.1.) qui conférait à la femme une hypothèque légale sur les biens de son mari, la renforce en rendant cette hypothèque privilégiée en lui donnant une priorité absolue sur tous les créanciers, y compris ceux qui ont pris hypothèque avant le mariage¹⁴⁷⁶. Cette mesure énergique, mais mal ressentie, plus tard, dans les pays de droit écrit, où elle était la source de complications et où elle entravait le crédit, prend rang parmi toutes ces lois qui constituent ce que Charles Lefebvre a pu qualifier, à juste titre, semble-t-il, au regard des réactions de l'Ancien Droit, de « protection et sauvegarde outrée de la fortune et des droits de la femme mariée »¹⁴⁷⁷. De ce fait, lors de la réception du droit de Justinien dans les pays du Midi, notamment à partir du XVI^e siècle, les Parlements ont jugé nécessaire de les accepter sous bénéfice d'inventaire et de faire le départ entre celles qui leur semblaient propres à offrir des garanties à la femme mariée et celles qui allaient trop loin :

[XXXV.] XIII. Telle est la fameuse loi de Justinien (*loi Adsiduis*, C. 8.17.12), où, par une faveur extraordinaire, il accorde aux femmes, pour la sûreté de leur dot, une hypothèque tacite et privilégiée sur les biens de leurs maris, au préjudice même de leurs créanciers antérieurs ; aussi a-t-elle été abrogée en plusieurs pays de Droit écrit, comme dans le ressort du Parlement de Bordeaux : et, dans d'autres, elle a été restreinte à la seule préférence sur les créanciers, qui n'avaient qu'une hypothèque tacite sur les biens des maris, comme au Sénat de Chambéry^{1478,1479}

L'attitude des juridictions des pays droit écrit à l'égard de cette loi n'a donc pas été la même selon les provinces. A l'inverse du Parlement de Bordeaux ou – en dehors du Royaume – du Sénat de Savoie, qui l'ont expressément rejetée ou bornée dans de justes limites, le Parlement de

¹⁴⁷⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitre XXXV, n°12 in fine, p. 818.

¹⁴⁷⁶ Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n°1056, pp. 1391-1393 et n°1120-1121, pp. 1464-1466.

¹⁴⁷⁷ Charles LEFEBVRE, « Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit », *NRHDFE*, n°35, 1911, pp. 369-432, spéc. pp. 407-411.

¹⁴⁷⁸ Antoine FAVRE, *Codex Fabrianus*, Leipzig, 1706, livre VII du Code, titre XXXIV [aujourd'hui LXXIV] « De privilegio dotis », 3^e définition, p. 879. Antoine Favre fut le premier président du Sénat de Savoie, fondé en 1559.

¹⁴⁷⁹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitre XXXV, n°13, p. 818.

Toulouse, plus enclin à appliquer la législation justinienne dans toute sa rigueur, a repris à son compte l'hypothèque privilégiée de la loi *Adsiduis*, mais celle-ci n'a pu produire ses effets que dans le ressort de ce parlement, étant exclu qu'elle puisse être accueillie par les juridictions voisines.

Par conséquent, Bouhier demande, à propos de cette loi, si le « privilège qu'elle donne à la femme mariée en pays où elle est encore en vigueur [s'étend] sur les biens du mari qui sont situés dans un lieu où elle est abrogée ou limitée ». Malgré son caractère éminemment personnel, et la jurisprudence contraire du Conseil souverain de Malines¹⁴⁸⁰, Bouhier, à la suite de Christian Rodenburg¹⁴⁸¹, circonscrit l'extension de ce statut aux limites du territoire où il est en vigueur, parce qu'il présente une contrariété trop flagrante envers le droit communément pratiqué dans les pays de droit écrit (et, *a fortiori*, dans les pays de coutumes), qui, sur ce point, se désolidarisent totalement du droit de Justinien :

[XXXV.] XV. ... La vraie raison de restreindre cette loi dans les limites des provinces où elle s'est maintenue, c'est qu'elle est opposée aux règles de l'équité. En effet, M. d'Olive¹⁴⁸² rapporte un arrêt du Parlement de Toulouse, du 28 novembre 1636, qui confirme la réalité de cette loi ; car il jugea qu'une femme mariée dans le ressort du Parlement de Bordeaux, où la constitution de Justinien n'est pas reçue, ne laissait pas de jouir du privilège porté par la constitution, sur quelques biens de son mari, qui étaient situés au pays d'Armagnac, où la loi est en usage.¹⁴⁸³

La réalité est « confirmée » par le fait que, conformément au dispositif de l'arrêt *Veuve Malie*, le privilège dont bénéficie la femme mariée ne peut s'étendre qu'aux biens situés dans les limites de la province où est reçue la loi *Adsiduis* et est de nul effet dans les provinces où celle-ci est abrogée. En l'espèce, la femme mariée qui n'aurait eu aucun espoir d'en tirer avantage si les biens de son mari avaient été situés dans le ressort du Parlement de Bordeaux est appelée à s'en prévaloir, au même titre que les femmes mariées dans le ressort du Parlement de Toulouse, pour qui il est personnel. Quoiqu'étrangère, elle est mise sur un pied d'égalité avec les ressortissantes de la province, comme l'imposerait une loi de police. La force de la *lex rei sitae* suffirait, semble-t-il, à justifier une telle solution. Mais, dans l'approche qui est celle des juristes du XVIII^e siècle, c'est parce qu'il est « contraire à l'équité » que ce statut est condamné à être traité comme un statut réel exorbitant.

¹⁴⁸⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXV, n°14, pp. 818-819. Sur la jurisprudence malinoise (28 juin 1596, affaire *Pétronille Haeck*), voir Paul VAN CHRISTYNEN, *In leges municipales (Mechliniensis) commentaria ac notae*, 4^e édition, Anvers, 1671, titre IX, article IV, n°29, p. 274.

¹⁴⁸¹ Christian RODENBURG, *De jure quod oritur...*, *op. cit.*, titre second, chapitre cinquième, [n°16], in Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, *op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 683-690.

¹⁴⁸² Simon D'OLIVE, *Les questions notables du droit de M^r Simon d'Olive*, Toulouse, 1682, livre III, chapitre XXV, pp. 494-499, arrêt *Veuve Malie*.

¹⁴⁸³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, *op. cit.*, chapitre XXXV, n°15, p. 819.

C. Les successions testamentaires.

Dans les derniers siècles de l’Ancien droit, les règles de conflit relatives aux successions testamentaires et ab intestat, héritées des temps médiévaux, sont désormais établies sur les plus solides fondements, au point de ne plus être discutées en doctrine comme en jurisprudence. La distinction essentielle ne tient pas à la source même des dernières volontés du défunt, mais à la nature même des biens qu’il laisse dans son patrimoine. Les deux types de succession sont ainsi régis par les mêmes principes : les meubles sont dévolus suivant la coutume du domicile du *de cuius*, tandis que les immeubles sont, naturellement, soumis à la coutume de leur lieu de situation¹⁴⁸⁴. Mais, quelle que soit l’autorité que donne la tradition la mieux installée à ces règles, celles-ci ne laissent pas de poser difficulté dans la pratique. En effet, une telle solution donne nécessairement lieu à des discussions sur la notion même de domicile ou encore sur l’inévitable morcellement que connaissent les successions immobilières, avec ce que cela suppose de pluralité des coutumes concernées, là où il eût été plus simple de favoriser l’unité, comme le souhaitent certains auteurs, tels Boullenois ou Bouhier¹⁴⁸⁵.

En dépit de la grande complexité de la mise en œuvre des règles de conflit qui y sont relatives, les successions ne semblent pas, à première vue, être le lieu privilégié d’intervention du statut prohibitif. En effet, en matière immobilière, source des contentieux les plus importants, la réalité se suffit à elle-même et la *lex rei sitae* n’a guère besoin d’être soutenue par des considérations de police supplémentaires pour s’appliquer à l’intérieur de son territoire. Toutefois, la difficulté ne réside pas dans le fonctionnement des règles de conflit en lui-même, mais dans les incidences sur l’ordre de succession qu’elles ne manquent pas de susciter. Sous l’ancien Droit, le règlement des successions comporte les multiples enjeux, patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, qui traversent la société et l’organisation familiale dont elles sont le reflet. Il appartient, dès lors, à la coutume désignée d’arbitrer entre tous ces impératifs et de définir le cadre dans lequel ils s’insèrent. Le difficile équilibre entre les droits individuels et les droits du groupe familial, voire du lignage, se détermine en fonction des tendances, égalitaires ou non, qui gouvernent chaque coutume, suivant que celle-ci prend en charge la succession ab intestat ou la volonté d’un seul.

Le balancement entre l’inégalité de principe et les aspirations à l’égalité, même relative, qui se dessinent à partir du XVI^e siècle se fait particulièrement sentir en matière de succession testamentaire. Les quelques témoignages que livrent les arrétistes montrent la nécessité d’encadrer la liberté de disposer du *de cuius* et de la contenir en certaines limites, pour des raisons qu’ils

¹⁴⁸⁴ Sur cette solution dualiste en matière de successions, et les difficultés concrètes qu’elle soulève, voir Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, op. cit., chapitre VI, pp. 312-33 et Bertrand ANCEL, *Eléments*, op. cit., pp. 304-309.

¹⁴⁸⁵ Partisan revendiqué de l’unification du droit français autour de la loi du roi, Louis BOULLENOIS, appelle de ses vœux, dans le discours préliminaire qui ouvre sa *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois*, parue à Paris en 1732, pp. XXIV-XXVIII, une intervention législative royale pour imposer la règle qu’il préconise, à savoir : « que la coutume du domicile règle toute la succession d’un défunt, encore que ses biens soient répandus dans différentes provinces » (p. XXV). Jean BOUHIER lui emboîte le pas dans ses *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, au chapitre XXXVI, n^o 9 et 10 (*Œuvres de jurisprudence*, t. 1, pp. 820-821). Pour autant, ces plaidoyers de *lege ferenda* sont autant de témoignages d’impuissance face à la force de la tradition. En effet, les deux auteurs demeurent fidèles à la solution dualiste héritée de l’époque médiévale et se gardent de démentir le principe même du morcellement des successions. Sur ce point, un auteur comme Bouhier, d’ordinaire plus audacieux dans ses propositions théoriques, se conforme à l’opinion dominante. Sur cette question, voir Hugues RICHARD, « La place du Président Bouhier », op. cit., pp. 149-153, spéc. pp. 149-153.

qualifient de « droit public », ce qui se vérifie par les exigences diverses que posent l'ordre public intercoutumier (1.) et, même, l'ordre public international (2.).

1) La liberté de disposer face aux exigences de l'ordre public coutumier.

Répondue en pays de droit écrit comme en pays de coutume, la pratique du testament n'est pas acceptée sans défiance de la part des ordres juridiques coutumiers, dans la mesure où la volonté du défunt qui se donnerait trop libre cours risquerait de mettre en péril les fondements de l'ordre familial et social. Que cette volonté s'exprime dans un sens trop inégalitaire, en favorisant ou défavorisant tel héritier, ou trop égalitaire, en méconnaissant des dispositions coutumières qui lui sont contraires, le testament qui en est le support est susceptible de se heurter à un « statut prohibitif » ou, plus généralement, à des « raisons de droit public », qui traduisent, dans l'esprit des auteurs, l'existence d'un ordre public coutumier. C'est ce que traduisent les exemples qu'ils nous rapportent, au sujet de la délicate coordination entre l'exclusion des filles dotées et leur droit à la légitime qu'évoque Froland (a.) et de ces dispositions qui, selon Boullenois, échappent au pouvoir de l'homme, comme le droit d'aînesse en droit féodal et la réserve héréditaire, tels que les conçoit la coutume de Paris (b.)

a) L'exclusion des filles dotées et le droit à la légitime.

Parmi les statuts relatifs à la succession, l'exclusion de la fille mariée et dotée de la succession de ses parents a toujours attiré sur elle l'attention, parce qu'elle est l'un des exemples les plus anciens de statut prohibitif *in personam*. Dans les derniers siècles de l'Ancien droit, il est communément admis, comme le rappelle Jean Bouhier, que l'exclusion des filles dotées est une pièce-maîtresse du droit français naissant : « un usage aussi ancien que la Nation, que nos auteurs regardent comme un point essentiel au bien de l'Etat, et qui est universellement reçu partout, peut bien être appelé notre Droit commun »¹⁴⁸⁶. Cette exclusion peut être soit coutumière, soit conventionnelle, comme le veut une pratique courante dans le Royaume de France qui impose à la fille de renoncer dans leur contrat de mariage ou par un acte isolé à toute prétention sur la succession parentale. Depuis Bartole, jusqu'à d'Argentré, la doctrine n'a cessé de disputer sur le caractère, réel ou personnel, de ladite exclusion, coutumière ou volontaire, et de l'extension, *ratione personae* ou *ratione loci*, qu'il convient de lui accorder¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, au chapitre XXVI, n°95 (*Œuvres de jurisprudence, op. cit.*, t. 1, p. 742). Voir aussi Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Paris, 1766, tome I^{er}, titre second, chapitre II, observation XVIII, p. 294, qui fait même remonter cette exclusion à « la police que Dieu avait établie entre les Israélites, aux Nombres, chapitre 27, n°8 ».

¹⁴⁸⁷ Sur les opinions de Bartole et de Balde, tenants du caractère personnel du statut, voir, *supra*, pp. 100-102 et 110-113. Toutefois, ceux-ci ne disent mot de la renonciation volontaire. Les auteurs français du XVI^e siècle envisagent les deux types d'exclusion. La pensée de Dumoulin est difficile à synthétiser, car il ne défend pas exactement la même position dans le *Consilium LIII* et dans les *Conclusiones*. Dans le *Consilium (op. cit., n°13 et 14)*, il donnait une portée extraterritoriale à l'acte émanant de la volonté des parties et l'exclusion concernait les biens partout où ils fussent situés ; à l'inverse, il restreignait l'exclusion qui se fonde sur la seule force de la coutume au seul territoire de celle-ci. A cela, il apporte une double nuance dans ses *Notae solemnes ad Consilia Alexandri Tartagni*, sur le livre VII, *Consilium CLV* (in *Caroli Molinaei Omnia quae extant opera ex variis librorum*, t. 3, Paris, 1680, p. 1010) : l'acte de renonciation doit viser expressément tous les biens, où qu'ils soient situés, et le statut du lieu de situation ne doit pas s'opposer à l'exécution de l'acte. C'est, d'ailleurs, à cette dernière position que se rallie D'ARGENTRE (*Commentarii, op. cit., n°18, 26 à 28 et 33*), dans son œuvre, malgré la référence erronée qu'il donne des *Notae solemnes*. Sur la légitime en pays de coutumes, voir Marta PEGUERA-POCH, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil, op. cit.*

L'exclusion coutumière divise les auteurs français du XVIII^e siècle, pourtant unanimes à ranger les successions parmi la classe des statuts réels. Jean Bouhier voit dans cette exclusion une exception à la territorialité de la succession et la range parmi les statuts personnels et extraterritoriaux, en s'autorisant de l'idée de convention tacite que n'avait, pourtant, pas osé invoquer son promoteur Charles Dumoulin en la matière et en en tirant toutes les conséquences logiques¹⁴⁸⁸. Louis Boullenois, au contraire, se renferme « dans le matériel du statut qui est tout réel, ne s'agissant que de succession » et, prenant le parti de d'Argentré, critique tous ceux qui, comme Bouhier, veulent réduire les dispositions d'une coutume à de simples conventions¹⁴⁸⁹.

A l'inverse, la tension entre personnalité et réalité n'aurait pas dû peser sur l'exclusion conventionnelle : manifestation de la volonté de la fille de renoncer à la succession, cette convention expresse doit – en théorie – pouvoir s'exécuter partout et obtenir son exécution extraterritoriale, ainsi que le veut la force qui s'attache aux obligations qui y sont souscrites. Bouhier et Boullenois s'accordent sur ce point et, l'un comme l'autre, soulignent que la fille est exclue (*sic*) partout, non pas par la loi, mais par la convention. L'exclusion devient personnelle, descendant de contrat et de consentement », pour reprendre les termes de l'avocat parisien¹⁴⁹⁰ ; cela seul justifie, aux yeux de Bouhier, que l'exclusion des filles dotées soit rangée parmi les statuts personnels¹⁴⁹¹. Mais la question se pose toujours, en pareil cas, de l'obstacle auquel peut se heurter l'extraterritorialité de cette renonciation conventionnelle : cet obstacle, comme le rappellent fort opportunément d'Argentré, Froland et Boullenois, tient à ce que l'exécution de l'acte est entièrement dans la dépendance des statuts du lieu de situation¹⁴⁹². Le statut réel est ainsi toujours susceptible d'intervenir, à titre de statut prohibitif, pour paralyser les effets contenus par la renonciation conventionnelle.

C'est ce qu'illustre, parmi tant d'autres, la question du droit à la légitime. Louis Froland la résout en s'appuyant, pour l'occasion, sur un arrêt rendu le 3 mai 1664 par la cinquième Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris¹⁴⁹³ et rapporté par le *Journal des audiences*¹⁴⁹⁴. Cet arrêt d'*Autefort*

Dans les *Conclusiones* (*op. cit.*, II, 13), marquées par l'environnement romaniste dans lequel baigne alors leur auteur, Dumoulin conditionne la portée extraterritoriale de l'exclusion volontaire à la conformité au droit commun : si la renonciation volontaire se fonde sur un statut conforme, l'acte pourra produire ses effets partout ; si elle se fonde sur un statut exorbitant, son extension sera restreinte au seul territoire. Quant à l'exclusion coutumière, elle demeure réelle et territoriale, mais elle peut souffrir, le cas échéant, des restrictions *ad personam* (*op. cit.*, III, 1 et 2). Dans tous les cas, le statut réel, doué ou non d'un caractère prohibitif, est appelé à jouer un rôle essentiel. Sur ce dernier point, voir, *supra*, pp. 133-134 et 136.

¹⁴⁸⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, au chapitre XXVI, n°175-202 (*Œuvres de jurisprudence*, t. 1, pp. 739-744).

¹⁴⁸⁹ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Paris, 1766, tome I^{er}, titre second, chapitre II, observation XVIII, pp. 294-297, spéc. p. 297.

¹⁴⁹⁰ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Paris, 1766, tome I^{er}, titre second, chapitre II, observation XVIII, pp. 323-326, spéc. p. 323. Il y discute également les opinions de Dumoulin et de d'Argentré. Il reprend également, plus loin, les arguments de Bouhier et leur expose une vive critique (*eod. loc.*, pp. 331-338).

¹⁴⁹¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXVI, n°189 et 202. Voir Hugues RICHARD, « La place du président Bouhier », *op. cit.*, pp. 113 et 148.

¹⁴⁹² Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii*, *op. cit.*, article 218, glose VI, n°27 et aussi n°2 (pour la soumission générale et absolue des immeubles à la réalité) ; Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Paris, 1766, tome I^{er}, titre second, chapitre II, observation XVIII, pp. 294-338, spéc. p. 331 : « je finirai cette dissertation, en observant que l'on ne risque communément rien, en fait de droits successifs, de se déterminer par la Loi de la situation, parce que tout est réel en cette matière ; je n'en ferai pas un principe sans exception ; mais j'en ferai du moins un principe général ».

¹⁴⁹³ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome II, chapitre XXXI, pp. 1500-1546, spéc. pp. 1528-1536 (avec la discussion des opinions de Dumoulin et de d'Argentré).

¹⁴⁹⁴ Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, t. 2, Paris, 1757 (1660-1674, par François JAMET DE LA GUESSIERE), livre III, chapitre XX, Paris, 1757, pp. 281-287. Voir aussi Claude DE FERRIERE, *Corps et compilation de tous*

se prononce sur les effets à accorder à une renonciation effectuée en Périgord, pays de droit écrit, par une fille de famille, dans son contrat de mariage, à tout droit de légitime et au supplément de celle-ci. En pareil cas, la renonciation convenue vaut-elle pour l'ensemble des biens, où qu'ils soient situés, ou ne vaut-elle que dans les coutumes qui en acceptent le principe, à l'exception de celles qui réservent, de manière intangible, un droit à la légitime pour la fille, même exclue de la succession ? Comme le dit Froland, au sujet de ces coutumes, « regardera-t-on leurs statuts comme des statuts réels, ou comme des statuts personnels ? Fera-t-on valoir les dispositions de chaque coutume en particulier ? Ou s'en tiendra-t-on à celle du lieu où le contrat de mariage qui contient la renonciation a été fait, ou à celle du domicile ? ».

L'arrêt d'*Autefort* donne gain de cause à la fille et à l'héritier de sa sœur qui, ensemble, réclament le bénéfice de la légitime sur les biens situés dans des coutumes où une telle demande est reçue. Dans le commentaire qu'il en donne dans ses *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Froland souligne que le Parlement de Paris s'est tenu, en l'occurrence, à une territorialité stricte qui doit s'interpréter comme un statut prohibitif qui consacre un droit intangible à la légitime, nonobstant toute convention ou clause contraire :

XXXIII. ... L'arrêt est fondé sur ce que, dans le pays du Droit Ecrit, les renonciations faites par les filles en leurs contrats de mariage sont jugées valables ; mais qu'elles ne peuvent point préjudicier à la *légitime* qui est due par le droit naturel, et qui par conséquent, ne peut leur être ôtée ou diminuée en quelque manière que ce soit, par aucune paction ou convention faite au contraire, selon la loi *Si quando, C. de inoff. Testam.* [C. 3.28.35].¹⁴⁹⁵

XXXIX. ... Le statut qui accorde à la fille le *supplément* de légime (*sic*), nonobstant sa renonciation, doit être considéré comme un statut *prohibitif* dont il n'est pas permis d'arrêter le cours, l'intention des loix n'étant pas de donner aux particuliers le pouvoir de déroger à ce que nous appellons (*sic*) communément *Droit Public*, par les pactions que leur interest les engage de faire : *privatorum pactis juri publico derogari non potest* [C. 50.17.45.1].¹⁴⁹⁶

Conformément à une démarche intellectuelle qui est celle du statutisme, et qui laisse la part belle à la territorialité des statuts réels, la validité d'une situation ou d'un acte ne préjuge en rien de son exécution effective au lieu de situation des immeubles. Les deux opérations doivent être dissociées : *in fine*, l'extraterritorialité le cède ou non devant la territorialité si celle-ci, se faisant intransigeante, se révèle « prohibitive ». Sous la plume de Froland, et comme le montre le présent exemple, la notion de statut prohibitif semble avoir gagné en plasticité, en n'étant plus nécessairement attachée à l'idée d'interdiction *stricto sensu* : en ce sens, elle consonne toujours davantage avec l'idée d'ordre public territorial. Or, cet ordre public territorial s'apparente à une véritable loi de police, qui, loin de se poser la question de la validité ou non de la convention qui sert de substrat à la renonciation, n'agit qu'à l'égard des effets que l'on entend lui faire produire dans le ressort d'une coutume particulière, sans préjuger de l'accueil qu'une autre coutume pourrait lui faire. En effet, la coutume, sous l'empire de laquelle a été passée cette renonciation

les commentateurs sur la coutume de Paris, tome quatrième, 2^e édition, Paris, 1714, titre XV « De succession », article CCCXVIII, § 7, n°3, pp. 761-764, spéc. p. 762, qui rapporte également toute une jurisprudence à ce sujet.

¹⁴⁹⁵ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome II, chapitre XXXI, n°33, p. 1528. Il ne fait que reprendre un des arguments que l'avocat de la fille d'Autefort avançait dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 3 mai 1664 en faveur de sa cliente, en s'autorisant de « l'usage général de la France » et de « la doctrine des arrêts » (*Journal des Audiences, loc. cit.*, p. 281).

¹⁴⁹⁶ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729, tome II, chapitre XXXI, n°39, p. 1533.

conventionnelle, n'est pas remise en cause en elle-même, au prétexte qu'elle serait contraire aux valeurs de l'ordre juridique parisien, ce qui n'aurait pas de sens dans le droit intercoutumier de l'Ancienne France. Mais cet ordre juridique parisien se réserve la faculté souveraine d'imposer ses vues – et, notamment, l'intangibilité du droit à la légitime – à tous ceux qui se prévaudraient d'un droit acquis légitimement sous l'empire d'une autre coutume.

b) Le droit d'aînesse en matière féodale et la réserve héréditaire selon la coutume de Paris.

Les deux dispositions, toutes deux contenues dans la coutume de Paris, sont envisagées de concert par Louis Boullenois dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, afin de présenter, au sujet des successions, les règles devant lesquelles la liberté du disposant doit se plier impérativement, au motif qu'elles sont fondées sur le « droit public » et qu'en tant que telles, elles s'imposent à lui, nonobstant sa volonté contraire. L'organisation de la succession n'est laissée à l'appréciation du défunt que dans la mesure où elle se conforme au modèle de société que l'ordre juridique coutumier entend faire respecter dans les familles qui y appartiennent. Le garde-fou est, en l'occurrence, assuré par ces dispositions qui équivalent à des statuts prohibitifs et que l'avocat parisien n'hésite pas à qualifier de règles de « droit public ». En effet, dans son *Traité*, il les expose comme des cas d'école, sans pouvoir s'appuyer sur un arrêt topique, mais comme des exemples où la main de l'homme est arrêtée par la puissance supérieure qui est celle de la loi :

Je demande si un homme pourrait, par son testament, dire, dans la coutume de Paris : « je veux que mes héritiers, en ligne directe, mâles ou femelles, partagent également ma succession sans droit d'aînesse dans les fiefs. Je veux que tous mes héritiers partagent mes propres entr'eux, sans distinction de côté et ligne. Je ne veux pas que tels et tels, mes héritiers présomptifs, soient mes héritiers ». Je ne croirais pas que ces dispositions dussent avoir lieu.

Ma raison est qu'il y a des dispositions de lois et de coutumes qui sont de droit public, et nullement dans le pouvoir de l'homme. Les droits d'aînesse sont accordés aux aînés *par une raison d'Etat, et pour le bien général d'une nation*. La réserve des propres, jusqu'à une certaine concurrence, est encore *fondée en raison publique et générale* ; il importe que les familles ne soient pas dépouillées par des dispositions trop outrées, et que les biens que nous recueillons de nos proches passent à ceux du même sang, à l'exclusion d'un sang étranger. Enfin, c'est la loi qui fait les héritiers, et non l'homme¹⁴⁹⁷.

Les dispositions de dernière volonté ne peuvent, ainsi, aller à l'encontre de ces règles de « droit public », relatives à la « raison d'Etat » et au « bien général d'une nation » et fondée en « raison publique et générale », qu'une terminologie plus moderne qualifierait d'ordre public en modifiant, à sa guise, l'ordre de succession¹⁴⁹⁸. Il ne peut, ce faisant, porter atteinte au droit d'aînesse du droit féodal, en privilégiant une répartition strictement égalitaire des biens, ou à la quotité fixée par la coutume de Paris en matière de réserve héréditaire. Dans ce cas, la disposition testamentaire en cause est neutralisée *ab initio* et dépourvue de tout effet, parce qu'elle prétend s'appliquer sur le territoire de la coutume de Paris, qui en rejette vigoureusement la teneur¹⁴⁹⁹. Seule compte, en l'espèce, la réaction de l'ordre juridique parisien, sans préjudice des effets que voudront bien lui reconnaître les autres coutumes à l'intérieur de leurs territoires respectifs. Un testament,

¹⁴⁹⁷ Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Paris, 1766, tome second, titre troisième, chapitre II, observation XLI, pp. 394-395 (souligné par nous).

¹⁴⁹⁸ Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, op. cit., chapitre IV, pp. 121-122 et 132.

¹⁴⁹⁹ Par hypothèse, le testament est supposé toujours valable en la forme : le lieu de rédaction de l'acte est, par conséquent, indifférent à ce stade de la réflexion, car seule compte la réaction de l'ordre juridique parisien à propos du contenu de l'acte.

même valable en sa forme, peut ainsi voir l'une de ses dispositions annulées par un juge, parisien ou non, si ladite disposition se révèle contraire à la « police » de la coutume de Paris, dès lors que l'exécution est appelée à se faire à l'intérieur du détroit de ladite coutume.

D'absolue chez elle, la prohibition parisienne peut très bien se révéler relative aux yeux des autres coutumes. En effet, en vertu de la logique des droits acquis, ce que la coutume de Paris prohibe au nom de sa propre « police », elle ne peut le prohiber que dans la mesure où son pouvoir s'exerce sur les droits qui naissent à l'intérieur de ses frontières ou qui aspirent à s'y exécuter. *A contrario*, en dehors de son détroit, la volonté particulière du défunt, formulée dans les mêmes termes, est susceptible d'être accueillie ou rejetée par les coutumes sur le territoire desquelles elle est amenée à s'appliquer, selon la conception de l'ordre successoral que chacune d'elle est libre de défendre et de réglementer. La loi de police parisienne n'est véritablement souveraine que chez elle : à l'extérieur de ses frontières, et replacée dans l'ensemble intercoutumier, elle peut très bien se muer en simple exception d'ordre public¹⁵⁰⁰.

C'est là un point que Boullenois – convaincu, par ailleurs, de la primauté de la norme parisienne sur les autres coutumes ayant cours dans le royaume – se retient d'approfondir en se retranchant derrière des formules volontiers générales. Mais la démonstration qu'il soutient ne laisse guère de doute quant à la logique qui est mise en œuvre : le conflit de coutumes se résout par l'intervention, au titre de mécanisme dérogatoire agissant *a priori* ou *a posteriori*, d'un statut prohibitif expressément perçu, par Boullenois, comme d'ordre public coutumier. Ce caractère exceptionnel frappe d'autant plus que c'est la radicalité même de l'intervention du statut prohibitif qui vient, précisément, mettre en lumière l'importance primordiale reconnue par la norme parisienne à ce droit de nature successorale : la vertu propre du statut prohibitif en fait tout autant un symptôme qu'un remède.

2) La liberté de disposer face aux exigences de l'ordre public international.

S'ils se font rares en jurisprudence, les conflits de lois de dimension internationale n'en sont pas tout à fait absents et le fait se vérifie d'autant plus lorsque, à la différence de sujétions (ou de nationalités, si l'on s'autorise cet anachronisme), s'ajoute la différence de religions : la difficulté, qui s'était déjà élevée en matière de mariages, se vérifie, de manière sans doute plus anecdotique, à propos des testaments passés à l'étranger, en contradiction avec les règles en vigueur en France. C'est ce que relève Merlin, dans son *Répertoire*, lorsqu'il évoque l'affaire de *Walkemburg*, résolue par un arrêt du Parlement de Paris de 1777, puis par deux décisions (infirmatives) du Conseil de 1778 et de 1781¹⁵⁰¹. Par haine de la religion catholique, la baronne de Walkemburg, ressortissante

¹⁵⁰⁰ La présente distinction n'est que la conséquence de la logique des droits acquis, à laquelle Boullenois s'avère sensible, par fidélité aux enseignements de l'École hollandaise. En vertu de cette théorie, le lieu où le droit a pris naissance joue un rôle déterminant pour sa destinée. Le lieu de confection du testament, en l'espèce, peut être, alors, réintroduit comme élément de réflexion :

- Si le testament est rédigé à Paris, comme semble le supposer Boullenois, ou dans toute autre coutume prohibitive, il ne fait aucun doute que les dispositions litigieuses seront frappées de nullité *ab initio* et dépourvues de tout effet à l'extérieur. La nullité *ab initio* souligne bien la valeur de « loi de police » qui, indifférente à la qualité des personnes, entend s'appliquer exclusivement dans le détroit de la coutume prohibitive.

- Si, à l'inverse, le testament est rédigé dans une coutume permissive ou simplement négative, leur nullité ne pourrait être prononcée qu'au regard de la partie du testament qui s'exécute à l'intérieur d'une coutume prohibitive. La réaction tient, alors, de l'exception d'ordre public qui serait soulevée en faveur de la coutume prohibitive.

¹⁵⁰¹ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1812 (4^e éd., t. 1, A.-B.), v^o « Ab irato », section IV, pp. 18-21.

hollandaise et fervente calviniste, avait, par un testament en date du 21 mai 1694, désigné sa fille unique héritière, mais en grevant la succession d'un fidéicommiss à quatre degrés de génération qui en réservait les fruits et revenus à ceux de leurs descendants professant la religion réformée, à l'exclusion des catholiques. La question qui se pose alors est de savoir si cette clause d'exhérédation, insérée par une testatrice hollandaise dans un acte rédigé en Hollande, peut produire ses effets à l'encontre des héritiers français et catholiques de la baronne, alors même que les biens fidéicommissés se situent désormais en France. Si la testatrice avait été domiciliée en France, cette clause aurait été frappée de nullité absolue, puisque l'exhérédation « en haine de la religion » est formellement proscrite par les articles 31 de l'édit de mai 1576, 32 de l'édit de septembre 1577 et 26 de l'édit d'avril 1598 (le fameux « édit de Nantes »), lequel article dispose que : « les exhéréditions et privations, soit par dispositions entre vifs ou testamentaires, faites seulement en haine ou pour cause de religion, n'auront lieu, tant pour le passé que pour l'advenir, entre nos subjects »¹⁵⁰². Il est certain que, depuis l'édit de Fontainebleau d'octobre 1685, ces dispositions ne pouvaient valoir qu'en faveur d'héritiers professant la foi catholique. Mais peuvent-elles aller jusqu'à invalider l'exhérédation décidée par une femme domiciliée à l'étranger en vertu d'un testament rédigé à l'étranger ? Ce dernier acte ne risque-t-il pas de heurter la législation royale et, par là même, de contrevenir à l'ordre public international ?

La réponse doit se faire en deux temps : d'abord, il convient de déterminer si l'acte est valable selon le droit en vigueur en Hollande ; ensuite, si la réponse est positive, de le laisser produire ses effets en France ou de lui refuser toute exécution au nom de l'ordre public. Saisi de ce litige par les créanciers de l'héritière française (décédée en cours d'instance), le Parlement de Paris rend une sentence, *a priori*, dénuée de toute ambiguïté, selon Merlin :

Le Parlement de Paris, par arrêt rendu en 1777, a condamné la baronne de Bagge à rendre compte aux créanciers [*de la demoiselle*] Rencurel [*héritière française et catholique*] des deniers touchés par le sieur Maudry et sa femme [*héritière genevoise et, donc, protestante, mère de la baronne de Bagge*] et à lui communiquer l'inventaire et les pièces concernant la succession de la fille de la dame de Walkemburg (*Journal des causes célèbres*, tome 35¹⁵⁰³).

Cet arrêt, comme il est aisé de le voir, jugeait bien clairement qu'une exhérédition, prononcée même en Hollande, par un motif de haine contre la religion catholique, ne formait qu'un titre nul, et mettait celui qui en avait profité dans le cas de restituer les fruits des biens sur lesquelles elle frappait¹⁵⁰⁴.

Pourtant, deux arrêts du Conseil, rendus le 5 octobre 1778, puis, définitivement, le 5 mars 1781, cassent l'arrêt du Parlement de Paris, en déclarant les créanciers de l'héritière française non recevables en leurs demandes. Comment comprendre et interpréter ces décisions contradictoires ?

Pour en mesurer la valeur et la portée, il faut souligner, d'emblée, que le testament est, effectivement valable selon les lois hollandaises et qu'il doit, à ce titre, sortir ses effets en France. La théorie des droits acquis joue en sa faveur. En dépit de ce que soutiennent les représentants de

¹⁵⁰² François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XIV, pp. 298 (article 31 de l'édit de pacification de Paris de mai 1576) et 330 (édit de pacification de Poitiers de septembre 1577), et tome XV, p. 178 (article 26 de l'édit de Nantes d'avril 1598), Paris, 1829.

¹⁵⁰³ L'affaire de *Walkemburg* est évoquée, en détail, dans Nicolas-Toussaint Le Moyne DES ESSARTS, *Causes célèbres curieuses et intéressantes de toutes les Cours Souveraines du Royaume, avec les jugemens qui les ont décidées, tome XXXV, Paris, 1777, XIV^e cause, pp. 133-202, et reprise dans Choix de nouvelles causes célèbres avec les jugemens qui les ont décidées, extraites du « Journal des causes célèbres », depuis son origine jusques et compris l'année 1782, tome VI, Paris, 1785, du même auteur, aux pp. 446-494.*

¹⁵⁰⁴ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1812 (4^e éd., t. 1, A.-B.), v^o « Ab irato », section IV, p. 20.

l'héritière catholique, selon lesquels l'acte serait de nature, selon leurs propres mots, à « troubler l'ordre public » de la province de Hollande¹⁵⁰⁵, les parties en défense ont pu établir devant le Conseil que le Haut Conseil de Hollande, seul tribunal compétent pour statuer sur la validité du testament, avait « jugé, par trois arrêts différents, que le testament de la dame de Walkemburg n'est pas contraire aux lois des Provinces-Unies »¹⁵⁰⁶. Mais doit-il, pour autant, s'imposer à une héritière française et catholique ? Il eût été tout à fait concevable, pour les juridictions royales, de se fonder sur les articles des édits de 1576, 1577 et 1698 pour neutraliser, en France et au détriment d'une Française, les effets d'un acte, par ailleurs, parfaitement valable selon une loi étrangère ; en cela, elles n'auraient jamais fait qu'opposer l'ordre public international français à une situation dont les textes royaux refusaient qu'elle puisse se constituer au sein de la société française¹⁵⁰⁷.

S'il en a été autrement, c'est, sans nul doute, parce que le Parlement de Paris, certainement sensible à l'argumentation des avocats des créanciers de la demoiselle Rencurel, a estimé que le testament était un « titre nul ». En statuant ainsi, la juridiction parisienne déniait toute valeur à l'acte en question, au mépris de la loi compétente qui, elle, le reconnaissait valable. Il n'est guère étonnant que, sur pourvoi, le Conseil du Roi ait cassé la sentence du Parlement pour avoir fait une mauvaise application de la loi hollandaise. Nombre de « circonstances très particulières » semblent, d'ailleurs, s'être conjuguées pour emporter la décision du Conseil. Mais il n'en reste pas moins que l'erreur de raisonnement, en droit, reprochée au Parlement est d'avoir déclaré la nullité du testament sur le fondement de la loi hollandaise et d'avoir raisonné, à tort, en tenant compte d'un hypothétique ordre public hollandais. Il aurait été, sans doute, plus judicieux de relever la contravention de la clause testamentaire litigieuse avec les exigences de l'ordre public français, et non hollandais : les articles des édits de 1576, 1577 et 1698 auraient été, alors, consacrés en tant que « loi de police » et le testament hollandais aurait été considéré, non pas nul, mais simplement inopposable aux héritiers français et insusceptible de sortir ses effets à leur rencontre. Mais ni le Parlement de Paris, hostile à l'exhérédation « par haine de la religion », ni le Conseil du Roi n'ont cherché à, ou voulu, se situer sur le terrain de l'ordre public international français.

Merlin, qui ne dissimule pas l'embarras que lui cause cette affaire, affirme qu'il faut donner, néanmoins, raison au Parlement de Paris et que les décisions du Conseil ne sont, finalement, que des arrêts d'espèce, motivés par des « circonstances très particulières ». En effet, il écrit : « Il ne faut pas croire que, par cet arrêt [*de 1581*], le conseil ait détruit la maxime consacrée par celui du parlement de Paris. Non, il a seulement jugé que le cas dont il s'agissait n'était point passible de l'application de cette maxime ». En réalité, le Conseil a fait une juste application de la théorie des droits acquis et estimé que l'exhérédation prononcée, à l'étranger, par « haine de la religion catholique » et permise par la loi étrangère, ne heurtait pas les valeurs de l'ordre juridique français :

¹⁵⁰⁵ *Eod. loc.*, p. 20.

¹⁵⁰⁶ *Eod. loc.*, p. 20.

¹⁵⁰⁷ L'avocat des créanciers de la demoiselle Rencurel, Maître Porquier de Vaux, a, d'ailleurs, tenté de jouer sur ce registre, en avançant, parmi les arguments susceptibles d'emporter la décision de la cour parisienne, l'atteinte à l'ordre public de Hollande, mais en des termes qui semblent davantage renvoyer à l'ordre public français : « les exhérédations étant odieuses (...), elles ne peuvent légitimement avoir lieu qu'autant qu'elles sont nécessaires pour maintenir les lois d'un Etat et y conserver les bonnes mœurs, et non pas lorsqu'elles n'ont d'autre but que de satisfaire le cruel caprice d'un père ou d'une mère irrité ». Et d'ajouter : « D'après cela, quel serait le sort de l'exhérédation portée au testament de la baronne de Walkemburg, devant les tribunaux même de Hollande ? L'exhérédation serait cassée, comme contraire à une loi positive, comme ne tendant qu'à corrompre les mœurs, troubler l'ordre public, bouleverser les lois de l'Etat, comme brisant les liens des plus saints traités, et enfin, comme profanant tout à la fois ce qu'il y a de plus sacré, le droit public, le droit des gens, et le droit naturel ». Sa plaidoirie est rapportée dans les *Causes célèbres, op. cit.*, aux pp. 178-201.

en ce sens, il a semblé plutôt enclin à faire bénéficier ce testament de ce que la doctrine appellera plus tard « l'effet atténué de l'ordre public ». En revanche, ce que l'arrêt *de Walkemburg* du Parlement de Paris laissait ouvert, de manière incidente, c'était la faculté de refuser d'accueillir, en France, le droit valablement acquis à l'étranger lorsque son exécution entraînerait, comme semblaient le croire les juges parisiens, une contrariété avec l'ordre public du for. La lecture qu'il aurait, alors, fallu faire, des articles des édits royaux eût été, sans doute, fort différente.

§ 2. La condition des biens : loi de police et droits réels.

A la différence des questions relatives au statut personnel, toujours susceptibles d'être perturbées par l'irruption d'un mécanisme correctif, la matière réelle présente une apparence de stabilité et de permanence que reflètent les deux règles de conflit qui se sont installées en jurisprudence depuis le Moyen-Âge. En effet, ces règles se distribuent en fonction de la nature même des biens : selon qu'il s'agisse d'immeubles ou de meubles, il sera fait application soit de la *lex rei sitae* pour les premiers, soit de la loi du domicile du propriétaire pour les seconds. Indiscutées en théorie, ces solutions peuvent, tout au plus, susciter quelques difficultés de mise en pratique ou quelques exceptions, notamment lorsqu'entrent en ligne de compte les meubles *ut singuli* ou les biens incorporels que sont les rentes ou les créances.

Dans cet ensemble de solutions, l'emprise, en matière immobilière, de la *lex rei sitae* – qui apparaît de plus en plus comme l'emblème de la territorialité absolue pour les statutistes – sur le règlement du conflit de lois n'est plus à démontrer : confortée par les multiples intérêts, privés et publics, qu'elle prend en charge, et par la sécurité qu'elle offre en matière d'exécution, sa compétence n'est pas susceptible d'être remise en cause par un mécanisme dérogatoire. Mieux encore, le statut réel immobilier endosse, à l'occasion, le rôle de « statut prohibitif » comme arme paralysante des effets portés par le statut personnel et comme expression ultime de la souveraineté/territorialité à l'encontre des coutumes étrangères. Cette valeur d'ordre public, qui traduit bien la persistance d'un statutisme d'essence publiciste, souligne bien la force qui s'attache à la police des sols¹⁵⁰⁸. Mais, précisément, il serait vain de vouloir rechercher, en matière immobilière, l'action d'un quelconque mécanisme d'ordre public qui jouerait à l'encontre des dispositions ordinairement incluses dans le statut réel : sauf à s'enfermer dans l'aporie, l'exception d'ordre public ne peut jamais jouer contre un ensemble de règles elles-mêmes perçues comme étant d'ordre public.

Les meubles corporels n'ont pas, à la différence des immeubles, une importance politique et économique telle qu'ils puissent bénéficier de la protection que leur accorde l'ordre public et les solutions de conflits de lois qui prévalent à leur égard ne sont pas, en théorie, à l'abri d'une remise en cause. Il faut bien, en l'espèce, user du pluriel, car la compétence de principe, qui donne autorité à la loi du domicile du propriétaire – ainsi que l'exprime la vieille maxime *mobilia sequuntur personam* –, doit souffrir, en de nombreux points, de la concurrence ardue de la *lex rei sitae*, en particulier lorsqu'il s'agit de meubles pris *ut singuli*¹⁵⁰⁹. Mais cette concurrence se manifeste, de manière bien

¹⁵⁰⁸ C'est cet ordre public immobilier qui se serait perpétué, en 1804, à travers l'article 3, alinéa 2 du Code civil : voir, *supra*, p. 520, note 1296. Il n'est pas certain, en effet, que le statut réel immobilier et le statut réel prohibitif aient toujours été clairement bien distingués sous l'Ancien droit.

¹⁵⁰⁹ Parce qu'il ne s'agit pas, ici, d'entrer dans le détail de la question mobilière, l'on se contentera de distinguer le règlement du conflit de lois selon que ce dernier porte sur des meubles envisagés *ut universi* (comme, par exemple, la succession mobilière) ou sur des meubles envisagés *ut singuli*. Pour les universalités, la maxime traditionnelle s'applique sans guère souffrir de discussions, ni d'exceptions. Pour les meubles pris à titre individuel, en revanche, la pratique et

plus exceptionnelle, mais également de manière bien plus révélatrice, dès lors que les meubles, envisagés *ut universi*, se situent dans diverses souverainetés : dans ce cas de succession mobilière proprement internationale, la maxime traditionnelle doit céder sa place à la *lex rei sitae*, qui apparaît, alors, comme une véritable manifestation de la souveraineté/territorialité (A.).

La succession internationale n'est pas la seule à subir les perturbations causées par l'empiètement de la souveraineté/territorialité sur le périmètre d'action qui est normalement dévolu à la loi du domicile en matière mobilière. Certains types de biens mobiliers incorporels n'échappent pas toujours à cette emprise : c'est le cas pour les rentes constituées lorsque des circonstances toutes politiques imposent au pouvoir royal de substituer à la règle de conflit ordinaire le jeu de l'ordre public pour soulager un débiteur français (B.). A la différence du cas de figure précédent, qui ressortit à une tendance lourde en faveur de la souveraineté, cette situation relève, à l'évidence, de circonstances extraordinaires. Mais, dans l'un et l'autre cas, ce sont des considérations *ab effectu* qui viennent subvertir l'application normale de la règle de conflit, pour satisfaire, à chaque fois, un but qui est, manifestement, d'ordre public ou de police.

A. La succession mobilière internationale et la primauté de la *lex rei sitae* au nom de la souveraineté/territorialité.

Forte de l'autorité qui lui a été reconnue, tant en jurisprudence qu'en doctrine, au fil des siècles, la maxime *mobilia sequuntur personam* est, normalement, appelée à déterminer le régime applicable aux meubles en désignant, ainsi, la loi du domicile du propriétaire, sans que cette compétence ne souffre plus de réelles contestations. Mais elle connaît, néanmoins, une restriction dans le domaine successoral, dès lors que le domicile du défunt et le lieu de situation des meubles se trouvent dans des Etats différents, c'est-à-dire dès lors que la succession mobilière n'est plus intercoutumière, mais internationale. Cette restriction est exprimée, en ces termes, par Froland, dans ses *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts* :

... Quoique les meubles suivent ordinairement le domicile de la personne, il y a pourtant une distinction certaine à faire lorsque les meubles se trouvent dans des souverainetés différentes, parce que la loi qui règle la personne et les meubles qui y sont attachés n'agit et n'a d'effet que sur les meubles qui se trouvent dans la souveraineté du Prince qui l'a faite, et parce que chaque souverain a droit d'imposer des lois aux meubles qui se trouvent dans son territoire.

C'est sur ce principe que M^e René Chopin en son *Commentaire sur la coutume de Paris*, titre I, n^o11, parlant d'un évêque du Mans, cardinal qui avait laissé des meubles à Rome et dans la Ville du Mans, s'explique en ces termes : *Nil vetat Franciscas res mobiles coenomano patrio, Romanis extero jure suo tractari et administrari* (« Rien n'empêche que les meubles français, appartenant à l'évêque du Mans, soient régis et administrés par un droit étranger à celui des Romains »)¹⁵¹⁰.

les auteurs de l'Ancien droit ont tendance à faire prévaloir la *lex rei sitae* : sur ce dernier point, voir Armand LAINE, *Introduction, op. cit.*, tome 2nd, Paris, 1892, pp. 217-261, spéc. pp. 253-261, et Georges-René DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil, op. cit.*, pp. 177-192. Rappelons que la maxime *mobilia sequuntur personam* est à l'origine d'une longue controverse historique sur son interprétation, évoquée, entre autres, par Armand LAINE (*eod. loc.*, pp. 233-252), par Eduard-Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 638-641 et par Charles FREYRIA, *La loi applicable aux successions mobilières en droit international privé : la maxime mobilia sequuntur personam*, Lille, 1946, spéc. pp. 67-132.

¹⁵¹⁰ René CHOPPIN, *Commentaire sur la coutume de Paris*, livre 1^{er}, titre I, n^o11, in *Œuvres de Maître René Choppin*, t. 3, Paris, 1662, pp. 10-11). Dans l'édition de Paris, la traduction de Gabriel Michel de la Rochemaillet restitue la phrase latine ainsi : « il n'y a rien qui empêche de résoudre que les meubles qui sont en France du défunt cardinal doivent être réglés par la coutume du pays du Maine et ceux qui sont à Rome par les lois des Romains ».

Et c'est aussi ce qui a donné lieu à M^e Julien Brodeau sur M. Louet, Lettre C, n^o17¹⁵¹¹, de dire qu'il a été jugé par arrêt qu'un cardinal ayant laissé des meubles à Paris et à Rome, les meubles de Paris devaient se régler par la coutume de Paris¹⁵¹², et ceux de Rome suivant les lois qui s'observaient en ce pays-là¹⁵¹³.

L'affaire dont il est question dans ce passage est celle qui se rapporte à la succession du cardinal Charles d'Angennes de Rambouillet, décédé en Italie en 1587, qui fut évêque du Mans de 1556 à sa mort, et qui s'appuie peut-être sur le précédent que constituerait la succession du cardinal Jean du Bellay¹⁵¹⁴. Suivant l'arrêt qui a été rendu¹⁵¹⁵, la succession des meubles laissés par le défunt en France et en Italie doit être régie, au besoin distributivement, par la loi du lieu où ces meubles sont effectivement situés : selon la coutume du Maine pour les meubles français ; selon la « loi des Romains » pour les meubles italiens¹⁵¹⁶. La solution ne laisse pas de plonger les commentateurs dans un embarras certain. La plupart, à la suite de Choppin et de Le Caron, défendent l'idée selon laquelle le Parlement de Paris aurait admis, à titre dérogoire, l'existence d'un double domicile ; le mérite de cette interprétation est de préserver l'autorité de la maxime *mobilia sequuntur personam* et d'envisager son application distributive aux meubles situés à l'un et l'autre domicile. Toutefois, ainsi que le relève Ferrière, les arrêts ont toujours décidé qu'il ne pouvait y avoir qu'un seul domicile. Or, que l'on accepte ou non la théorie du double domicile, force est de constater que le résultat demeure identique : les meubles ne sont plus rassemblés, même par le biais d'une fiction, en un lieu unique – le domicile du défunt – qui servirait de critère de rattachement. En tout état de cause, c'est bien leur lieu de situation effective qui entre en ligne de compte : par conséquent, il faut délaïsser la règle *mobilia sequuntur personam* et lui substituer la *lex rei sitae*, sans doute pour des raisons de facilité d'exécution, qui ne sont pas éloignées des raisons tenant à la souveraineté/territorialité.

¹⁵¹¹ Georges LOUET, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnés en la cour de Parlement de Paris*, op. cit., t. 1, lettre C, « Domicile de ceux qui suivent la Cour », Sommaire XVII, n^o4, p. 218 : « Fallit en un cardinal français, lequel demeurant à Rome, sa succession, pour les meubles qui y sont, ne se règle point par les lois de la France, comme j'ai appris avoir été jugé par arrêt pour la succession de Monsieur le Cardinal de Rambouillet ».

¹⁵¹² Louet et Brodeau, au passage précité à la note précédente, font explicitement mention de la succession du cardinal de Rambouillet. Il est donc plus vraisemblable que les meubles se soient situés au Mans, auquel cas il faudrait leur appliquer les dispositions de la coutume du Maine.

¹⁵¹³ Louis FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, op. cit., tome premier, partie seconde, chapitre IV, p. 388.

¹⁵¹⁴ La raison de douter vient directement du passage, précité à la note 1510, de Choppin lui-même. En effet, l'auteur relève que le cas de figure s'est présenté à deux reprises à son époque : à la suite du décès de l'illustre cardinal Jean du Bellay, décédé à Rome en 1560, et ancien évêque du Mans de 1542 à 1556 et de Paris de 1532 à 1551, puis du décès de son successeur à l'évêché du Mans de 1556 à 1587, le cardinal Charles d'Angennes de Rambouillet, décédé à Corneto dans les Etats pontificaux en 1587. Choppin explique qu'il fut consulté sur cette question en compagnie de son confrère, Pierre Le Tourneur, dit de Versoris († 1588), sans préciser sur quelle affaire ils furent appelés à donner leur avis. Tout semble indiquer, en tout cas, que le raisonnement qui fut tenu à l'occasion de l'affaire qui s'était élevée à propos de la succession du cardinal du Bellay a été reconduit, quelques années plus tard, lors du litige portant sur la succession du cardinal de Rambouillet.

¹⁵¹⁵ La date de l'arrêt du Parlement de Paris ne nous est pas parvenue et les quelques arrêstistes qui y font référence ne la mentionnent jamais : par la force des choses, l'arrêt est postérieur de quelques années au 23 mars 1587, date du décès du cardinal de Rambouillet.

¹⁵¹⁶ Louis Charondas LE CARON, *Constume de la ville, prévosté et vicomté de Paris, ou Droit civil parisien*, Paris, 1614, titre III, article LXXXVIII, pp. 181-182 ; Jean TRONÇON (TRONSON), *Le droit françois et coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, Paris, 1626, titre III, article LXXXVIII, v^o « Meubles », pp. 164-165 (qui reprend Le Caron sur ce point) ; Claude de FERRIERE, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, tome premier, 2^e édition, Paris, 1714, titre III, article LXXXVIII, n^o38-39, p. 1328 ; Pierre-Jacques BRILLON, *Dictionnaire des arrêts et jurisprudence universelle des Parlements de France*, tome second, quatrième partie (« Dammartin à Don »), Paris, 1727, v^o « Domicile, mineur », p. 727.

C'est, précisément, cette souveraineté/territorialité qui inspire à Froland, et, plus tard, à Merlin, la volonté d'ériger cette solution précaire en règle certaine : l'argument qui emporte leur conviction semble tout droit tiré des écrits des Hollandais et repose tout entier sur le cloisonnement des souverainetés qu'aucune *comitas* ne semble pouvoir vaincre. Froland dénie explicitement toute extraterritorialité à la règle *mobilia sequuntur personam* dès lors qu'elle doit avoir une extension internationale, alors qu'il accueille sans réserve cette même extraterritorialité en ce qui concerne les conflits purement internes. Ce faisant, il fait perdre grandement, si ce n'est de son intérêt, du moins de sa cohérence à la maxime et il lui enlève son caractère universel pour en faire une règle strictement nationale¹⁵¹⁷. Marchant sur ses brisées, Merlin tient le même raisonnement dans le réquisitoire qu'il prononce en 1811 dans l'affaire *Cardon*, en pointant du doigt la nature intrinsèquement fictionnelle de la règle *mobilia* : ainsi, lorsqu'une fiction de droit civil est nécessairement propre à un Etat, elle est insusceptible d'être partagée par les autres Etats, qui ne la reconnaîtraient pas et ne lui donneraient aucune valeur. La règle de conflit, devenue purement unilatérale, a pour conséquence de soumettre, en matière de succession, les meubles possédés en France par un étranger à la loi française, en tant que loi du lieu de situation, et de transformer cette dernière en « loi de police » destinée à s'appliquer exclusivement, à l'encontre de la loi (étrangère) du domicile. Tel est, du moins, la conclusion que commandent les considérations fondées sur la souveraineté, comme en témoigne le discours que tient Merlin à ce propos :

Mais prenons-y garde, la fiction de droit qui répute les meubles situés dans le domicile de la personne à laquelle ils appartiennent est bien applicable au cas où les meubles se trouvent dans la même souveraineté où est placé le domicile de la personne ; mais, si les meubles sont dans une souveraineté et le domicile de la personne dans une autre, la fiction cessera ; pourquoi ? Parce que cette fiction est de pur droit civil, parce que le droit civil de chaque Etat est limité à cet Etat même, parce que le droit civil d'un Etat ne peut pas étendre à un autre Etat une fiction qui est son ouvrage et n'existerait pas sans lui. — C'est, sur ce fondement que les meubles dont un étranger, non affranchi du droit d'aubaine¹⁵¹⁸, se trouve possesseur en France, sont dévolus, par sa mort, au fisc français, comme les meubles dont un Français se trouve possesseur en pays étranger, sont dévolus par sa mort, au fisc du pays où ils existent¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁷ Sur ce point, Froland et Merlin ont pu être influencés par les commentateurs, qui, à l'exemple de Le Caron, ont semblé considérer, en rapportant l'arrêt (*eod. loc.* à la note précédente), que la solution ne pouvait jouer qu'en faveur des Français résidant en pays étranger ou y ayant élu un « domicile de dignité ». En réalité, tout milite à restreindre au maximum la portée de cette règle : le caractère national qui lui est attribué, la qualité du défunt (qui n'est pas seulement un sujet du Roi de France, mais aussi l'un des plus hauts dignitaires de l'Eglise catholique) mais, également, le fait qu'elle ne s'appuie que sur un seul arrêt (et un précédent judiciaire bien incertain, si l'on suit Choppin). L'atteinte portée à la maxime *mobilia sequuntur personam* doit, à ces multiples égards, être fortement relativisée.

¹⁵¹⁸ Le réquisitoire est prononcé en 1811, alors que le droit d'aubaine, rétabli en 1804, ne sera définitivement aboli en France que par la loi du 14 juillet 1819. Sur les vicissitudes du droit d'aubaine à cette époque, voir Jean IMBERT, « La capacité de l'étranger à succéder en France : concession humanitaire ou intéressée (1789-1804) ? », *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, 1991, pp. 179-186.

¹⁵¹⁹ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1815 (4^e éd., t. 15, Additions, A.-Z.), V^o « Jugement », § VII bis, n^o9, pp. 419-420 : Cour de cassation, section civile, 15 juillet 1811, *Cardon*. Le procureur général allègue, immédiatement après, l'autorité de l'arrêt *Campart* qu'il avait déjà eu l'occasion de commenter dans son *Répertoire* à propos de la légitimation par lettres d'un prince étranger : « C'est sur ce fondement qu'un arrêt du Grand-conseil de Malines, du 11 octobre 1651, rapporté par Dulaury, §. 179, a jugé qu'une bâtarde, légitimée et déclarée habile à succéder à son père par un prince d'Allemagne, son souverain naturel, n'avait aucun droit aux créances mobilières que son père avait laissées en Flandres ». Or, Merlin joue habilement de l'argument pour mieux l'ajuster à sa convenance, puisqu'un examen plus attentif des faits de la cause et de l'arrêt démontre que la demanderesse a succombé, non pas sur le fondement de la règle applicable aux successions mobilières, mais bien sur celui de la contrariété à l'ordre public que représente la légitimation par rescrit émanant d'un prince étranger. La demoiselle Campart, réclamait, d'ailleurs, explicitement l'exemption de tout droit d'aubaine en sa qualité de fille légitimée et, partant, le bénéfice de la règle *mobilia sequuntur personam* ; le Grand Conseil de Malines, juridiction

Plus que la règle elle-même, qui prête le flanc à la critique par sa singularité, c'est l'interprétation que lui donnent Froland et Merlin et la portée spatiale qu'ils lui assignent, en rapport avec des considérations de souveraineté qui semblent prédominer dans leur esprit. Si la tentation est, semble-t-il, forte de faire de la loi française une loi de police à raison de la situation des meubles en France, il semble, néanmoins, que le champ d'application territorial de la maxime *mobilia sequuntur personam*, et l'extraterritorialité qui s'attache à celle-ci, ne doivent pas être remises en cause plus que nécessaire par un tel cas d'espèce.

B. Les rentes constituées par un Français au profit d'un étranger et la législation française en matière d'arrérages.

Une disposition législative peut acquérir une dimension de « loi de police » lorsque, dictée par des circonstances exceptionnelles, elle traduit la volonté du roi d'intervenir pour soulager les maux de ses sujets et de prescrire une solution qui leur bénéficiera à tous, fût-ce au détriment du cours ordinaire du commerce juridique et de l'intérêt d'un co-contractant étranger. C'est parmi ces dispositions, qu'il faut bien qualifier « d'ordre public », qu'il convient de ranger les textes royaux – Edits et déclarations – pris par Henri IV, à partir de 1594, à propos des rentes constituées et des situations critiques que pouvaient connaître les débiteurs du Royaume au sortir des troubles de la Ligue. En dérangeant, à dessein et pour la durée jugée nécessaire pour rétablir la paix, les rapports économiques entre individus, l'Etat royal avait l'intention de rétablir et de rectifier une conjoncture mise à mal par les désordres et les conflits armés, qui mettaient les débirentiers sujets du Roi de France dans l'impossibilité d'honorer leurs engagements dans un délai raisonnable.

Dans le chapitre XXI de ses *Observations sur la coutume de Bourgogne*, Bouhier nous livre un exemple de cet interventionnisme royal en matière de rentes constituées à propos d'une affaire portée devant le Parlement de Dijon au tout début du XVII^e siècle et opposant un Bourguignon, ressortissant du Roi de France, et un Franc-Comtois, sujet des Habsbourg :

[XXI] CC. Voici un... cas qui s'est autrefois présenté en notre Parlement. Jean Berbisot, du lieu de Chaussin, au Duché de Bourgogne, avait constitué une rente à prix d'argent au profit de N. Cointot, de la Ville de Dole en Franche-Comté. Après les troubles de la Ligue, le Roi Henri IV, pour les débiteurs de son Royaume, ordonna que déduction leur serait faite, par leurs créanciers, du tiers des intérêts des cinq dernières années. Cointot, néanmoins, ayant fait contraindre Berbisot pour le tout, il [Berbisot] demanda la déduction du tiers, suivant l'Édit¹⁵²⁰. Elle lui fut accordée par sentence, dont le créancier interjeta appel.

CCI. Pour moyens, il disait que la rente était payable à Dole, où l'Édit n'avait point d'autorité ; que les lois d'un Pays étaient sans force hors de leur territoire ; et qu'en fait de contrats de rente, il fallait se régler suivant la coutume du créancier, et non suivant celle du débiteur. Ce dernier

espagnole s'il en est, ne semble pas y avoir trouvé malice, quoiqu'elle fût étrangère. L'exposé de l'affaire par Du Laury prouve, au contraire, que la maxime était admise sans discussion par les juges malinois. Sur l'affaire *Campart*, et les références qui s'y rattachent, voir, *supra*, pp. 539-540.

¹⁵²⁰ Au sortir des troubles de la Ligue, Henri IV a pris plusieurs textes de pacification relatifs aux rentes constituées, au nombre desquels il faut compter la Déclaration du Roi sur le payement des rentes constituées à prix d'argent et foncières, du 8 juillet 1594 et la Déclaration du Roi contenant règlement pour le payement des rentes, du 16 avril 1595, qui en est la confirmation, mais, également, l'Édit de Paris de juillet 1601. En réalité, davantage qu'à « l'Édit » qu'évoque Bouhier, la description qu'il en donne correspond aux motifs et aux dispositifs des deux Déclarations de 1594 et 1595. Sur ces textes, voir Antoine FONTANON, *Les Édits et ordonnances des rois de France depuis Louis VI jusques à présentes*, tome premier, édités par Michel de la Rochemaillet, Paris, 1611, pp. 770-788, spéc. les pp. 772-773, 779-780 et 783-784.

répondait que l'Edit avait été fait pour le soulagement des débiteurs du Royaume ; que, puisqu'il était du nombre, il devait jouir de cette grâce comme les autres ; qu'il fallait, de plus, considérer le motif qui la leur avait fait accorder. On savait assez que c'était à cause des désordres de la guerre, qui avaient empêché la culture de la terre, ou la récolte des fruits ; qu'on avait voulu, avec raison, que le créancier portât une petite part de ce malheur ; que, puisque les héritages sujets aux hypothèques de Cointot, étaient situés en France, il devait subir la loi du pays où ils étaient assis ; que, si on en jugeait autrement, il se trouverait que les étrangers seraient plus favorisés que les Français mêmes.

CCII. La cause, ayant été plaidée le 9 Janvier 1602, fut appointée au Conseil. Je ne sais pas si elle fut depuis jugée, ni comment ; mais il me semble que, comme il y était question d'une grâce générale accordée par le Souverain, elle devait s'étendre sur tous ses sujets sans exception. *Privilegium Principis quam plenissime interpretari debemus* (D. 1.4.3.)¹⁵²¹. Un étranger, prêtant de l'argent à un Français, devait prévoir qu'en cas qu'il ne fût pas payé, il serait obligé de se pourvoir par-devant le juge de son débiteur, lequel pourrait lui opposer toutes les exceptions que les lois du pays lui permettaient de proposer. Celle-ci, d'ailleurs, paraissait des plus favorables, et, vraisemblablement, le débiteur aura gagné son procès, si les parties ne se sont pas accommodées.

CCIII. En effet, quoique, régulièrement, l'on doit suivre la loi du contrat, quand elle n'a rien d'illégitime, il est pourtant vrai que le Souverain peut adoucir la condition du débiteur malgré le créancier. Supposons, par exemple, que, d'autorité, le Roi juge à propos de mettre au denier vingt-cinq les rentes qui sont au denier vingt, ne faudra-t-il pas que le créancier se soumette à cette loi, fût-il étranger ? Il est vrai que, si le débiteur lui portait son argent hors du Royaume, le créancier pourrait le refuser ; mais, quand ce créancier viendra en France faire des poursuites sur son débiteur, ce dernier en sera quitte en lui offrant ses intérêts sur le pied de la Déclaration du Roi¹⁵²² : car l'étranger qui ne peut directement être assujéti à la loi de France, ne laisse pas de l'être indirectement en ce cas, comme il le serait pour régler sur quel pied il recevrait les monnaies en ce Royaume¹⁵²³.

Ce long passage présente le mérite de fournir tous les éléments permettant de caractériser l'intervention d'une loi de police, avant la lettre, au sein d'un litige de droit privé opposant un Français à un étranger. La législation royale trouve sa raison d'être dans l'intérêt public, celui de l'ensemble des sujets en proie à l'endettement résultat de la constitution de rentes, intérêt public qui doit nécessairement prévaloir sur l'intérêt privé du créancier. Pour satisfaire le but qui lui a été assigné, elle doit impérativement s'appliquer à toutes les situations qu'elle vise, y compris lorsque le créancier qui doit en supporter les conséquences est étranger. Si les juges français consentaient à abriter le créancier étranger des dispositions royales, ils en méconnaîtraient les motifs et, comme le souligne Bouhier à juste titre, favoriseraient l'étranger au détriment des Français. Ainsi, les édits et déclarations de Henri IV ont beau être des lois de circonstance, ce n'en sont pas moins des lois

¹⁵²¹ DIGESTE, Livre premier, titre IV, fragment 3 : *Beneficium imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia profiscitur, quam plenissime interpretari debemus* (« Les dispositions favorables émanant de l'Empereur, que celui-ci a accordées par sa divine indulgence, doivent s'interpréter de la manière la plus large »).

¹⁵²² Ainsi, l'Edit de Paris du 16 juillet 1601, cité à la note 1520, avait pour but d'alléger le fardeau des débiteurs en plafonnant au denier seize les arrérages que le débiteur devait à l'égard de son créancier, même au cas où la rente aurait été constituée à un prix plus élevé. L'obligation ainsi faite au créancier de se soumettre à ce taux s'étend également aux étrangers qui se seraient constitués une rente à l'égard de débiteurs français. Despeisses confirme les propos de Bouhier en rapportant un arrêt qui a, précisément, déclaré que cette obligation « a lieu, bien que le contrat eût été passé en Terre du Pape, si on le voulait exécuter en France, comme il a été jugé au Parlement de Grenoble, le 18 mars 1634, en faveur d'un habitant du Dauphiné, qui s'était obligé dans le Comté Venaissin, Terre Papale, par contrat y passé, à une pension de huit et tiers payable audit Comté, et, celui du Comté étant venu exécuter en Dauphiné, sa pension a été réduite à six et quart, et [il a été] contraint de suivre les ordonnances royales » (Antoine DESPEISSES, *Des diverses espèces de contrats*, titre V, section III, n°44, in *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, tome premier, éd. Guy du Roussaud de La Combe, Toulouse, 1768, p. 227).

¹⁵²³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXI, n° CC-CCIII, *Œuvres de jurisprudence*, tome I, Dijon, 1787, p. 614.

favorables aux débiteurs du Royaume, qui sont soutenues par un motif d'intérêt public qui transcende les intérêts particuliers, et dont les mesures s'adressent à tous les créanciers, français et étrangers, qui y sont, eux, « soumis indirectement ».

Le sieur Cointot avait certainement raison d'expliquer « qu'en fait de contrats de rente, il fallait se régler suivant la coutume du créancier, et non suivant celle du débiteur » : la rente constituée est un bien incorporel qui est assimilé par les coutumes à un meuble, sauf exceptions, et, en pays de coutumes, elle se trouve soumise à la coutume du domicile du créancier¹⁵²⁴. En l'occurrence, ladite coutume était la coutume de la comté de Bourgogne. Mais, en admettant que le raisonnement tenu par Bouhier ait été suivi par le Conseil, il faut bien reconnaître qu'elle était destinée à demeurer impuissante. En effet, ce n'est pas la teneur de la règle de conflit, ni même sa mise en œuvre qui est en cause dans l'affaire *Berbisot* : ce sont les effets que son application normale entrainerait s'il était fait abstraction de la législation royale. Or, celle-ci a, pour des raisons de police, la préséance sur la coutume du créancier, quelle qu'elle soit. Le fait que celui-ci soit Français ou étranger ou que la coutume applicable soit l'une des coutumes de France ou une coutume étrangère est absolument indifférent en l'espèce. En effet, il ne s'agit pas seulement d'évincer la coutume normalement compétente pour lui substituer une norme jugée préférable, mais, bien davantage encore, d'appliquer à tous les cas de figure – internes et internationaux – une loi d'application impérative ou immédiate. Or, celle-ci impose sa réglementation matérielle, indépendamment de toute considération de conflits de lois. En temps ordinaire, la coutume de la comté de Bourgogne n'aurait pas suscité d'opposition de la part des juges du duché, mais, eu égard aux circonstances exceptionnelles qui justifient l'intervention royale, nulle coutume ne peut faire obstacle à cette dernière, à telle enseigne, d'ailleurs, que la loi du roi est appliquée de manière rétroactive. A cet égard, la gravité de la situation se mesure à son éphémérité.

§ 3. Les conflits de lois relatifs aux obligations contractuelles et les lois impératives.

S'il faut se fier aux témoignages rapportés par les juristes de l'Ancien droit, les conflits de lois en matière d'obligations – tant ceux qui se rapportent aux contrats que ceux qui ont trait aux délits – se prêtent malaisément à la recherche et à l'identification des lois de police, dans ce qu'elles supposent de spécificité et de singularité. Pour des raisons qui sont propres à chacune d'elles, les deux disciplines juridiques offrent un visage jurisprudentiel relativement paisible : les continuités l'emportent sur les rares innovations et les hardiesses doctrinales, quand elles existent, ne semblent avoir guère de prises sur les habitudes et les méthodes prétorienne. En dépit de l'importance pratique de ces questions, celles-ci n'ont pas incité les auteurs, sauf rares exceptions, à élaborer des réponses théoriques approfondies et systématiques, la plupart s'abritant derrière la tradition ou la casuistique des tribunaux.

Les conflits de coutumes relatifs aux contrats semblent avoir été relativement rares en jurisprudence et les juges se préoccupent davantage de trancher les litiges au cas par cas que de dégager des principes de solutions généraux qui s'appliqueraient à la matière contractuelle¹⁵²⁵. En effet, dans une discipline où l'influence du droit romain est prédominante, et où les règles et les

¹⁵²⁴ Sur les solutions des conflits de lois en matière de rentes, voir Bertrand ANCEL, *Éléments*, *op. cit.*, pp. 302-304. La jurisprudence du Parlement de Paris se fixe à la même époque, tant pour les pays de droit écrit que pour les pays de coutumes.

¹⁵²⁵ C'est la conclusion qui se dégage du travail le plus complet sur la question, celui de Stéphane GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes en matière de contrats dans la jurisprudence des Parlements, de Dumoulin au Code civil*, Travaux et recherches de l'Université de droit de Paris, Paris, 1980, spéc. pp. 100-102.

conceptions communes l'emportent sur les points de divergence, les contentieux n'apparaissent que de manière exceptionnelle, c'est-à-dire à chaque fois que viennent à s'affronter des dispositions coutumières qui, dérogeant au droit commun, comportent des solutions différentes et incompatibles. Les arrêts prononcés à propos de tel ou tel contrat n'encouragent, d'ailleurs, pas toujours les commentateurs à se livrer à un véritable travail de systématisation. La doctrine des XVII^e et XVIII^e siècles, quand elle s'aventure sur ce terrain, est, d'ailleurs, très divisée¹⁵²⁶.

Dans un paysage jurisprudentiel qui ne se prête pas aisément à une vue d'ensemble, la mise en œuvre des « lois de police » doit nécessairement s'envisager au prisme de la fameuse distinction entre lois impératives et lois supplétives, qui prend une importance nouvelle à partir du XVI^e siècle, dans le sillage des interrogations soulevées par les exigences d'un ordre public contractuel qui appartient au fonds commun de la tradition romaniste¹⁵²⁷. Charles Dumoulin n'a, d'ailleurs, pas médiocrement contribué à faire émerger cette *summa divisio*, en réservant, dans ses *Conclusions*, dans le champ de la matière contractuelle, à côté des questions de forme, les questions de fond : or, celles-ci se répartissaient entre la catégorie des intérêts indisponibles et celles des intérêts disponibles et c'était au sein de cette dernière que venait jouer, en certains cas, l'effet restrictif et territorial du statut réel prohibitif.

Si l'autonomie de la volonté des parties – en tant que principe de solution des conflits de lois – n'a guère rencontré l'adhésion des juges et de la doctrine, restant cantonnée à la seule matière des régimes matrimoniaux, c'est, en partie, dû au fait qu'elle laissait une trop grande place à la libre détermination de la coutume applicable, au risque de méconnaître et d'affaiblir les exigences posées par une coutume impérative. Les juristes comme Louis Boullenois, qui, à la suite de Dumoulin, discutent ses thèses, sont réticents à accorder, sur le plan intercoutumier, la même liberté aux parties qu'ils acceptent de leur reconnaître dans l'organisation de leur contrat. Il faut donc réserver le cas, déjà envisagé, des « statuts réels prohibitifs », lorsque ces lois impératives interviennent dans le cadre d'un conflit de coutumes, afin de poser des barrières aux effets que les parties entendent faire produire aux intérêts dont elles ont la libre disposition : de fait, dans la perspective statutiste, le périmètre d'action de ces fameux statuts, relativement large, peut s'étendre à un certain nombre de contrats tels que les donations entre époux, les cautionnements, la disposition des immeubles, les renonciations de la fille dotée¹⁵²⁸. C'est ce que vient confirmer, par ailleurs, l'interférence éventuelle du statut réel immobilier dans les questions relatives à la forme des actes. Mais il convient, également, de relever les hypothèses où ces lois impératives ne s'expriment pas par l'intermédiaire des statuts réels, mais par une réglementation spéciale qui s'imprime sur le fonctionnement normal des règles de conflit. La première question qui se pose, alors, est de déterminer dans quelle mesure les conflits de coutumes en matière contractuelle révèlent, incidemment, l'action de ces lois impératives et dans quelles circonstances l'esprit de souveraineté/territorialité impose ses solutions aux juges chargés d'en connaître.

Parmi les lois impératives qui s'imposent aux parties, quelle que soit la place accordée à leur volonté, la difficulté ne tient pas aux questions relatives à la forme du contrat qu'à celles tenant au contenu même de celui-ci, à propos duquel les exigences d'ordre public se révèlent les plus contraignantes. L'impérativité n'est pas absente des interrogations soulevées par la forme du

¹⁵²⁶ *Ibidem*, pp. 96-99.

¹⁵²⁷ David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e édition, Paris, 2012, pp. 381-389, spéc. pp. 384-385.

¹⁵²⁸ Voir, *supra*, l'action du statut prohibitif en matière de d'actes de disposition sur des immeubles (pour la personne protégée, pp. 510-520), de sénatus-consulte Velléien (pp. 554-563), de donations entre époux (pp. 563-567), ou encore de renonciation de la fille dotée (pp. 579-582).

contrat : certes, la plupart des décisions, conformément à la tradition dominante, inclinent à reconnaître un caractère obligatoire à la règle *Locus regit actum*, mais l'application de cette dernière n'est pas exclusive et certains arrêts, par exception, reflètent l'attraction exercée par le statut réel et rappellent, incidemment, les exigences de la « police des sols » en matière immobilière (A.). Mais cette impérativité se manifeste, pour l'essentiel, sous divers vocables, dès lors qu'un contrat menace, par son exécution, de produire des effets indésirables à l'intérieur de tel détroit coutumier (d'où le rôle correctif assigné au statut réel prohibitif) ou lorsque son contenu viole une prescription royale imposée à tout le Royaume (comme l'illustre déjà la législation royale en matière d'arrérages, qui s'impose à tous les contrats de rentes constituées¹⁵²⁹). Dans un grand nombre de cas, l'ordre public contractuel est pris en charge par le statut réel prohibitif, mais il arrive que la loi impérative ne concerne pas la matière immobilière et touche bien plus à la « police » de la coutume ou du Royaume : ainsi des prêts à intérêt (B.) ou de la contrainte par corps (C.). Dans la mesure où les arrêts portant sur les conflits de lois dans le domaine contractuel sont rares, il ne faut guère s'étonner que cette question de l'ordre public contractuel, si importante en doctrine, se fasse aussi discrète en jurisprudence.

A. La forme des actes : la règle *Locus regit actum* concurrencée par la réalité des statuts.

Les avantages pratiques qui s'y attachent, ainsi que l'assurance qu'elle offre aux parties, tant au moment de la confection de l'acte qu'au moment de son exécution, ont très tôt milité en faveur de la règle *Locus regit actum* et, donc de la soumission de la forme d'un acte, privé ou public, au statut ou à la coutume du lieu où il est passé. La règle s'est imposée dès le Moyen-Âge, en jurisprudence comme en doctrine, et n'a plus été sérieusement remise en cause par la suite, sauf à tenir compte de résistances locales qui ne sont qu'autant d'exceptions ou de dérogations qui confirment la règle¹⁵³⁰. La solidité de la solution, sous l'Ancien droit, explique que nul n'ait entendu lui reconnaître un caractère facultatif, à une époque où la liberté des contractants ne justifiait nullement qu'on y dérogeât ; la controverse qui naîtra plus tard sur ce prétendu caractère facultatif provient des positions contraires qu'ont pu soutenir certains auteurs de l'École Hollandaise¹⁵³¹. Mais les décisions des Parlements et l'avis de la quasi unanimité des auteurs – depuis les statutistes italiens jusqu'aux auteurs du XVIII^e siècle français – inclinent à reconnaître que la *lex loci actus* a bien un caractère impératif et qu'elle doit être respectée comme la règle de conflit de principe en matière de forme des actes¹⁵³².

¹⁵²⁹ Voir, *supra*, pp. 590-592.

¹⁵³⁰ Ainsi que le démontre Eduard-Maurits MEIJERS, dans son « Histoire des principes fondamentaux », *op. cit.*, pp. 654-659, la règle *Locus regit actum* a été accueillie beaucoup plus tardivement qu'ailleurs aux Pays-Bas et elle ne s'est réellement implantée qu'à partir de la seconde moitié du XVII^e siècle, sans préjudicier à des dispositions spéciales telles que l'article 11 de l'Édit perpétuel de 1611 qui ne s'applique qu'aux Pays-Bas méridionaux. Cette acclimatation plus récente explique, sans doute, la forte propension des auteurs de l'École hollandaise à prendre parti pour le caractère facultatif de la règle et à accepter d'éventuelles alternatives.

¹⁵³¹ Sur les prises de position en faveur du caractère facultatif de la règle par les Hollandais, notamment chez Rodenburg et Jean Voet, voir Basil EDWARDS, *The Selective Voet, op. cit.*, pp. 352 à 356. Il en va de même pour Ulrich Huber : voir, *supra*, pp. 297-298, spéc. note 593.

¹⁵³² Cette tradition, qui remonte, au moins, à Bartole et à son statut prohibitif, qui traduisait toute la force attachée à la règle *locus regit actum*, se prolonge en doctrine et en jurisprudence jusque sous l'Ancien droit et même au-delà. Au XVIII^e siècle, Louis Boullenois exprime encore, dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, en des termes très vigoureux, l'idée que la règle *locus regit actum* possède nécessairement un caractère impératif qui conditionne la validité des actes et la sécurité du commerce juridique. Sur cet attachement manifesté par la doctrine et la jurisprudence à cette dimension impérative dans l'Ancien droit, voir Eric GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile, op. cit.*, tome 1^{er},

Toutefois, cette impérativité ne s'avère pas nécessairement absolue et elle peut souffrir, suivant les circonstances, des dérogations lorsqu'une règle de conflit spéciale vient se surimposer à la règle de conflit générale. L'impérativité spéciale chasse l'impérativité générale. Il n'est pas question, en l'occurrence, de favoriser les accords passés entre les parties en leur offrant le choix entre plusieurs lois, mais, au contraire, de leur imposer les formes d'une loi en particulier : ce n'est donc pas en considération pour les intérêts privés, mais par souci de l'utilité publique que ce genre de solutions se justifie, le plus souvent, en s'appuyant sur des textes officiels qu'il appartient aux juridictions françaises de faire respecter. Les Parlements sont donc conduits à appliquer ces règles spéciales à titre exceptionnel : lorsque les formes du contrat sont régies par une loi de police, au nom de la réalité des statuts, ainsi qu'en dispose l'Edit de 1456 applicable au seul Dauphiné (1.), ou lorsque l'enregistrement d'une société fondée en Suisse est soumis, d'office, aux formalités prévues par l'ordonnance de commerce de 1673 (2.).

1) La jurisprudence du Parlement de Grenoble en matière de donations et l'Edit de 1456.

L'Edit du 31 juillet 1456, ou « Statut delphinal », pris par le Dauphin du Viennois, le futur Louis XI, prescrit que les donations entre vifs sont, dorénavant, tenues de respecter une double formalité : elles doivent impérativement être faites devant le juge ou l'administrateur du domicile du donateur, en présence de trois témoins, qui peuvent être trois de ses parents les plus proches ou, à défaut, trois habitants du lieu de son domicile¹⁵³³. Or, deux arrêts du Parlement de Grenoble de 1651 et de 1660 démontrent que celui-ci a imposé l'application des formes prévues par le statut delphinal à des donations faites, à chaque fois, par des donateurs dauphinois et portant sur des biens situés dans le Dauphiné, mais consenties à l'extérieur de la province. L'Edit de 1456, qui s'adresse aux seuls habitants de la province, peut-il ou non étendre ses prescriptions aux donations faites par ceux qui, domiciliés en Dauphiné, mais se trouvant à l'extérieur de la province, estiment suffisant de suivre les formes du lieu où ils passent l'acte ?

pp. 123-158 et les références, où il est question, entre autres, du célèbre arrêt *de Pommerueil* rendu par le Parlement de Paris le 15 janvier 1721, qui consacre le caractère impératif de la règle *locus regit actum*, mais pour le seul testament.

¹⁵³³ Le texte original (en latin) de l'Edit est reproduit par Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité...*, *op. cit.*, tome 1^{er}, titre II, chapitre III, observation XXIII, p. 461, dont voici la traduction :

« Désireux de remédier aux dommages de nos sujets, et de conserver ces derniers indemnes des chicanieuses tromperies, particulièrement contre cet abus pernicieux qui se pratique entre nos sujets à propos des donations entre vifs, etc., il nous incombe d'intervenir. Nous avons décidé, statué et décrété que les donations entre vifs qui auront lieu à l'avenir ne seront valables qu'à la condition qu'elles soient faites, lues à haute voix et publiées devant les baillis, juges et seigneurs du lieu, ou de la paroisse du domicile du donateur, ou de ce qui en tiendra lieu pour lui, et devant trois des parents ou des familiers les plus proches de ce même donateur qui se trouvent dans la paroisse du donateur, ou, s'il ne s'en trouve dans la dite paroisse, ou s'ils ne veulent pas être présents à la donation après y avoir été appelés, des hommes honnêtes de la dite paroisse..., et nous interdisons qu'ils en soient faits autrement à leur égard, et, s'ils arrivaient qu'elles le soient, alors que les conditions préalables n'ont pas été observées, nous décrétons qu'elles seront annulées et cassées, et, de même, qu'il en sera ainsi tant dans les jugements qu'en dehors, auquel cas, si elles étaient faites, elles ne vaudraient » (...*quod nos subditorum nostrorum incommoditatibus cupientes occurrere, ipsosque a calumniosis deceptionibus illaesos preservare, maxime contra illum perniciosum abusum quem inter subditos nostros circa donationes inter vivos, etc. contingere invenimus. Sancimus, statuimus et decernimus donationes praedictas de caetero fiendas, non esse aliter valituras quam si in Baillivi, Judicis aut Castellani loci, sive Parochiae domicilii donatoris, vel loca tenentis eorumdem, et trium ex proximioribus consanguineis sive parentibus ipsius donatoris in dicta Parochia existentibus, vel ubi non reperirentur in dicta Parochia, aut vocati adesse nollent in donatione praedicta aliorum virorum proborum dictae Parochiae... factae fuerint, recitatae et publicatae, et quas aliter fieri prohibebimus, easque si fierint, praemisissis non observatis, nullas et irritas esse decernentes, et perinde haberi tam in judiciis quam extra, ac si factae non fuissent*). Voir aussi Jean-Guy BASSET, *Recueil de plusieurs notables arrêts de la Cour de Parlement, aydes et finances de Dauphiné*, 2^e édition, Grenoble, 1686, livre VI, titre III, chapitre I, pp. 345-348, pour un résumé en français.

Le premier arrêt, qui nous est rapporté par Jean-Guy Basset et qui fut étudié, par la suite, par Louis Boullenois, est celui rendu le 9 mars 1651, dans lequel le Parlement fait application des dispositions de l'Edit à une donation qui avait été faite à Sisteron, en Provence, par un habitant de Ribiers, en Dauphiné, suivant les solennités prévues par le lieu de conclusion de l'acte et non celles du lieu de son domicile, déterminées par le statut delphinal :

Par arrêt d'audience, du 9 mars 1651, Durant du Banchet et Gondrant plaidants, une donation faite dans Sisteron, par un habitant de Ribiers, suivant le Statut de Provence, mais non selon celui de Dauphiné, où les fonds étaient situés, fut cassée trente-trois ans après, à la poursuite de l'héritier du donateur, qui avait impétré lettres royaux contre les créanciers du donataire¹⁵³⁴.

Le deuxième arrêt, en date de 1660, est évoqué par Nicolas Chorier dans sa *Jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape* : il étend cette solution à une donation de biens situés en Dauphiné, faite à Carpentras dans le Comtat Venaissin, et annulée pour les mêmes raisons par le Parlement de Grenoble¹⁵³⁵.

Les auteurs ont tenté de reconstituer les motifs d'une telle décision en se fondant sur les objectifs supposés de la loi. Louis Boullenois considère, ainsi, que le statut delphinal était compétent parce que les donateurs étaient dauphinois et que les biens étaient situés en Dauphiné. Parce que le texte ne vise que les seuls habitants de la province, il lui semble naturel d'en inférer que le statut est personnel : en somme, il s'agirait, selon lui, d'une disposition impérative interne qui aurait vocation à suivre la personne du donateur domicilié en Dauphiné partout où il se trouve. S'appuyant sur les termes mêmes employés par l'Edit, celui-ci n'aurait d'autre raison d'être que de « prévenir la violence, la crainte, la séduction qui sont des motifs qui influent sur la personne » et de protéger celle-ci. A l'inverse, Jean Bouhier, à la suite de Nicolas Chorier, estime que le Parlement de Grenoble a interprété l'Edit comme un statut réel dont le but est de protéger les tiers (« cela tend aussi à rendre la donation publique »)¹⁵³⁶. Certes, l'Edit s'adresse expressément aux seuls sujets du Dauphin, mais, dans les deux cas, les biens donnés se situent dans la province¹⁵³⁷. Pour assurer l'efficacité de la mesure, et éviter toute tentative de fraude, qui serait facilitée par la possibilité de choisir, à l'extérieur de la province, des formes moins exigeantes pour établir l'acte de donation, le Parlement de Grenoble aurait jugé nécessaire de convertir le statut personnel en statut réel.

¹⁵³⁴ Jean-Guy BASSET, *Recueil de plusieurs notables arrêts de la Cour de Parlement, aydes et finances de Dauphiné*, 2^e édition, Grenoble, 1686, livre VI, titre III, chapitre I, pp. 345-348 ; ID., *Plaidoyez de Maistre Jean-Guy Basset, advocat consistorial au Parlement de Grenoble*, Grenoble, 1668, livre IV, titre XVI, chapitre I, p. 311 ; et Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, op. cit.*, tome 1^{er}, titre II, chapitre III, observation XXIII, pp. 461-462.

¹⁵³⁵ Nicolas CHORIER, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 2^e édition, Grenoble, 1769, livre IV, section 1^{ère}, article III : « Ainsi, le Statut de Louis XI touchant les donations entre vifs est réel pour le Dauphiné. La forme qu'il ordonne n'ayant pas été suivie dans une donation faite dans la ville de Sisteron, elle fut déclarée nulle par arrêt du 9 de Mars 1651 ; comme une autre le fut l'année suivante par arrêt du 17 de Décembre, et une troisième faite dans Carpentras, par arrêt de l'an 1660, au rapport de M. le conseiller de Saint-Germain ». Si l'arrêt de 1652 ne peut être, à la différence des deux autres, cité parmi les décisions qui apportent une réponse décisive à la question posée, c'est pour la simple et bonne raison qu'en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un litige intercoutumier, mais bien d'une affaire purement interne à la province du Dauphiné : le donateur avait accompli sa donation à Charnècles, à proximité de Voiron, et non à Grenoble, où il habitait.

¹⁵³⁶ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXXI, n^oV, *Œuvres de jurisprudence*, tome I, Dijon, 1787, p. 801 : l'Edit est bien de 1454 et non de 1456, comme l'écrit l'auteur.

¹⁵³⁷ Comme le relève Eric GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile, op. cit.*, tome 1^{er}, p. 181.

Le statut delphinal de 1456 se prête, en effet, à bien des interprétations¹⁵³⁸. S'il s'agit d'une disposition purement personnelle, comme le pense Boullenois, alors, elle se rattacherait à l'ordre public interne du Dauphiné, mais en se limitant aux seuls ressortissants de la province, qu'ils soient présents sur le territoire ou qu'ils en soient absents, à l'exclusion, donc, de tous les étrangers : la protection adhère à la personne et le statut delphinal constitue, en ce cas, une « loi de police personnelle » propre aux Dauphinois¹⁵³⁹. S'il s'agit d'une disposition purement réelle, alors, ce serait par considération pour les biens sis sur le territoire de la province et le commandement qu'elle contient devrait être suivi aussi bien par les Dauphinois que par les étrangers à la province. La nécessaire protection des biens et des patrimoines justifierait que le statut réel s'empare de l'acte de disposition qui le concerne : la *lex rei sitae* contaminerait la forme des actes¹⁵⁴⁰. Si cette qualification est la bonne, alors, l'intention initiale du législateur s'en trouverait irrémédiablement modifiée par la décision des juges de Parlement, mais la solution a, au moins, le mérite de définir les formalités des actes qu'il revient à tous, indistinctement, de suivre : si la donation a lieu dans la province, il importe peu que le donateur soit Dauphinois ou étranger de passage, car le statut delphinal, réel et territorial, est d'application immédiate ; si elle a lieu hors de la province, il importe que le donateur soit domicilié dans le Dauphiné pour que le statut delphinal, personnel et obligatoire, s'impose à lui dans toute sa rigueur, en faisant échec à la règle *Locus regit actum*. D'un point de vue territorial, cette dernière est même confortée par la solution jurisprudentielle ; d'un point de vue extraterritorial, elle souffre, tout au plus, d'une exception qui restreint son domaine d'application sans remettre fondamentalement en cause son caractère impératif¹⁵⁴¹.

La seule incertitude, en fin de cause, repose sur l'hypothèse de l'étranger qui, propriétaire de biens dans le Dauphiné, contracte, en dehors de la province, une donation qui les concerne directement : est-il assujéti au statut delphinal pour autant ? Y a-t-il lieu de déroger, dans ce cas, à la *lex loci actus* ? Si les décisions du Parlement de Grenoble ne permettent pas, de manière catégorique, d'inférer une telle solution, il n'en demeure pas moins que le fait de considérer l'Edit de 1456, comme un statut réel, ainsi que l'interprètent Chorier et Bouhier, permettrait de répondre positivement à ces questions.

En supposant que le Parlement ait entendu lui attribuer les vertus d'un statut réel, l'Edit de 1456 est, alors, un statut mélangé de réel et de personnel : invinciblement personnel pour les ressortissants de la province, il est réel à l'égard de tous les donateurs, dauphinois ou étrangers, qui entendent disposer de leurs biens au lieu de leur domicile ou en dehors. Dès lors, le fonctionnement de ce statut delphinal, qui délimite lui-même son champ d'application personnel et qui déroge expressément au mécanisme de la règle de conflit pour imposer sa solution propre, conduit à lui reconnaître la force d'une véritable loi de police provinciale, qui ne se contente pas d'être territoriale pour satisfaire ses buts, mais se révèle également, à l'égard des Dauphinois, d'étendue extraterritoriale¹⁵⁴².

¹⁵³⁸ Sur l'arrêt de 1651 relatif au statut delphinal, voir les lectures qu'en donnent Stéphane GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes en matière de contrats, op. cit.*, pp. 69-74, et Eric GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile, op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 179-188, et les références auxquelles ils renvoient.

¹⁵³⁹ Stéphane GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes en matière de contrats, op. cit.*, p. 70.

¹⁵⁴⁰ Eric GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile, op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 179-188, spéc. pp. 187-188.

¹⁵⁴¹ Stéphane GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes en matière de contrats, op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁴² Le cas de figure ne serait ni extraordinaire, ni unique, comme en témoigne l'étude que nous avons menée sur le sénatus-consulte Velléien, qui est, lui aussi, un statut mélangé de réel et de personnel : voir, *supra*, pp. 554-563.

2) La jurisprudence du Parlement de Paris en matière d'enregistrement des sociétés.

Appelé à se prononcer sur les formalités constitutives qu'il est nécessaire, ou non, d'imposer à une société étrangère en vue de sa reconnaissance en France, le Parlement de Paris n'a pas hésité à étendre, d'autorité, la loi française à une société saint-galloise dont l'un des associés s'était installé à Lyon pour y développer les activités de ladite société. Les frères Quicher étaient à la tête de la société familiale fondée par leur aïeul à Saint-Gall ; deux d'entre eux étaient demeurés en Suisse, tandis que le troisième, Jean-Léonard, s'était établi en France. La société étant tombée en faillite, un concordat est trouvé entre les associés et leurs créanciers, afin que ces derniers abandonnent aux premiers les deux tiers de leurs créances. Refusant d'adhérer à cet accord passé à Saint-Gall, un créancier lyonnais, Charles de Toulieu, exige le remboursement intégral de sa créance et intente, alors, une action à l'encontre des trois associés. Il fait ensuite appel de la sentence rendue à Lyon devant le Parlement de Paris.

L'appelant avance, entre autres moyens, que la société n'avait aucune existence juridique en France, dans la mesure où Jean-Léonard Quicher n'avait pas respecté les formalités prescrites par l'Ordonnance du commerce de 1673, en son titre quatrième sur les sociétés, à peine de nullité. Or, même étranger, il était tenu de respecter les lois du Royaume où il s'était établi « pour y faire négoce ». A ce titre, il n'était pas associé d'une société, mais commerçant en son nom personnel et, comme tel, tenu des dettes qu'il a contractées en France¹⁵⁴³. Les intimés, pour leur part, se défendent en répondant qu'en leur qualité de marchands étrangers, ils n'étaient pas tenus de connaître, ni d'appliquer les lois du Royaume et invoquent ainsi leur ignorance excusable de la loi française. Leur but est de faire reconnaître, nonobstant le défaut de ces formalités, l'existence juridique de leur société, fondée en vertu du droit en vigueur à Saint-Gall, et d'assurer, ainsi, à la société la remise des dettes que l'ordonnance des 1673, en son titre douzième sur les faillites et banqueroutes, autorise si les créanciers se mettent d'accord entre eux à la majorité des voix. La cinquième chambre des enquêtes du Parlement de Paris rend sa décision le 7 mai 1705, ainsi que nous le rapporte Mathieu Augeard, qui en éclaire également les motivations :

Ces questions ont été agitées en la cinquième chambre des enquêtes, au rapport de monsieur d'Aguesseau, entre Charles de Toulieu, marchand à Lyon, appelant de sentences rendues en la conservation de Lyon, les 10 juillet et 21 août 1702, et demandeur, d'une part; et Jean-Léonard Quicher, marchand à Lyon, Thomas et Georges Quicher, ses frères, marchands à Saint-Gall en Suisse, intimés et défendeurs, d'autre part. (...) La cour ayant, après le rapport, entendu les avocats des parties, infirma la sentence de Lyon, et condamna Jean-Léonard Quicher à payer la dette de l'appellant avec dépens, par arrêt du 7 mai 1705.

La cour ne se détermina, ni par les présomptions de fraude alléguées par l'appellant, ni par la succession de la mère, échue aux intimés depuis l'appel, mais uniquement par le défaut d'acte de

¹⁵⁴³ Mathieu AUGÉARD, *Arrests notables des différens tribunaux du Royaume*, Paris, 1756, tome 1^{er}, n^oCCLX, pp. 810-812, spéc. p. 811 : « Les intimés n'ont observé aucune [des] formalités. Mais, disent-ils, cette ordonnance n'a point lieu entre marchands étrangers ; elle n'est pas même observée à Lyon sur ce point. Il est vrai que les intimés sont tous trois nés en Suisse, aussi ne leur opposerait-on pas l'ordonnance, s'ils n'en étaient point sortis ; mais, dès que l'un d'eux s'est venu établir en France pour y faire négoce, il a dû en savoir les lois ; il les a sues en effet, et les connaît, puisqu'il se sert de la disposition de cette même ordonnance pour s'appliquer celle de la loi *Majorem*. Il est encore plus certain que cette ordonnance a toujours été observée à Lyon dans toutes ses dispositions mieux qu'en aucun endroit du royaume. Rien ne fait apparoir du contraire ; et quelle apparence de croire, qu'une ordonnance si sage et suivie par tous les marchands de France, ne le soit pas à Lyon, où le commerce est plus en vigueur qu'en aucune autre ville ». Et d'ajouter plus loin : « D'ailleurs, comme les intimés réfutent de se soumettre aux lois de la France sur les formalités de leur société, ils ne doivent pas non plus se servir contre les Français de la disposition de notre ordonnance, qui n'est point en usage à Saint-Gall, ni à Zurich ».

société, écrit et enregistré suivant l'ordonnance des marchands et négociants ; ce qui lui fit juger qu'il n'y avait point eu de société entre Quicher de Lyon et ses frères¹⁵⁴⁴.

L'Ordonnance de 1673, en son titre quatrième, est, en l'espèce, appliquée à titre de loi de police, dans la mesure où la Cour ne recherche pas selon quelle loi la société avait été fondée, mais que, constatant le défaut des formalités constitutives exigées par le texte royal présenté par cette société, il y avait lieu d'en conclure à sa nullité, conformément à l'article 2 du titre quatrième. Une société étrangère, même régulièrement constituée au regard du droit étranger (du lieu de la passation du contrat de société), ne peut prétendre, *de plano*, se faire reconnaître en France et y pratiquer les actes de commerce qui lui sont ouverts si elle ne se soumet pas aux formalités habilitantes imposées par l'Ordonnance de commerce¹⁵⁴⁵ et si elle n'advient pas à l'existence juridique sur le même plan que les sociétés françaises. Les considérations tenant à la règle de conflit et aux droits acquis dont pourrait se prévaloir une société étrangère sont, délibérément, écartées par le Parlement de Paris afin d'assurer la primauté de la loi française, qui s'applique, en ce domaine, à titre impératif.

B. L'encadrement jurisprudentiel des prêts à intérêt.

Parce qu'elle est toujours prise dans l'étau de la prohibition de l'usure, qui relève, indiscutablement, de l'ordre public du Royaume, la pratique du prêt à intérêt est sujette, là où elle est tolérée, à un encadrement très strict de la part de la jurisprudence des Parlements, et, en particulier, celui de Paris. La stipulation d'intérêts pour un prêt d'argent n'est pas considérée de la même manière, suivant que le contrat prend naissance dans les pays de coutumes ou qu'il soit conclu dans les pays de droit écrit : dans les premiers, le droit commun défend sévèrement un tel usage ; dans les seconds, celle-ci est autorisée sous l'étroite surveillance des Parlements. D'une manière générale, l'attitude des juridictions françaises, si l'on en croit les décisions qui nous sont rapportées en matière de conflits de lois, semble incliner, lorsqu'elle tolère l'existence d'un tel prêt, à donner compétence à la *lex loci contractus*, qui coïncide, le plus souvent, avec la loi du domicile du créancier emprunteur¹⁵⁴⁶. Toutefois, l'une des difficultés les plus récurrentes tient au contrôle qu'exerce le Parlement de Paris sur les intérêts stipulés dans des régions ou des pays où ces clauses se pratiquent de manière bien plus fréquente : la haute juridiction s'avère, en effet, très attentive aux taux qui, lorsqu'ils dépassent les seuils fixés par les textes royaux, sont susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition de l'usure.

Pour se convaincre de cette surveillance étroite qu'exerce le Parlement de Paris, il suffit de lire ce qu'en dit Jean-Baptiste Denisart dans sa *Collection des décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, à l'entrée « Intérêts » :

¹⁵⁴⁴ Mathieu AUGÉARD, *op. cit.* Voir aussi l'abrégé qu'en donne Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1757, t. 7 (1718-1722 et supplément remontant jusqu'en 1623, par Michel DU CHEMIN), supplément, livre IV, chapitre LXXVII, p. 211.

¹⁵⁴⁵ Ainsi que le relève Stéphane GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 73, note 33 : « l'enregistrement des statuts d'une société au greffe de la juridiction consulaire est, d'ailleurs, qualifié de formalité « intrinsèque » par Prévôt de la Jannès..., c'est-à-dire « introduite... par des raisons... tirées de l'utilité des citoyens » », en se référant au Troisième discours « De la distinction des statuts réels et personnels » de Michel PREVOST DE LA JANNES qui figurera en tête de ses *Principes de la jurisprudence française*, à partir de la deuxième édition de 1759 (pp. LVIII-CII du tome 1er, Paris, 1770). L'extrait relatif aux formalités intrinsèques se situent au § X, pp. LXIV-LXVI, du Troisième discours dans l'édition de 1770.

¹⁵⁴⁶ Stéphane GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes en matière de contrats*, *op. cit.*, pp. 81-83.

Dans quelques provinces régies par le droit écrit, on est dans l'usage de stipuler des intérêts par les obligations : mais cette stipulation est contraire au Droit commun ; et le Parlement de Paris en décharge les débiteurs, toutes les fois qu'ils réclament contre. Il y a, à ce sujet, un arrêt rendu le 21 juin 1735, au rapport de M. Simonet, qui, en infirmant une sentence de la Sénéchaussée de Lyon, ne les a adjugés que du jour de la demande¹⁵⁴⁷.

Le fait d'ériger le « droit commun » du Royaume, connu pour son hostilité envers le prêt à intérêt, comme facteur détermination d'annulation de la stipulation d'intérêts s'apparente à la mise en œuvre du mécanisme de l'ordre public dans un cadre intercoutumier. Mais cette réaction intransigeante semble traduire davantage les sentiments propres à la juridiction parisienne qu'une politique jurisprudentielle qui serait partagée par l'ensemble des Parlements du Royaume : tous les auteurs de répertoire, au XVIII^e siècle, font ainsi œuvre de comparatistes en exposant les réponses fort diverses, et ambiguës, qu'offrent ces juridictions face à la pratique du prêt à intérêts¹⁵⁴⁸.

La dimension internationale du conflit de lois fournit une illustration supplémentaire de cette attitude parfois ambivalente, à travers l'arrêt *de Ravesbergue*, rendu le 3 mai 1709 par le Parlement de Flandres, relayé et analysé par Merlin à l'addition qu'il donne à l'entrée « Intérêts » du *Répertoire Guyot*. Constatant que les Provinces de Hollande et d'Utrecht avaient admis la légitimité du prêt à intérêt, à la différence d'autres régions septentrionales, Merlin introduit les questions de droit qui entourent l'arrêt :

Cette diversité de jurisprudence donne lieu à la question de savoir si une stipulation d'intérêts pour argent prêté, faite en Hollande où elle est permise, peut être déclarée exécutoire contre un débiteur domicilié en Flandre, en Artois, en Hainaut où elle est défendue.

Un principe bien simple paraît d'abord devoir nous conduire à la décision de cette difficulté. Pour juger de la légitimité d'une clause relative aux droits qui naissent d'un contrat au moment même où il se passe, il faut suivre la loi du contrat même : *in concernentibus contractum et emergentibus tempore contractus, spectatur locus in quo contrahitur* (« Pour les droits qui concernent le contrat et qui en naissent au moment où il est conclu, il faut se référer au lieu où l'on contracte »), dit Dumoulin sur la coutume de Paris, § 12, glose 7, n^o35, 36 et 37. Or, dans notre espèce, la loi du contrat autorise les stipulations d'intérêts ; cette stipulation est donc légitime.

En vain dirait-on que cette stipulation est regardée parmi nous comme usuraire : dès lors qu'elle n'est pas usuraire dans le pays où elle a été faite, nos juges ne peuvent la proscrire. La jurisprudence du Parlement de Paris nous en fournit la preuve : quatre arrêts de cette cour, des années 1598, 1641, 1648 et 1655, ont condamné des débiteurs à payer les rentes qu'ils avaient constituées, au taux réglé par la loi du lieu où les actes avaient été passés, quoique ce taux fût plus fort que celui de leur domicile... Mais il faut pour cela, dit la [loi *Cum judicio* du Digeste, D. 22.1.1.] que ces intérêts soient licites... Or, la jurisprudence hollandaise qui autorise les stipulations d'intérêts pour argent prêté sans distinguer si le prêteur souffre ou non quelque dommage de l'absence de son argent, cette jurisprudence n'est-elle pas contraire au droit divin, que les Hollandais doivent certainement reconnaître comme les autres peuples ?

S'il m'est permis de m'expliquer sur une question aussi ardue, je regarde cette seconde opinion comme la plus exacte dans le système consacré par nos lois, que le droit divin prohibe le prêt à intérêt ; mais j'embrasse la première comme plus équitable. En effet, serait-il juste qu'un Français

¹⁵⁴⁷ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 9^e édition, tome 3, Paris, 1777, v^o « Intérêts », n^o17, p. 13.

¹⁵⁴⁸ Pierre-Jacques BRILLON, *Dictionnaire des arrêts et jurisprudence universelle des Parlements de France*, tome troisième, quatrième partie (Jacobins-Kalendes), Paris, 1727, pp. 842-867 ; Claude-Joseph DE FERRIERE, *Dictionnaire de droit et pratique*, tome second, Paris, 1769, v^o « Intérêts », pp. 50-53 ; Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 9^e édition, tome troisième, Paris, 1777, v^o « Intérêts », pp. 11-20 ; Joseph GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome trente-deuxième (Institution contractuelle-Isle), Paris, 1779, v^o « Intérêt », pp. 299-351 et addition à l'article « Intérêt », pp. 351-364, par Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI).

refusât à un Hollandais le paiement des intérêts qu'il lui a promis en recevant son argent en Hollande ? Ce Hollandais a contracté de bonne foi ; l'autorité publique a présidé à sa stipulation ; comment pourrait-il être trompé, après avoir contracté sous des auspices si respectables ? D'ailleurs, déclarer en France un pareil contrat usuraire, n'est-ce pas inviter les Hollandais à se défier de nous ? N'est-ce pas leur dire : « quand un Français vous demandera de l'argent fermez-lui votre bourse et votre cœur, *cornu ferit ille, caveto*¹⁵⁴⁹ » ?

Des considérations aussi importantes doivent, sans contredit, l'emporter sur quelques raisons de droit : il ne faut pas toujours voir les choses en jurisconsulte, il faut quelquefois les envisager en politique ; l'intérêt public est de toutes les lois la plus inviolable et la plus sacrée : *salus populi, suprema lex esto*¹⁵⁵⁰.

C'est sans doute par ces motifs que le parlement de Flandre a rendu, les chambres assemblées, l'arrêt du 3 mai 1709¹⁵⁵¹ ... qui juge d'abord, comme celui du 13 juillet 1706, qu'il réforme en partie, que l'usure ne se couvre par aucun laps de temps : la baronne de Ravesbergue se faisait cependant un moyen de l'espace pendant lequel les intérêts avaient été payés volontairement. Secondement, en réformant, à cet égard, celui du 13 juillet 1706, il juge que, pour décider de la légitimité des intérêts d'un simple prêt, il ne faut consulter que la loi du lieu où l'acte a été passé¹⁵⁵².

Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt *de Ravesbergue*, le contrat de prêt d'argent, qui avait été conclu en Hollande en 1621, prévoyait que l'emprunteur aurait à payer des intérêts s'élevant au denier seize s'il ne s'acquittait pas de son obligation de trois mille deux cent florins sous un an. Dans la décision rendue le 3 mai 1709, le Parlement de Douai infirme la sentence du baillage d'Ypres qui, le 24 janvier 1703, avait déclaré l'obligation usuraire et, selon Merlin, autorise la créancière à rapporter la preuve que « l'obligation avait été passée en Hollande, et que, dans cette province, semblables obligations sont productives d'intérêts ». Toute en réaffirmant que « l'usure ne se couvre par aucun laps de temps », il « juge que, pour décider de la légitimité d'un simple prêt, il ne faut consulter que la loi du lieu où l'acte a été passé ». Or, la loi de la province de Hollande, ainsi déclarée compétente, tient non seulement pour légitime un tel contrat, mais elle ne répute pas usuraires les intérêts qui ont été stipulés.

Malgré l'embarras manifeste qu'il cause à Merlin, l'arrêt *de Ravesbergue* est, néanmoins, riche en enseignements. Soupesant les arguments en faveur de la licéité ou de l'illicéité de la stipulation d'intérêts, l'avocat douaisien reconnaît que la loi hollandaise, qui la reconnaît pleinement, a vocation à s'appliquer au contrat conclu en Hollande, en vertu de la *lex loci contractus*. *A contrario*, la loi française, qui voit dans cette stipulation une pratique usuraire, n'est pas compétente pour régir le contrat. Mais la difficulté, à son sens, réside dans le fait que la loi française peut très bien avoir un titre exceptionnel à intervenir et à évincer la loi normalement applicable : en effet, si la stipulation d'intérêts est jugée comme « contraire au droit divin », ainsi que le veut « le système consacré par nos lois », il faudrait rescinder le contrat de la manière la plus absolue. Sommé de prendre parti, Merlin se retranche derrière la théorie des droits acquis – et le risque d'une

¹⁵⁴⁹ « Prenez garde à ce qu'il ne frappe de sa corne » : la maxime est directement tirée des *Eglogues* de VIRGILE, IX, 25.

¹⁵⁵⁰ « Que le salut du peuple soit la loi suprême » : CICERON, *De legibus*, livre III, § III.

¹⁵⁵¹ Joseph GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1779 (t. 32, Institution contractuelle-Isle addition à l'article « Intérêt », pp. 351-364, spéc. pp. 356-359, par Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), pp. 358-359 pour le résumé détaillé de l'affaire. Voir aussi Mathieu PINAULT DES JAUNAUX, *Suite des arrêts notables du Parlement de Flandres*, tome troisième, Douai, 1715, XCVI, pp. 312-318, ainsi que la note suivante.

¹⁵⁵² Philippe-Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e édition, Paris, 1813 (tome 6, Ide. - Légitima.), v^o « Intérêts », § III, n^o III : dans cet article, qui reprend et actualise celui qu'il avait rédigé dans le *Répertoire universel* de Guyot, Merlin revient sur le commentaire qu'il avait consacré l'arrêt *de Ravesbergue* en y apportant quelques modifications de forme qui explicitent encore son sentiment à ce sujet. Pour l'arrêt en lui-même, il renvoie au résumé détaillé qu'il en donne à l'article « Hypothèque » de son *Répertoire*, section II, § II, article V (*Répertoire universel...*, 4^e édition, Paris, 1812 (tome 5, Exhér.-Hyp.), pp. 854-855).

éventuelle fraude¹⁵⁵³ de la part d'un débiteur français – pour conclure que, la loi hollandaise n'ayant vu dans cette pratique aucune contrariété au droit divin, il faut s'en remettre à cette dernière pour décider de la question. Il estime, d'ailleurs, agir ainsi plus en « politique » sensible à « l'intérêt public » qu'en « jurisconsulte », témoignage de l'inconfort qu'il éprouve en défendant cette solution. Pourtant, en raisonnant ainsi, il renoue avec les thématiques des droits acquis et de la *comitas* chères aux Hollandais : l'ordre juridique français est, ainsi, invité à faire preuve de *comitas* envers la loi hollandaise et à s'abstenir d'opposer l'exception d'ordre public à un contrat que la *lex loci contractus* tient pour légitime. Le Parlement de Flandres, entraînant Merlin dans son sillage, semble avoir ainsi éprouvé les vertus de ce mécanisme qui, plus tard, prendra le nom d'effet atténué de l'ordre public international.

Toutefois, l'objection soulevée par Merlin, pour être écartée aussitôt, n'est pas sans interpeler. Quels motifs ont pu décider la juridiction flamande à faire bénéficier le contrat en question de l'effet atténué de l'ordre public ? La stipulation d'intérêts étant considérée comme « contraire au droit divin », les textes royaux relatifs à la prohibition de l'usure devraient, en théorie, s'appliquer de manière intransigeante, au titre des lois de police. Or, le Parlement de Flandres répugne à anéantir le contrat de prêt d'argent. En réalité, tout semble indiquer que sa clémence s'explique, avant tout, par le fait que les intérêts stipulés s'élevaient au denier seize et que, même si ce taux dépasse le taux-plafond arrêté, depuis la conclusion du contrat, par les lois royales en matière de rentes constituées, il n'y a pas de raison pour le tenir pour usuraire en France, alors qu'il était admis en Hollande.¹⁵⁵⁴ En conclusion, à partir du moment où la loi hollandaise gouverne le contrat et qu'elle lui apporte sa bénédiction, la juridiction française, qui aurait pu déplacer le curseur de l'ordre public sur le terrain des taux d'intérêts, reconnaît ainsi que le taux effectivement stipulé ne heurte pas les exigences posées par l'ordre juridique du Royaume. C'est donc une tâche complexe qui incombe alors aux Parlements, lorsque ceux-ci doivent arbitrer entre la prohibition théorique de l'usure, d'une part, et la tolérance envers des stipulations d'intérêts conclues sous l'empire d'une loi qui les considère valables, d'autre part¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵³ Sur cette qualification de fraude, Merlin reprend les réflexions Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXI, § CXCVI (in *Œuvres de jurisprudence*, tome I, Dijon, 1787, p. 613) : « Mais que dirons-nous du cas où, tant le prêteur que l'emprunteur, sont domiciliés dans une même coutume, et vont, néanmoins, passer le contrat dans un lieu soumis à un statut où les intérêts sont plus forts ? Il y a des gens [comme Paul CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, pp. 296-297] qui croient que la stipulation d'intérêts sur le pied de ce statut est valable, à moins qu'il n'y paraisse un dessein formé de fraude pour couvrir l'usure concertée entre les contractants. Pour moi, je crois le concert suffisamment prouvé par le seul fait, et suis persuadé qu'on ne saurait trop obvier à ces sortes de fraudes, qui ne sont que trop ordinaires en cas pareil ».

¹⁵⁵⁴ Comme l'attestent les différents articles « Intérêts » des dictionnaires du XVIII^e siècle cités, *supra*, à la note 1548, les taux d'intérêt ont constamment fait l'objet de variations et de réajustements de la part de la législation royale.

¹⁵⁵⁵ Eric GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile*, *op. cit.*, tome 2nd, pp. 532-553.

C. La contrainte par corps.

Les effets du contrat sont l'occasion d'un conflit de coutumes lorsque les obligations que sanctionne la *lex contractus* ne s'accorde pas avec ce que prévoit la coutume du lieu de leur exécution. En pareil cas, la coutume du lieu d'exécution tend, presque naturellement, à faire prévaloir ses vues sur celle du lieu de naissance du contrat. La contrainte par corps en offre un bel exemple, à travers l'arrêt *Platon* du Parlement de Bretagne du 23 juin 1646, commenté par Paul Devollant dans son *Recueil d'arrests rendus au parlement de Bretagne*, qui refuse d'appliquer la contrainte par corps à une Bretonne qui, s'étant obligée auprès d'une compatriote sur le fondement d'un contrat passé à Paris, prétendait en être exemptée en raison d'une règle du droit breton qui refuse tout emprisonnement d'une femme pour une dette civile :

Françoise Platon et Demoiselle Bertrande Thomas, toutes deux originaires et domiciliées de Bretagne, étant à Paris pour affaires, ladite Platon s'oblige à ladite Thomas en la somme de 350 livres à payer dans deux mois par corps et emprisonnement de sa personne, sans que le lieu du paiement soit désigné... Ladite Thomas, étant de retour en Bretagne, présente sa Requête à la Cour aux fins d'avoir permission de mettre son obligation à exécution en ce ressort. La Cour la renvoie devant le Sénéchal de Rennes qui lui donne ladite permission. Ensuite de quoi, se persuadant que la permission allait jusqu'à la contrainte par corps, elle fait emprisonner ladite Platon aux prisons de Redon. Ladite Platon se rend tout incontinent demanderesse en la juridiction dudit Redon en réjection de son emprisonnement et prend lettres pour casser l'obligation.

[Parmi les moyens qu'elle invoque, elle avance] qu'elle n'avait pu être obligée par corps et emprisonnement de sa personne. Sentence à Redon par laquelle, ayant égard aux lettres, l'obligation est rejetée et l'emprisonnement déclaré injurieux, ladite Thomas condamnée aux dépens, dommages et intérêts, et, ensuite, exécutoire décerné de la somme de 900 livres. Appel de ladite Thomas au Présidial de Rennes, tant de la sentence que de l'exécutoire. Et, par Sentence du dit Présidial, celle de Redon est confirmée, et en réformant l'exécutoire ladite Thomas, est condamnée en la somme de 300 livres pour tous dépens, dommages et intérêts...

[Dans l'appel qu'elle forme auprès du Parlement de Rennes, la créancière déclare que] le point de la cause était de savoir si une femme originaire et domiciliée de Bretagne avait pu être valablement obligée par corps par les notaires de Paris et être, ensuite, emprisonnée en Bretagne pour dette civile. Ladite Platon soutenait que non, en conséquence de l'article 445 de la Coutume de Bretagne et disait qu'encore que ledit article semble ne comprendre que la femme mariée, il ne le faut pas ainsi entendre, non plus que le chapitre 313 de la Coutume plus ancienne, *sed potius extensive favore sexus*. Que telle est (*sic*) la pratique et l'usage générale de la Province, en laquelle il est inouï jusqu'à présent que femme mariée ou non mariée, veuve ou fille majeure, ait jamais été obligée par corps et emprisonnée pour dette civile... Qu'il ne servait d'objecter que l'obligation est rapportée à Paris, où les femmes, à la réserve des mariées, s'obligent valablement par corps, d'autant que les parties, étant originaires et domiciliées de Bretagne, et à Paris par accident seulement à l'occasion d'affaires, le privilège étant donné à la personne et la suivant partout, elles ont dû suivre la loi du domicile...

Ladite Thomas défendait des raisons... que, l'obligation étant rapportée à Paris, ladite Platon avait pu se soumettre à la contrainte par corps, parce que le privilège allégué est réel et ne se doit étendre hors la Province. Au reste qu'en tout cas, ladite Platon, étant emprisonnée en Bretagne sur le pied d'une obligation rapportée à Paris, n'avait pas dû procéder et agir de la sorte, *sed implorato iudicis officio*, demander la relaxation et mainlevée de sa personne, et qu'il n'y avait lieu de rejeter l'emprisonnement, ni adjuger dommages et intérêts. Par arrêt du 28 mai 1646, ordonné qu'il en serait délibéré au conseil, et, le 23 juin, en suivant au rapport de Monsieur Barrin, ... l'appellation

et ce, sans s'arrêter aux lettres, l'obligation déclarée bonne et l'emprisonnement mal fait, ... ladite Thomas aux dommages et intérêts dudit emprisonnement...¹⁵⁵⁶

Quels motifs ont-ils pu déterminer le Parlement de Bretagne à appliquer un article de la coutume de Bretagne à un contrat pourtant conclu à Paris ? Que la Cour ait décidé que le contrat était gouverné par la coutume bretonne du domicile des deux parties ou qu'elle ait jugé qu'il obéissait à la *lex loci contractus* parisienne, demeure, entre les deux explications qui peuvent être proposées, un élément constant : le fait que le Parlement a estimé que la règle de la coutume de Bretagne interdisant tout emprisonnement d'une femme pour dette civile était relative au statut personnel de la débitrice, suivant l'argumentaire de cette dernière. Dès lors, l'attitude des juges bretons peut se justifier de trois manières différentes :

1^o Soit ils ont considéré que le contrat était soumis, quant à son contenu, à la coutume de Bretagne, en tant que coutume du domicile commun des deux parties, sa conclusion à Paris n'étant alors qu'un pur accident, une circonstance fortuite, qui ne pesait guère devant tous les critères convergeant vers la Bretagne (et, notamment, le lieu de son exécution). Dans ce cas-là, les magistrats ont raisonné en termes de règle de conflit et ont donc « localisé » le contrat en Bretagne, entraînant l'application du droit breton à tous ses éléments matériels, y compris la contrainte par corps (rejetée, ici, en raison du privilège personnel des Bretonnes) ;

2^o Soit ils ont considéré que le contrat était soumis, quant à son contenu, à la coutume de Paris, en tant que loi du lieu de conclusion, et que cette dernière régissait l'ensemble du contrat, y compris, théoriquement, la clause relative à la contrainte par corps. Ce n'est, alors, que par une exception – d'ordre public provincial – que la juridiction rennaise a entendu exempter la débitrice, en vertu du privilège personnel des Bretonnes, et écarter la coutume de Paris sur ce point.

3^o Soit ils n'ont pas entendu raisonner en termes de règles de conflit et écarter la loi normalement applicable, mais voulu consacrer le privilège personnel des Bretonnes comme une règle d'application impérative qui avait vocation à s'appliquer, à l'exclusion de toute autre règle, dès lors qu'une débitrice était « originaire et domiciliaire » de Bretagne. Le statut personnel des ressortissants de la coutume, étant destiné à les suivre partout et en tous lieux, aurait ainsi, selon cette manière de voir, la force nécessaire pour imposer ses volontés à la coutume (par hypothèse, non bretonne) qui gouverne le fond du contrat.

De fait, dans la mesure où l'arrêt *Platon*, tel qu'il est rapporté, ne se prononce pas explicitement sur la loi relative au contrat, il est délicat de décider laquelle de ces interprétations est la bonne. Les deux dernières, qui font intervenir des mécanismes similaires à l'exception d'ordre public et aux lois de police, montrent, néanmoins, que la proximité qui existe entre ces mécanismes l'emporte sur leurs différences : peu importe, au fond, qu'ils interviennent *a priori* ou *a posteriori*, l'essentiel étant que les juges du for ont cherché à souligner que la protection qu'accordait la coutume de Bretagne à la femme qui serait menacée de prison pour dette civile était invincible. Son caractère personnel supposait donc qu'elle accompagnât cette femme, quels que fussent les actes de la vie civile qu'elle serait amenée à conclure, à l'intérieur ou à l'extérieur du détroit coutumier.

¹⁵⁵⁶ Paul DEVOLLANT, *Recueil d'arrests rendus au Parlement de Bretagne*, tome 1^{er}, Rennes, 1722, v^o « femme », chapitre 10, pp. 206-208.

§ 4. Lois de « police » et lois pénales, marques de la souveraineté territoriale.

Les conflits de lois relatifs à la police administrative et aux délits présentent toutes les apparences de la rareté et de la stabilité. En matière administrative, les causes potentielles de litige se situent à l'échelle des différents Parlements et de leurs règlements de police, qui peuvent, occasionnellement, s'entrechoquer lorsqu'une disposition d'un Parlement vient, de manière exceptionnel, à s'appliquer sur le territoire d'un autre et qui appellent un arbitrage qui ne nuise pas à l'intérêt public de l'un et l'autre ressort. Seul, parmi les sources relatives aux conflits de coutumes, Jean Bouhier semble s'être réellement intéressé aux conflits de lois relatifs à la police administrative (A.) et avoir consulté la pratique du Parlement de Dijon dans de telles situations. Des deux exemples qu'il donne afin d'illustrer la réalité (c'est-à-dire la territorialité) des règlements de police, il est difficile d'en inférer une règle certaine et un usage constant.

Dans le domaine pénal, l'esprit de continuité se manifeste par la pérennité des solutions qui avaient été dégagées par la jurisprudence et la doctrine à l'époque médiévale. Les juristes civilistes de l'Ancien droit sont, pour la plupart, convaincus que les statuts pénaux n'ont pas vocation à s'insérer dans leur classification des statuts et ne s'attardent guère sur la question ; lorsque, par exception, des auteurs aussi éminents que Jean Bouhier ou Louis Boullenois traitent de la territorialité des statuts de police et de sûreté, ils ne sollicitent quasiment pas les décisions de jurisprudence pour illustrer leurs thèses. C'est, donc, à des grands noms de la doctrine pénale française du XVIII^e siècle – François de Boutaric, Guy du Rousseau de la Combe ou encore Daniel Jousse – qu'il appartient, essentiellement, de prendre position sur la territorialité des lois pénales. Or, tous font preuve d'une scrupuleuse fidélité à la tradition. La souveraineté/territorialité, à défaut d'être directement à l'origine des règles qu'ils énoncent, ne peut que conforter leurs prises de position, tant elle s'inscrit dans un contexte nouveau auquel les principes traditionnels s'adaptent parfaitement. En effet, la soumission de l'étranger aux lois pénales du lieu où il a commis l'infraction est confirmée par les ordonnances royales des XVI^e et XVII^e siècles et les juristes criminalistes sont, en cela, encouragés à disputer sur les problèmes de compétences judiciaires. Plus qu'un renouvellement des solutions, c'est la dimension proprement internationale qui marque les développements relatifs aux conflits de lois pénales : les délits sont désormais envisagés uniquement comme mettant en cause les ressortissants de deux Etats souverains pleinement indépendants. Or, c'est cette souveraineté territoriale traditionnelle que se chargera de rappeler la lettre de l'alinéa 1^{er} de l'article 3 du Code civil, lorsqu'il fera allusion aux « lois de sûreté » (B.).

A. Les conflits de lois relatifs à la police administrative et la souveraineté territoriale du Parlement en son ressort.

Les deux situations concrètes qui illustrent cette réalité/territorialité des statuts relatifs à la police figurent tous deux dans le chapitre XXXIII des *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne* du président Bouhier, qui est dédié à cette question et qui s'appuie, à cette occasion, sur un arrêt de la Tournelle et sur un règlement du Parlement de Dijon. Le premier exemple, qui se réfère aux statuts qui concernent la mesure des lieues, s'inscrit dans une discussion plus générale sur la diversité qui caractérise les réglementations sur la mesure des lieues dans l'ensemble du Royaume et sur la nécessité d'uniformiser tout cela sous l'égide du pouvoir royal (1.). Le second porte sur le cas des statuts destinés à réglementer le service public de la justice et le fonctionnement instances

judiciaires et, en particulier, sur les difficultés qui peuvent s'élever à propos de l'observation des jours fériés en justice (2.)

1) Les statuts qui concernent la mesure des lieues.

Le dénominateur commun, parmi tous les statuts que Jean Bouhier prend pour exemples de statuts de police dans son chapitre XXXIII, est leur territorialité, qui se veut exclusive, dans la mesure où celle-ci se mesure sur l'étendue des pouvoirs de l'autorité de police habilitée à édicter de tels statuts¹⁵⁵⁷. Ceux d'entre eux qui ont pour fonction de fixer les mesures ayant cours dans les provinces du Royaume illustrent parfaitement, dans son esprit, cette territorialité impérative :

[XXXIII.] VI. Un second exemple peut être pris de la mesure des lieues, qui n'est pas uniforme dans toutes les provinces du Royaume ; cependant, elle peut donner lieu à plusieurs contestations, comme s'il s'agit de l'explication de quelques articles de coutume, telle que celle d'Anjou¹⁵⁵⁸, qui fixe à une certaine lieue l'étendue de la banlieue d'un moulin banal : en ce cas, il faut suivre¹⁵⁵⁹ la coutume des lieux où le moulin est situé ; et la même décision doit être appliquée à tous les cas semblables.¹⁵⁶⁰

La meilleure justification que l'auteur puisse donner de cette réalité repose sur la diversité et la multiplicité des réglementations relatives à la mesure des lieues, qui varient grandement selon les provinces du Royaume. La fixation de cette mesure est donc particulière à chaque coutume et, se fondant sur la détermination même du sol et de sa superficie, l'extension du droit qui y est attaché – ici, la banlieue d'un moulin – ne doit se calculer que conformément à la mesure pratiquée au lieu de situation. Bouhier est même tenté de généraliser cette solution, qui traduit la forte influence exercée par la *lex rei sitae* sur la police des sols et des droits qui y sont afférents.

Toutefois, cette solution, qui est très favorable aux particularismes provinciaux, voire locaux, ne suffit pas à éteindre la discussion. Bouhier entend ainsi faire justice d'une distinction qui lui semble spécieuse et qui tend à réserver un domaine d'expression propre à la loi du roi, qui se trouverait alors investi du pouvoir de fixer une mesure pour l'ensemble du Royaume, conformément aux vellétés de la puissance royale depuis des siècles. Cette distinction a été énoncée par un célèbre avocat général près le Parlement de Paris, Guillaume-François Joly de Fleury, dont les conclusions ont servi de motifs à un arrêt *Coëffier* rendu en la Tournelle le 10 juillet 1706 :

[XXXIII.] VII. Un grand magistrat¹⁵⁶¹ a cru néanmoins qu'il fallait faire une grande différence entre les lois qui sont établies généralement pour tout le Royaume, ou (*sic*) celles qui ne regardent

¹⁵⁵⁷ Sur les statuts qui regardent la police, et, notamment, les statuts édictant une mesure, voir, *supra*, pp. 386-392.

¹⁵⁵⁸ René CHOPPIN, *Commentaires sur la coutume d'Anjou*, in *Œuvres de Maître René Choppin*, tome 1^{er}, Paris, 1662, livre I, article XXII, pp. 151-153.

¹⁵⁵⁹ *Ibidem*, eod. loc., p. 152. Toutefois, Choppin semble soutenir la thèse inverse de celle que Bouhier lui prête.

¹⁵⁶⁰ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitre XXXIII, n°6, pp. 806-807.

¹⁵⁶¹ Jean DU FRESNE, *Journal des Audiences*, Paris, 1757, t. 5 (1700-1710 par Nicolas NUPIED), livre VI, chapitre XXI, pp. 634-639, spéc. p. 637. L'affaire qui donne lieu à l'arrêt rendu par la Tournelle présente un certain degré de complexité : il s'agit, en l'espèce, d'un litige né à partir d'une *causa susceptionis partus* intentée par une mère, soupçonnée de prostitution, envers le père supposé de son bâtard, qui résidait, comme elle, à Saint-Etienne. Le père réplique par une exception de fille diffamée envers la génitrice. Le litige qui se double d'un conflit de juridictions à propos de l'exécution de la demande de provision alimentaire, et même d'un conflit de ressorts de juridiction, entre les juges de Lyon (où la fille a été accouchée) et ceux de Saint-Etienne (où le délit a été consommé). Sur ce dernier point, l'arrêtiste tire de l'arrêt conforme l'enseignement suivant : « La mesure des lieues [*servant à déterminer le ressort*] doit suivre l'usage de la province, lorsqu'il s'agit d'une loi ou d'un statut de la province ».

qu'une province ; il croit que, dans ces dernières, l'usage de la province doit être suivi sans difficulté.

VIII. Mais, pour les lois qui regardent tout le Royaume, si elles prescrivent un certain nombre de lieues, on ne les doit pas estimer, selon lui, par rapport aux usages des provinces, qui, étant différents, rendraient entièrement différente la loi qui doit être uniforme dans son application comme dans son motif. Ainsi, il estime qu'en ce cas, il faut prendre une mesure commune et la suivre telle que l'usage l'a introduite, pour réduire les mesures de toutes les provinces à une seule et uniforme ; n'étant pas à présumer que, dans la loi générale, on ait pu avoir en vue la différence qui peut être dans chaque province en particulier.

IX. Mais cette distinction me paraît condamnée par l'usage. Nous n'avons point de loi plus générale pour tout le Royaume que l'Ordonnance du mois d'avril 1667 : on sait qu'elle contient plusieurs articles¹⁵⁶² où les délais des assignations sont réglés par la distance de dix lieues ou de cinquante ; or, il est notoire que, dans tous les tribunaux, ces lieues se comptent, non suivant une mesure commune dans toute la France, mais suivant la mesure usitée en chaque province. Ainsi, la règle que nous avons donnée sur cette matière subsiste en son entier.¹⁵⁶³

La distinction proposée par l'avocat général Guillaume-François Joly de Fleury dans l'arrêt *Coëffier*, et reproduite avec une grande fidélité par Bouhier, présente le mérite de choisir comme critère discriminant la source normative qui détermine l'unité de mesure des lieues, suivant qu'il s'agisse d'une loi générale à l'ensemble du Royaume, dont la nature même implique que l'unité retenue soit appliquée sur tout le territoire sans exception, ou qu'il s'agisse d'une « loi » (ou coutume) propre à une province en particulier, qui ne peut avoir de force que dans les limites de ladite province. Derrière le sens des nuances qui semble caractériser son propos, l'avocat général Joly de Fleury incarne cette tendance favorable à l'uniformisation, qui, sous couvert de respecter les particularismes provinciaux, appelle à les dépasser à travers l'édiction de lois royales qui serviraient de droit commun à l'ensemble du Royaume et imposeraient une unité de mesure qui soit applicable partout.

Bouhier repousse cette distinction, qui est contraire à la solution qu'il adopte, et tente de démontrer que les mesures fixées par les articles issus d'un texte aussi important que l'ordonnance civile de Saint-Germain-en-Laye, en date d'avril 1667 doivent se compter selon les usages des différents tribunaux de France, conformément aux usages en pratique dans chaque province du Royaume. En demandant ainsi que soit respectée l'unité de mesure en vigueur dans les provinces, que ce soit celle, dans les exemples qu'il cite, du lieu de situation du moulin banal ou celle du lieu de situation du tribunal, Bouhier se prononce en faveur d'une loi de police provinciale, qui exercerait son empire exclusif à l'intérieur des frontières de la province en soumettant tous ceux qui s'y trouvent à la mesure des lieues qui y a cours. Cette faveur accordée à la « loi provinciale » aux dépens d'une loi générale qui étendrait ses effets à l'ensemble du Royaume ne peut s'expliquer que par l'idée selon laquelle, pour Bouhier, le caractère de loi de police ou non doit être impérativement assimilé à celle d'application strictement territoriale de ladite loi. En soi, la solution est conforme à celle que préconise la majeure partie de la doctrine d'Ancien Régime, qu'elle déplore ou approuve la diversité de mesures qu'elle engendre. A cette conception, s'oppose celle, plus ambitieuse, de Joly de Fleury, qui tend à reconnaître dans les mesures déterminées par une loi royale le caractère d'une loi de police générale, qui, parce qu'elle est supra-provinciale, dépasse, de droit commun, les particularismes locaux pour satisfaire l'aspiration à l'uniformité. En exigeant

¹⁵⁶² « Ordonnance civile », Saint-Germain-en-Laye, avril 1667, titre troisième, articles 3 et 4 ; titre onzième, article 1 ; et titre trente-et-unième, article 5 : voir François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XVIII (août 1661 – 31 décembre 1671), Paris, 1829, pp. 109-110 ; p. 117 ; et p. 164.

¹⁵⁶³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°7 à 9, p. 807.

d'être respectés, ces usages ne cessaient d'entraîner des différences d'application et des divergences d'appréciation selon les provinces. Autant de difficultés que les assemblées révolutionnaires se chargeront d'aplanir.

2) Les statuts relatifs aux instances judiciaires : les statuts qui édictent l'observation des jours fériés en justice.

Au sein du chapitre XXXIII de ses *Observations*, ces statuts sont réunis par le président Bouhier avec ceux qui édictent les honoraires et les avocats de justice, parce que ces deux types de statuts ont trait au service public de la justice et à la police nécessaire au bon fonctionnement des juridictions provinciales :

[XXXIII.] XV. L'observation des jours de fêtes ou autres fériés en justice est encore un fait de police pour lequel on doit se conformer à l'usage des lieux où se passent les actes¹⁵⁶⁴. Cette question fut autrefois agitée en notre Parlement dans cette espèce. Il y avait eu une enquête ordonnée aux requêtes du Palais, dans une instance pendante entre la nommée de Mouhy contre (*sic*) un particulier. Le commissaire s'étant, à cet effet, transporté sur les lieux contentieux, qui étaient situés au bailliage d'Auxonne, avait entendu des témoins le 10 d'octobre, jour de la fête de Saint-Mammets [*Saint-Mammès*], qui était alors célébrée à Dijon comme étant celle du patron du diocèse de Langres. L'une des parties prétendit, sur ce fondement, que l'enquête était nulle, et que le commissaire aurait dû suivre, à cet égard, l'usage du lieu où son siège était établi ; on répondait, au contraire, qu'il avait dû se conformer à l'usage du diocèse de Besançon, dans l'étendue duquel l'enquête avait été faite. En effet, cela fut jugé ainsi par sentence des Requêtes du Palais, qui fut confirmée par arrêt donné à l'audience du lundi 21 Octobre 1630, plaidant Moreau et Chaisne.¹⁵⁶⁵

Le premier de ces deux cas, qui porte sur le respect du calendrier judiciaire et des jours fériés qui y figurent, entre, plus particulièrement, dans le cadre de la police religieuse, qui impose aux activités profanes, et notamment à la justice, d'observer les temps de repos consacrés à la pratique du culte¹⁵⁶⁶. Il présente un intéressant cas d'interférence de cette police religieuse avec les exigences du cours de la justice et rappelle, à travers l'exemple avancé par Bouhier, qu'il existe un certain nombre d'opérations qui ne souffrent pas de suspension, même pour les plus pieuses

¹⁵⁶⁴ Paul VOET, *De Statutis, op. cit.*, X, *cap. unic.*, 7 : « Et, en effet, s'il y a un litige concernant les jours qui sont fériés en justice, ceux-ci variant selon la diversité des statuts, il faut suivre le statut qui a cours au siège du tribunal. Ainsi, si, d'aventure, quelqu'un est assigné dans le ressort d'un tribunal où le style de procédure est soumis au calendrier Julien, et où il y a, de surcroît, un jour férié, pour comparaître devant un tribunal où le style de procédure est soumis au calendrier Grégorien, mais où il n'y a pas de jour férié, il doit répondre à l'assignation [*l'auteur s'appuie ensuite sur les autorités du Panormitain, d'Alderano Mascardi, de François Le Douaren et de Jean a Sande*]. Néanmoins, Christoph Besold estime qu'il est incivil de citer à comparaître une partie à une date où elle serait aux prises avec des questions qui regardent sa conscience, de sorte qu'elle ne devrait pas être condamnée par contumace si elle fait défaut ». (7. *Et quidem si de feriis pro statutorum diversitate, variantibus, contentio, spectandus locus iudicii. Ut, si forte quis vocatus sit à loco ubi stylus obtinet Julianus, adeoque dies feriatas est, ad locum ubi Gregorianus obtinet, adeoque dies forte non est feriatas, venire debeat... Censet nihilominus Besoldus incivile esse, citare partem illo tempore, quo circa conscientiae negotia est occupata, sic ut in contumaciam procedi non debeat, si emanserit*).

¹⁵⁶⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIII, n°15, p. 808.

¹⁵⁶⁶ Nicolas DE LA MARE, dans la préface de son *Traité de la Police, op. cit.*, tome I, Paris, 1705, p. 7, note, à propos de la religion, dont il traite parmi les matières de son traité, que « les lois et ordonnances de police viennent au secours des usages et des décisions de l'Eglise en (...) sept points », dont « II. Observer exactement les dimanches et fêtes ». Il développe ce thème dans ce même tome, au livre II, titre VIII, pp. 328-354. Sur cette question de l'observation du temps de repos, et sur la cessation du cours de la justice les dimanches et jours fériés, voir Gabriel LE BRAS, *La police religieuse dans l'ancienne France*, Paris, 2010, pp. 268-272.

raisons, et qui demandent à être poursuivies, y compris lors des jours dédiés au culte¹⁵⁶⁷. L'arrêt *De Mouhy* rendu par la chambre des requêtes du Parlement de Dijon le 21 octobre 1630 confirme que l'appréciation du caractère férié ou non de la date à laquelle il a été procédé à l'acte d'enquête litigieux se détermine selon l'usage du diocèse dans le ressort duquel l'enquête se déroule, et non selon l'usage du diocèse duquel le commissaire est originaire. La validité de l'acte de procédure – en l'espèce, la commission rogatoire diligentée par le Parlement de Dijon – dépend donc de cette question préalable, qui illustre l'emprise de la police religieuse sur les actes ressortissant de la police judiciaire : le commissaire dijonnais a agi en respectant le calendrier religieux en vigueur dans le diocèse de Besançon, auquel se rattache le bailliage d'Auxonne. La territorialité de la règle ne se déduit, en l'espèce, que du fait que l'extraterritorialité lui est refusée. Contrairement à ce que postulait l'une des parties, l'interdiction d'exercer sa mission un jour de fête dans le diocèse de Dijon ou de Langres n'a aucun effet extraterritorial sur le commissaire. De même, dans le diocèse de Besançon, rien ne s'oppose à ce qu'il fasse son enquête, puisque ce jour-là n'y est pas férié. Un acte reconnu valable au lieu du déroulement de l'enquête n'a donc pas à être déclaré nul au lieu du siège du commissaire, puisque celui-ci ne transporte pas l'interdiction hors des limites de son diocèse d'origine. Dans l'hypothèse où un commissaire rattaché au diocèse de Besançon fût venu sur le territoire du diocèse de Langres en ce jour de la Saint-Mammès, il n'aurait pu mener valablement son enquête. L'arrêt *De Mouhy* tel que rapporté par Bouhier prend nettement position dans ce sens. Dans l'hypothèse, enfin, où cette même enquête se serait déroulée dans le ressort du diocèse de Dijon ou de Langres, il n'est pas impossible de concevoir qu'elle aurait pu échapper à la nullité, au cas où les juges dijonnais auraient estimé que la commission rogatoire figurait au rang des actes qui peuvent être tolérés, à titre dérogatoire, un dimanche ou un jour férié.

B. Les conflits de lois relatifs aux délits et la souveraineté territoriale de la loi française.

Les conflits de lois en matière délictuelle sont rares en jurisprudence et les arrêts qui portent sur cette matière ne réveillent guère l'intérêt des juristes statutistes. La territorialité de la loi pénale et l'extension de ses prescriptions au délinquant étranger, c'est-à-dire tous les éléments qui contribuent à définir la « loi de sûreté » dans l'acception la plus pure du terme, sont des questions qui retiennent principalement et logiquement l'attention des juristes criminalistes et c'est vers eux, davantage que vers les civilistes, qu'il convient de se tourner pour espérer saisir la position de la jurisprudence à cet égard. Or, la doctrine pénale du XVIII^e siècle – qui regroupe ainsi des auteurs aussi renommés que François de Boutaric, Guy du Rousseau de la Combe et Daniel Jousse – raisonne désormais à partir du texte qui est l'expression même de la souveraineté royale et de l'intérêt de la Nation : la grande ordonnance criminelle de Louis XIV, promulguée à Saint-Germain en août 1670. Dans le prolongement de l'ordonnance de Moulins de février 1566, l'ordonnance de 1670 consacre légalement la compétence du juge du lieu du délit et, implicitement, fait de la *lex loci delicti* la loi applicable aux délits commis par les étrangers sur le sol français. Si l'héritage de la tradition romano-canonique médiévale n'est pas trahi par cette dernière solution désormais gravée dans le marbre de la législation royale, l'esprit d'humanité envers le délinquant étranger semble désormais très loin des préoccupations qui doivent animer les juges du Royaume. L'étranger qui attend ainsi à la sûreté et à la tranquillité publiques ne doit plus compter que sur la prudence des juges pour espérer trouver auprès d'eux le soutien de l'ignorance excusable ; il ne peut plus, non

¹⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 272.

plus, se prévaloir du secours d'un *jus commune* qui permettrait d'atténuer la rigueur de la législation locale et qui n'est guère à de rares exceptions près¹⁵⁶⁸, en faveur auprès des juristes. L'esprit nouveau, qui ressort du texte de 1670, est celui d'un droit pénal qui se soucie dorénavant d'assurer la paix et de maintenir l'ordre public sur l'ensemble d'un territoire entièrement soumis à la souveraineté royale et d'étendre la protection que doit le roi à chacun de ses sujets. Or, cette protection ne peut être efficace que si elle s'accompagne de la sévérité et de la rigueur à l'égard de celui, régnicole ou étranger, qui a manqué au respect qu'il doit à la « police » du Royaume.

En se fondant sur les dispositions prises par l'Ordonnance de Moulins de 1566, en son article 35, puis par la grande ordonnance de 1670, en son article premier de son titre premier, les juristes qui sont amenés à commenter ce dernier texte partent du principe que le juge compétent est celui du lieu du délit¹⁵⁶⁹ : « La connaissance des crimes appartient aux juges des lieux où ils ont été commis, et l'accusé y sera renvoyé, si le renvoi en est requis »¹⁵⁷⁰. Dans le commentaire qu'il en donne, Daniel Jousse justifie cette compétence territoriale par le trouble causé à « la tranquillité et (à) l'ordre public » « dans l'endroit où le délit a été commis » et « par l'intérêt public ». En cela, il ne fait que refléter le fond de la pensée de ses contemporains¹⁵⁷¹. Quelle que soit la qualité des parties, qu'elles soient françaises ou étrangères¹⁵⁷², qu'elles soient accusatrices ou accusées, c'est le lieu où l'infraction a été commise et où l'offense doit être réparée qui détermine la compétence du

¹⁵⁶⁸ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXXIV, *Œuvres de jurisprudence*, tome I, Dijon, 1787, p. 809 : sur la doctrine du président Bouhier en matière pénale, voir, *infra*, pp. 401-420.

¹⁵⁶⁹ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, *op. cit.*, chapitre VI, pp. 225-253 et chapitre IX, pp. 350-398, spéc. pp. 350-367 : sur le fondement de l'ordonnance de 1670, les criminalistes reconnaissent que la compétence du juge du lieu du délit est de principe, que celle du juge du domicile est subsidiaire et que celle du juge du lieu, lorsqu'elle est admise, doit toujours demeurer exceptionnelle.

¹⁵⁷⁰ François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XVIII (août 1661 – 31 décembre 1671), Paris, 1829, pp. 371-372 : « Ordonnance criminelle », Saint-Germain-en-Laye, août 1670, titre premier, article 1. La sécheresse de l'article, qui est déjà, dans l'esprit, celui d'un code, contraste avec la prolixité de l'article 35 de l'ordonnance de Moulins de février 1566 : « En déclarant et ajoutant à nos précédentes ordonnances, voulons que la connaissance des délits appartienne aux juges des lieux où ils auront été commis, nonobstant que le prisonnier ne soit surpris en flagrant délit. Et sera tenu le juge du domicile renvoyer le délinquant au lieu du délit, s'il en est requis. Seront aussi les grâces et rémissions adressées à nos juges présidiaux ; et aux lieux esquels n'y a siège présidial, à nos juges ressortissans nuëment en nos cours et non à autres : et si le délit estoit commis ailleurs, ne pourront lesdits présidiaux entériner lesdites lettres sans avertir les juges du délit ; et faire apporter par devers eux les informations et procédures faites sur les lieux du délit, et ne voulons que ceux qui auront obtenu de nous lettres de grâce, pardon ou rémission, s'en puissent aider après les trois mois de la datte d'icelles, encores qu'elles eussent été données par nous ès entrées de nos villes, et nonobstant les lettres de surannation qui croient par eux impétrées » (François-André ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XIV, 1 et 2 (juillet 1559 – août 1589), Paris, 1829, p. 198).

¹⁵⁷¹ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, *op. cit.*, pp. 353-356, ajoute opportunément aux commentaires de Daniel JOUSSE, issus de son *Traité de la justice criminelle*, Paris, 1771, t. 1, deuxième partie, titre II, section II, n° 19, p. 418, les considérations de ses contemporains : voir Guy DU ROUSSEAU DE LACOMBE, *Traité des matières criminelles, suivant l'ordonnance du mois d'août 1670, et les édits, déclarations du roi, arrêts et règlements intervenus jusqu'à présent*, 7^e édit., 1788, deuxième partie, chapitre I, n° 34, p. 121 : « Il n'y a point de difficulté que, si l'étranger a commis le crime dans le Royaume, il y doit être puni par les juges et suivant les lois du royaume, comme étant le lieu du délit, auquel est due la réparation et vindicte publique pour servir d'exemple », et Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel avec un Traité particulier des crimes*, Paris, 1767, partie quatrième, chapitre II, p. 123 : « C'est par le lieu du délit que se règle principalement la compétence en matière criminelle, et cela tant à cause de la nécessité de l'exemple et de la consolation particulière de ceux qui ont souffert du crime que pour la plus grande facilité des preuves ». Par ailleurs, que ce soit dans ses *Institutes au droit criminel* ou dans ses *Lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, le juriconsulte comtois ne s'intéresse guère à la dimension internationale du droit pénal.

¹⁵⁷² La soumission de l'étranger au juge français – et à la procédure édictée par l'ordonnance – n'est évoquée qu'à une seule reprise par l'ordonnance de 1670, à l'article XI du titre XIV qui requiert la présence obligatoire d'un interprète auprès de l'accusé étranger qui n'entend pas la langue française lors des interrogatoires. C'est reconnaître implicitement que l'ordonnance de 1670 s'adresse indistinctement aux régnicoles comme aux étrangers, ce que la plupart des juriconsultes admettent sans difficulté.

tribunal. L'application du principe est si générale qu'elle ne souffre que de rares exceptions. Il n'en demeure pas moins qu'à cette compétence juridictionnelle s'attache une compétence législative qui conduit le juge à faire application des lois pénales de son ressort : cette double compétence contribue à définir ce que l'article 3 appellera, *brevitatis causa*, « loi de sûreté ».

Or, la particularité de la matière tient à ce que, si l'affirmation de la compétence du *judex loci delicti* ne suscite aucun doute en jurisprudence et en doctrine, puisque, posée par un texte de loi, elle est soutenue par cet esprit de souveraineté territoriale si cher aux XVII^e et XVIII^e siècles, le principe de la compétence de la *lex loci delicti* n'est jamais évoqué que de manière implicite, comme s'il tombait sous le coup de l'évidence. Davantage préoccupés de compétences juridictionnelles, les criminalistes ne ressentent pas réellement le besoin de s'aventurer sur le terrain du conflit de lois et ne livrent guère de références jurisprudentielles à ce sujet. Néanmoins, les arrêts, si peu nombreux qu'ils soient, démontrent que la souveraineté du Roi de France est appelée à s'exercer à l'encontre de celui qui commet son délit sur le territoire (souveraineté territoriale), comme elle peut très bien s'exercer, par ailleurs, à l'encontre du Français qui commet une infraction à l'étranger et, même, en certains cas, de celui qui porte atteinte au Français à l'étranger (souveraineté personnelle)¹⁵⁷³. Pour mieux envisager l'ensemble des cas où l'étranger délinquant est astreint à observer la loi française, l'affirmation implicite du principe de la souveraineté territoriale en matière criminelle (1.), à elle seule, ne suffit pas : elle ne doit pas se dissocier de la double compétence du juge et de la loi du lieu de l'arrestation, lorsque l'étranger auteur d'un crime contre un Français à l'étranger est appréhendé sur le territoire du Royaume (2.). A ces deux cas de figure, il convient d'ajouter le traitement réservé à la confiscation des biens du condamné, qui est l'un des exemples de statut pénal contraire au droit commun de Bouhier et que celui-ci s'efforce d'éclairer à partir de la pratique (3.)

1) L'affirmation implicite de la souveraineté territoriale en matière pénale : la *lex loci delicti*.

Dans l'esprit des juristes du XVIII^e siècle, criminalistes ou non, la compétence législative n'est que le corollaire logique et naturel de la compétence judiciaire : dès lors que le juge français a été régulièrement saisi, *per viam inquisitionis* ou *per viam accusationis*, à titre de juge du lieu de l'infraction, tous en déduisent que cette saisine doit nécessairement, et par voie de conséquence, emporter l'application de la loi française, en tant que *lex loci delicti*, au délinquant, aussi bien français qu'étranger¹⁵⁷⁴. Déjà, au début du XVIII^e siècle, dans le cours qui allait former la substance de son *Explication de l'ordonnance de Louis XIV sur les matières criminelles*, François de Boutaric se livre à

¹⁵⁷³ Sur cette jurisprudence, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 353-367, et les références aux œuvres de du Rousseau de La Combe et de Jousse, ainsi que Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines jurisprudentielles des alinéas 1 et 2 de l'article 3 du Code civil*, Paris, 1972, pp. 8-14.

¹⁵⁷⁴ En cela, les juristes du XVIII^e siècle ne font que suivre les conclusions rendues par l'avocat général au Parlement de Paris, Omer Talon, sur l'affaire *Rousseauville*, tranchée par le Parlement le 24 août 1632. Dans cet arrêt célèbre, la haute juridiction parisienne avait à se prononcer sur le cas d'un Artésien qui avait été arrêté en France pour avoir assassiné un compatriote près de Hesdin (en pays d'Artois, alors étranger à la France). A cette occasion, l'avocat général développe des conclusions portant sur les différentes questions soulevées par les conflits de lois pénales et qui firent autorité sur la doctrine ultérieure. Entre autres, il rappelle que la compétence de principe appartient désormais au *forum loci delicti* : « il est expédient que la punition du crime soit faite au lieu où il a été commis ; soit à cause de la facilité de l'instruction qui est beaucoup plus grande ; soit à cause de la satisfaction qu'on doit à la partie civile ; soit à cause de celle qu'on doit aussi au public offensé ; car l'un et l'autre reçoit par là plus pleinement et plus entièrement la réparation qui leur est due » (Pierre BARDET, *Recueil d'arrests du Parlement de Paris*, 1690, tome II, livre I, chapitre XLII, pp. 102-107, spéc. pp. 105-107) : sur l'arrêt *Rousseauville* et la doctrine de l'avocat général Talon, voir l'étude qu'en donne Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 251-254.

L'exégèse de l'article 1^{er} du titre premier de l'ordonnance de 1670 et s'interroge sur l'extension possible de la règle à la personne de l'étranger délinquant :

Un étranger délinquant en France ne peut décliner la juridiction du juge du lieu où le délit a été commis, suivant la Loi 3. *ff. De officio praesidis: Praeses provinciae... habet interdum imperium, adversus extraneos homines si quid manu commiserint: nam et in mandatis principum est, ut curet is qui provinciae praest, malis hominibus provinciam purgare: nec distinguitur unde sint* [D. 1.18.3.]¹⁵⁷⁵.

L'interprétation défendue par Boutaric, qui entend ainsi soumettre l'étranger à la « juridiction » du juge français – quoiqu'elle ne fût pas partagée par tous ses contemporains¹⁵⁷⁶ – est reprise ultérieurement et confirmée par la lecture de juristes criminalistes aussi éminents que Guy du Rousseau de La Combe et Daniel Jousse. Ceux-ci se font même encore plus explicites :

[Du Rousseau de La Combe] Il n'y a point de difficulté que, si l'étranger a commis le crime dans le Royaume, il y doit être puni par les juges et suivant les lois du Royaume, comme étant le lieu du délit, auquel est due la réparation et vindicte publique pour servir d'exemple, sans qu'il puisse demander son renvoi devant les juges de son pays ; la qualité d'étranger ne pouvant fournir un moyen d'incompétence, parce que les étrangers venant en France sont sujets aux lois du Royaume et, pour la transgression, en doivent subir la peine qui n'a été ordonnée que pour la conservation de ceux qui vivent sous les lois, régnicoles ou étrangers¹⁵⁷⁷.

[Jousse] 30. Les étrangers qui commettent des délits en France peuvent y être poursuivis criminellement et punis pour raison de ces mêmes crimes (d'Argentré, L. 3, D. *de officio praesidis*) [= loi Praeses provinciae, D. 1.18.3.], ce qui résulte aussi de la disposition de l'article 1 du titre 1 de l'Ordonnance de 1670. En effet, les étrangers venant en France sont sujets aux lois du Royaume ; et, quand ils violent ces lois, ils doivent subir la peine qui a été établie pour leur conservation¹⁵⁷⁸.

En reprenant l'idée que l'étranger est – sans qu'il soit porté atteinte à sa condition civile – considéré comme un « sujet des lois du Royaume » *ratione delicti commissi* sur le territoire, les deux criminalistes s'inscrivent dans la continuité d'une tradition qui remonte aux canonistes du XIII^e siècle, mais, réfléchissant désormais à l'intérieur du cadre séculier qui est celui de l'Etat moderne, ils n'en dépouillent pas moins la solution classique de toute la combinatoire qu'ont, longtemps, fait peser sur elle les droits supranationaux : toute référence au *jus commune*, encore présente chez un Dumoulin et, même, au XVIII^e siècle, chez Bouhier, est ici évacuée au profit de la reconnaissance

¹⁵⁷⁵ François DE BOUTARIC, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV sur les matières criminelles*, Toulouse, 1743, titre premier, article premier, p. 4. La loi *Praeses provinciae* (D. 1.18.3.), que cite Boutaric sous forme abrégée, dispose que le gouverneur de la province n'exerce son *imperium* que sur les habitants de sa province, et cela tant qu'il se trouve à l'intérieur des frontières de la province ; s'il les franchit, il devient un simple *privatus*. Et d'ajouter : « Le gouverneur provincial a cependant, quelquefois, l'*imperium* sur les étrangers, s'ils ont commis quoi que ce soit qui tombe sous le coup de leur pouvoir, car il est précisé dans les mandats impériaux que « c'est à celui qui gouverne la province qu'il appartient d'en purger ceux qui agissent mal », sans distinguer selon leurs origines ».

¹⁵⁷⁶ Ainsi, Philippe de Bornier, dans la « conférence » qu'il consacre à l'ordonnance criminelle, quelques années après la promulgation de celle-ci, prend le parti inverse, considérant que le texte royal ne s'adresse qu'aux seuls sujets du roi et que les criminels étrangers ne sont assujettis à la loi française que pour autant qu'ils ont été arrêtés sur le sol français : « Il faut entendre pourtant l'article de cette ordonnance pour le regard des accusés qui sont sujets du Roi ; car, pour le regard des criminels étrangers, ils doivent être jugés et punis au lieu où ils sont trouvés, sans les renvoyer aux pays de la domination d'un autre seigneur, où ils demeuraient lorsqu'ils ont commis le crime » (Philippe DE BORNIER, *Conférences des ordonnances de Louis XIV avec les anciennes ordonnances, le droit écrit et les arrests*, Paris, 1755, tome second, Ordonnance criminelle, titre premier, article premier, p. 5).

¹⁵⁷⁷ Guy DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Traité des matières criminelles suivant l'ordonnance du mois d'août 1670*, Paris, 1751, tome 1^{er}, n°34, pp. 154-155.

¹⁵⁷⁸ Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771, tome 1^{er}, IIe partie, titre II, section IV, n°30, p. 422.

de l'autorité incontestée de la loi française, en tant que loi d'ordre public. Or, l'attachement qu'ils manifestent envers l'application inconditionnelle de la loi française, en tant que loi du lieu du délit, afin de réparer l'injure faite aux lois prises « pour la conservation de ceux qui vivent » sous leur empire, justifie qu'ils ne cherchent pas à l'assortir du tempérament, tout aussi classique, que peut constituer l'excuse d'ignorance. Ils ne tiennent pas davantage compte des circonstances qui pourraient éventuellement être alléguées pour atténuer la responsabilité de l'étranger (ainsi, la durée effective du séjour sur le territoire, lorsque l'étranger n'est que de passage, et le temps qui peut lui être nécessaire pour s'informer des dispositions pénales en vigueur). Par le caractère absolu qu'ils assignent au principe, ils ne font, en somme, que paver la voie à la loi de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er}.

Le principe ainsi inféré par les criminalistes de l'ordonnance de 1670 et, plus encore, du legs commun laissé par leurs prédécesseurs est, par la suite, repris par les auteurs de répertoires et de dictionnaires, lorsqu'ils abordent, incidemment, la question de la condition de l'étranger au regard du droit criminel du Royaume. Seul Denisart, dans la huitième édition de sa *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, à l'entrée « Etranger », tente d'apporter une nuance plus conciliante à l'égard de l'étranger par rapport à la rigueur du principe, qu'il soutient néanmoins ardemment :

§ II. *Admission des étrangers dans le royaume : lois qu'ils doivent suivre.*

3. Une condition naturellement imposée aux étrangers qui séjournent ou résident dans le royaume est de se conformer aux lois qui y sont reçues : *Jus belli ac pacis*, liv. 2, chap. 2, § 5¹⁵⁷⁹.

4. De cette subordination de l'étranger aux lois du pays où il se trouve actuellement, il résulte qu'il est soumis aux peines attachées à leur infraction. Son séjour, même passager, produit, au moins momentanément, une espèce d'affiliation aux membres de l'Etat, qui le rend responsable de tous les délits qu'il peut commettre, non seulement contre les lois générales, mais aussi contre les règlements de police particuliers au lieu où il se trouve.

Il faut observer, cependant, qu'il est de la prudence des juges de tempérer les peines selon les circonstances. Un délit commis contre les préceptes du droit naturel ou du droit des gens doit être puni plus sévèrement que la contravention à une loi positive de police. Les premiers doivent être connus de tous les hommes, au lieu que l'étranger a pu ignorer la loi positive¹⁵⁸⁰.

L'auteur de l'article « Etranger », manifestement influencé par les écrits de Grotius, justifie la soumission de l'étranger délinquant aux lois pénales du territoire sur lequel il se trouve par le lien de sujétion temporaire qu'il noue avec l'Etat au moment de poser le pied sur le sol de ce dernier et qui étend à son encontre les obligations dont les nationaux sont tenus.

L'une des conséquences qu'emporte la sujétion temporaire de l'étranger est que la durée du séjour, que celui-ci soit passager ou qu'il se prolonge dans le temps, est indifférente au regard de sa condition de prévenu. Or, la soumission tacite de l'étranger aux lois pénales du lieu, ou sujétion

¹⁵⁷⁹ HUGO DE GROOT (GROTIUS), *Le droit de la guerre et de la paix*, livre deuxième, chapitre deuxième, § V, n°1 (édition de Paris, 1999, p. 184), traduction Paul Pradier-Fodéré : partant d'une disposition de police, à savoir la défense de s'emparer des bêtes sauvages édictée par « celui à qui appartient la juridiction des terres et des eaux », Grotius ajoute que : « cette défense oblige même les étrangers (voyez les docteurs sur la *l. Cunctos populos*, au Code, *De summ. Trinit.* ; Innocent et Panormit., sur le can. *A nobis. De sent. excomm.*). La raison en est qu'il y a nécessité morale pour le gouvernement d'un peuple, que ceux qui se mêlent à ce peuple, ne fût-ce que temporairement – ce qui a lieu lorsqu'on met le pied sur un territoire –, se conforment aux institutions de ce peuple ».

¹⁵⁸⁰ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 8^e édition, Paris, 1789, tome huitième, v° « Etrangers » par M^e Mascrey-de-la-Haye. Comparer avec l'article « Etrangers » de l'édition de 1777, tome deuxième, p. 258, au n°3 : « Tous les étrangers sont sujets aux lois du Royaume pendant qu'ils sont en France ; et, s'ils commettent des crimes, ils sont punis de la même manière et des mêmes peines que les sujets du roi ».

temporaire, loin d'être une idée nouvelle, était, déjà, l'une des justifications traditionnelles qu'avançaient la doctrine italienne et Dumoulin pour étayer leurs prises de position en faveur de la double compétence entre *forum* et *statutum loci delicti*¹⁵⁸¹. Mais elle n'est pas la seule raison qui explique que la double compétence territoriale garde une faveur inchangée auprès des juges et des commentateurs. En effet, ces derniers sont, avant tout, sensibles aux avantages pratiques qu'apporte une telle solution, tant en ce qui concerne l'instruction qu'en ce qui a trait à la condamnation, du point de la réparation du préjudice et de l'exemplarité de la peine : le raisonnement *ab effectu* fait pencher la balance en faveur des considérations tenant à l'exécution de la sentence et à l'ordre public territorial¹⁵⁸².

Sans, pour autant, renouer totalement avec l'esprit de bienveillance dont faisaient preuve les auteurs anciens, l'auteur de l'article « Etranger » semble, toutefois, sensible à la sévérité du principe et en appelle à la prudence des juges dont l'arbitrage peut seul mitiger l'application inconditionnelle de la loi et adapter la sentence aux circonstances favorables au prévenu étranger. D'où la distinction entre les « lois positives de police », qui renvoient, ici, aux règlements administratifs édictés par les autorités publics, au sens où le terme « police » est le plus communément entendu au XVIII^e siècle, et les « lois générales », qui ne sont autres que les futures lois de sûreté de l'article 3 du Code civil. Même si, à la même époque, la doctrine internationaliste, en les personnes de Bouhier et de Boullenois, découvre la notion de « loi de police » au prisme du conflit de lois et même si la jurisprudence civile des Parlements a révélé des mécanismes similaires à travers ses arrêts, les lois auxquelles il est fait ici référence sont bien des normes de droit administratif : or, l'auteur de l'article « Denisart » prend encore le soin, en 1789, date de la huitième édition, de faire une distinction que, formellement et symboliquement, l'alinéa 1^{er} de l'article 3 se chargera de balayer en 1804. La rigueur et l'absoluité inhérentes aux lois pénales de France à l'égard de l'étranger s'étendent alors, d'autorité, aux lois et règlements de droit public.

Derrière les affirmations catégoriques de la doctrine, la jurisprudence ne semble guère avoir eu l'opportunité d'apporter sa sanction à la question soulevée par l'application de la loi française à l'étranger ayant commis un délit en France. Le seul auteur qui prenne la peine d'invoquer un arrêt de principe, Du Rousseau de La Combe, fait état d'une seule et même décision, rendue par le Parlement de Paris en 1731. Il l'invoque précisément pour illustrer la règle qu'il vient de poser :

Nous avons sur cela plusieurs exemples de notre Jurisprudence ; c'est sur ce principe qu'en 1731, on a fait le procès extraordinaire au Châtelet de Paris à un Hollandais, comme complice d'un crime capital commis par son ordre par son valet en France ; et, par arrêt du Parlement intervenu sur l'appel de la sentence, ce valet a été condamné à la roue et exécuté, et son maître à la même peine, mais par contumace¹⁵⁸³.

A l'autorité de ce premier arrêt, il convient d'en ajouter un second, plus ancien, qui démontre que les Parlements ont, depuis longtemps, entendu lier compétence judiciaire et compétence législative. Cet arrêt *Adbémar* du Parlement de Grenoble, à la date incertaine,

¹⁵⁸¹ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, p. 243, rappelle que, déjà, au XVI^e siècle, Charles Dumoulin (voir aussi *eod. op.*, pp. 193-196) et Pierre Ayrault justifiaient la soumission de l'étranger à la loi pénale par l'idée de consentement tacite. Sur la théorie de la sujétion tacite de l'étranger *ratione delicti* chez Dumoulin, voir, *supra*, pp. 121-125, spéc. p. 123.

¹⁵⁸² Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, *eod. loc.*

¹⁵⁸³ Guy DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Traité des matières criminelles suivant l'ordonnance du mois d'août 1670*, Paris, 1751, tome 1^{er}, n°34, p. 155.

assurément antérieur à 1477, et sans doute entre 1440 et 1471, est rapporté par Guy Pape, qui fut appelé à se prononcer, avec ses pairs, sur le litige en question¹⁵⁸⁴ :

Ainsi, le lieu où un crime a été commis règle la juridiction. Baudon Adhémar ayant été accusé par le seigneur de la terre de Sault d'avoir fait commettre, par l'ordre qu'il en avait donné, une action punissable ; le Parlement en renvoya la connaissance aux Juges de Provence, quoique cet accusé habitât en Dauphiné ; et ce fut par cette seule raison que le crime avait été commis dans la Provence : l'obligation qui produisait l'action y était née et y avait été contractée¹⁵⁸⁵.

Le raisonnement de Guy Pape, repris par Nicolas Chorier, tend à assimiler l'obligation née du contrat (rattachée au lieu où celui-ci s'est formé) à l'obligation consécutive au délit (rattachée au lieu où celui-ci a été commis), par un raisonnement que n'auraient pas renié les auteurs médiévaux¹⁵⁸⁶ : l'idée que l'étranger, fût-il de passage sur un territoire, s'oblige à l'égard des autorités législatrices et judiciaires du lieu à raison des actes qu'il passe ou des faits qu'il commet porte, déjà, en germe celle qui tend à considérer que cette soumission tacite, et présumée volontaire, n'est qu'une marque de sujétion envers l'Etat qui l'a accueilli.

2) La rencontre de la souveraineté personnelle et de la souveraineté territoriale en matière pénale : la *lex loci deprehensionis*.

L'étranger délinquant n'est pas uniquement amené à se soumettre à l'autorité de la loi française à raison du délit qu'il a commis sur le territoire du Royaume ; il peut également être appelé à répondre de ses actes s'il est arrêté sur le sol français pour un délit qu'il a commis à l'extérieur des frontières. Pour éviter qu'aucun cas n'échappe à sa connaissance, la justice royale a doublé sa souveraineté territoriale d'une souveraineté personnelle qui enveloppe de sa protection les Français victimes d'un délit commis à l'étranger, soit par un compatriote, soit par un étranger. Or, ce dernier cas, qui seul nous intéresse présentement, a contraint les juges à décider s'il y a lieu d'appliquer la loi pénale française à un étranger qui a commis son forfait en dehors des frontières.

¹⁵⁸⁴ Guy PAPE, *Decisiones Guidonis Papae, jurisconsultissimi, consilii regii in Senatu Gratianopolitano*, Lyon, 1607, *Quaestio CIII*, « De loco commissi delicti », pp. 219-220 : dans cette question, Guy Pape résume le débat qui s'était engagé au Parlement de Dauphiné, et auquel il a personnellement participé, sur la *remissio* qu'il convenait d'accorder ou de refuser aux autorités provençales au sujet de Baudon Adhémar, ressortissant du Dauphiné, et accusé d'avoir ordonné un crime qui fut mis à exécution en Provence. Fallait-il, pour décider du tribunal compétent, préférer le lieu du délit au lieu du domicile de l'instigateur ? Le conseiller et jurisconsulte reconnaît que, lors du procès entre Baudon Adhémar et le seigneur de Sault devant le Parlement de Dauphiné, « cette question ne fut pas tranchée, quoique nous en eussions débattu en chambre du conseil » (*haec quaestio non fuit decisa, licet inter nos in Camera Consilii fuerit altercandum*). Or, Guy Pape ayant été conseiller delphinal entre 1440 et 1471, date de sa destitution par Louis XI, l'arrêt se situe nécessairement dans cet intervalle. Sur cet auteur, voir Gérard GIORDANENGO, « PAPE (*Papa* ou *Pape*) Gui », *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 791-792.

¹⁵⁸⁵ Nicolas CHORIER, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 2^e édition, Grenoble, 1769, livre II, section VII, article VII, « Des chemins publics, rivières : lieu du crime », pp. 98-99. Relevons, également, qu'à l'époque, si le Dauphiné, après avoir longtemps joui d'une large autonomie, était, depuis peu, rattaché au Royaume de France, la Provence était encore une principauté indépendante gouvernée par le « Bon Roi René » 1^{er} d'Anjou. La dimension internationale du conflit ne doit donc être nullement sous-estimée.

¹⁵⁸⁶ Nicolas CHORIER, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 2^e édition, Grenoble, 1769, livre IV, section VIII, article I, « Du crime de lèse-majesté », p. 260 : « Les crimes sont comparés aux contrats : ils en sont même une espèce, puisque, par eux, on oblige sa personne, son honneur et ses biens à tous les ressentiments de la justice offensée ». Ce faisant, Guy Pape ne fait que reprendre l'assimilation entre contrats et délits qu'opéraient déjà certains de ses prédécesseurs italiens, comme Dino da Mugello, Jacopo dell'Arena, Alberto Gandino ou Alberico da Rosate : sur cette opinion, appuyée, entre autres, sur la loi *Qui cum alio*, voir, *supra*, les textes de Cino da Pistoia, p. 73, et de Alberico da Rosate, p. 76, et note 138.

En prenant appui sur la jurisprudence des Parlements, les auteurs acceptent de soumettre l'étranger à la loi française à condition de distinguer selon les situations. Les criminalistes, en particulier, construisent leur réponse de la même manière, comme en témoignent Boutaric et du Rousseau de La Combe :

[Boutaric] Mais la difficulté est de savoir comment et de quelle manière il en doit être usé à l'égard d'un étranger surpris et arrêté en France, pour raison d'un délit commis hors du Royaume. Sur cette question, on distingue : ou le délit a été commis par l'étranger contre un naturel français, ou il a été commis contre un étranger. Dans le premier cas, il a été jugé que le délit pouvait et devait être puni en France. Les arrêts en sont rapportés par Mornac au titre du Code *Ubi de Criminibus agit oporteat*, sur l'Authentique *Qua in provincia*¹⁵⁸⁷.

[Du Rousseau de La Combe] ...Pour juger la question de savoir si l'étranger peut être puni au lieu où il est trouvé, on examine la qualité de celui qui a fait l'injure et la qualité de celui qui l'a reçue, c'est-à-dire si l'accusateur est français et l'accusé étranger, ou si l'accusé et l'accusateur sont tous deux étrangers. Si l'accusé est français, il ne peut décliner ses juges naturels, et, conséquemment, l'étranger est bien fondé d'en demander la réparation, quoique le délit ait été commis hors du Royaume. Il en est de même si l'accusé est étranger, et l'offensé français ; quoique le fait soit arrivé en pays étranger : ainsi qu'il a été jugé contre un Italien trouvé en France, accusé d'avoir tué à Boulogne [*Bologne*] en Italie un gentilhomme français, qui était logé en sa maison ; cet arrêt [du Parlement de Paris du 18 mai 1577] est rapporté par Ayrault, livre premier de *l'Ordre judiciaire*, article 4, nombre 8¹⁵⁸⁸.

Jousse, pour sa part, abonde dans le sens de Boutaric et de du Rousseau de La Combe, mais en se montrant beaucoup plus prudent que ses pairs et en usant de multiples distinctions qui sont autant de précautions d'usage :

31. 2^o Dans le cas où un étranger a commis un délit contre un Français dans un pays étranger, pour savoir si cet étranger peut être poursuivi en France pour raison de ce délit, il faut faire, avant tout, une distinction importante, savoir si l'accusé est trouvé en France ou non.

Dans le premier cas où l'accusé est trouvé en France, il faut encore distinguer s'il est venu établir son domicile dans [*le*] Royaume [*de France*] ; ou s'il s'y est réfugié ; ou, enfin, s'il n'y est trouvé qu'en passant. [*Jousse répond positivement aux deux premiers cas de figure, puis aborde le troisième*]

32. ...Mais, si cet étranger est venu dans le Royaume seulement en passant, et pour ses affaires, alors, il y a plus de difficulté de savoir s'il peut être poursuivi pour raison du délit par lui commis en pays étranger, par-devant le juge du lieu où il est trouvé.

33. On peut dire pour l'affirmative de cette question : 1^o que l'accusé, ayant quitté son pays pour venir sur les terres de celui dont il a offensé les sujets, s'est obligé par là d'y rendre compte de ses actions et a renoncé au privilège de n'avoir pour juge que ceux du Royaume dont il s'est sauvé ; 2^o que la capture faite en France de l'accusé donne aux juges de ce Royaume le droit de le juger. C'est ainsi que s'en explique M. Talon dans un arrêt du 14 août 1632, rapporté par Bardet, *tom. 2, liv. 1*,

¹⁵⁸⁷ François DE BOUTARIC, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV sur les matières criminelles*, Toulouse, 1743, p. 5. Le célèbre arrêt de 1577 a été abondamment rapporté et commenté : voir Pierre AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, Lyon, 1642, livre I, article IV, n^o10-12, pp. 49-54 (Ayrault était le lieutenant criminel au présidial d'Angers qui a rendu la sentence qui fut réformée par l'arrêt du Parlement de Paris) ; Antoine MORNAC, *Antonii Mornacii in Senatu paris. patroni Observationes in quatuor priores libros Codicis*, Paris, 1654, Cod. III, tit. XV, Aut. *Qua in provincia*, pp. 305-306 ; Claude EXPILLY, *Plaidoyez de M. Claude Expilly, conseiller du Roy en son Conseil d'Etat et son advocat général au Parlement de Grenoble*, 5^e édition, Lyon, 1631, vingt-quatrième plaidoyer, p. 149 ; Philippe DE BORNIER, *Conférences des ordonnances de Louis XIV avec les anciennes ordonnances, le droit écrit et les arrêts*, Paris, 1755, tome second, Ordonnance criminelle, titre premier, article premier, p. 5. Pour une lecture plus moderne de cet arrêt, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 233-235.

¹⁵⁸⁸ Guy DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Traité des matières criminelles suivant l'ordonnance du mois d'août 1670*, Paris, 1751, tome 1^{er}, n^o34, pp. 154-155.

chap. 42. *Ita etiam* Mornac sur l'authentique *Qua in provincia*, Cod. *Ubi de crim. agi oport.*, où il rapporte un arrêt du Parlement du 18 mai 1577, qui l'a ainsi jugé, à l'occasion de l'appel d'une sentence de condamnation rendue contre un Italien qui avait tué un gentilhomme français à Boulogne [*Bologne*] en Italie¹⁵⁸⁹.

Il résulte des deux arrêts sur lesquels se fondent les auteurs que le juge et la loi du Royaume ont vocation à s'appliquer à l'étranger qui, ayant commis son crime à l'étranger, est appréhendé sur le sol français, soit qu'il s'y soit établi, soit qu'il s'y soit réfugié, soit qu'il n'y soit que de passage. Dans l'arrêt du 18 mai 1577, l'arrestation n'est qu'un facteur déclencheur parmi d'autres : en effet, la solution s'explique surtout par la nationalité française de la victime. En ce cas, la souveraineté personnelle (celle qui étend son empire sur le Français à l'étranger, auteur ou victime) qui vient au renfort de la souveraineté territoriale, en permettant les juges français de connaître de l'assassinat commis par un Italien sur la personne d'un Français en Italie. Toute atteinte portée à un sujet du Roi de France est une atteinte portée directement au Roi lui-même. Dans l'arrêt du 24 août 1632, l'arrestation du délinquant étranger sur le territoire est décisive : puisqu'il n'y a aucune sujétion au Royaume de France du chef de l'accusateur, ni du chef de l'accusé, l'exigence de justice autorise les magistrats royaux à entendre la plainte de l'épouse de la victime qui demande réparation du crime commis par un compatriote dans leur pays. Cette faculté se limite à la seule procédure accusatoire, parce que, ainsi que le précise l'avocat général Omer Talon, la souveraineté du Roi de France ne se trouve point blessée ordinairement par un tel crime. Mais il faut impérativement relever que, dans ce dernier cas, celui du délit commis par un étranger à l'étranger, la solution est loin d'être systématique et qu'elle s'avère, en réalité, des plus incertaines : la compétence exceptionnelle du *judex* et de la *lex loci deprehensionis* ne devrait-elle pas, en toute bonne logique, s'effacer devant la compétence de principe ? Les arrêts qui nous sont rapportés montrent une jurisprudence divisée sur cette question et la doctrine tente, tant bien que mal, de justifier ces divergences¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁹ Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771, tome 1^{er}, II^e partie, titre II, section IV, n°31-33, pp. 422-423. Mais Jousse semble, ensuite, plus sensible aux arguments de Ayrault, qui, commentant la solution de l'arrêt de 1577, qu'il désapprouvait, avait tenté d'en minorer la portée en l'expliquant par les circonstances de la cause. Malgré l'autorité de Talon, le juriconsulte orléanais semble, lui aussi, réticent à fonder la compétence des juridictions françaises sur la seule nationalité de la victime.

Sur l'arrêt *Rousseauville* du 24 août 1632, voir, *supra*, note 1574 et les références.

¹⁵⁹⁰ Sur cette disparité de jurisprudence au sujet des crimes de l'étranger commis à l'étranger, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 364-367 et Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines jurisprudentielles, op. cit.*, pp. 12-14, qui s'appuient sur les deux arrêts contradictoires qui sont communément discutés par les juriconsultes ayant traité de la question (dont Boutaric, du Rousseau de La Combe et Jousse) : l'arrêt *Isaac* du Parlement de Paris, en date du 13 janvier 1371 et l'arrêt *Surle* du Parlement d'Aix du 19 janvier 1672. Si, dans le second, le Parlement d'Aix renvoie, sans surprise, victime et prévenu, tous deux génois, devant les juges de Gênes, en vertu de la règle de conflit donnant compétence au *forum loci delicti*, la juridiction parisienne condamne, dans le premier arrêt, deux Siennois aux galères pour avoir volé un Arménien à Venise. Mais la décision s'explique, ainsi que le remarquent Boutaric et Jousse, par le fait que le vol est un délit successif, qui, en l'espèce, est prolongé en France par l'exposition des objets volés dans une boutique parisienne. Le rattachement à la France est ainsi justifié et les deux Siennois sont donc justiciables devant les tribunaux français et passibles de la peine fixée par la loi française. Sur l'arrêt *Isaac*, qui peut être cité, en ce cas, comme une illustration supplémentaire de la double compétence *forum/lex loci delicti* à l'égard d'un étranger, voir Jean DU FRESNE, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, 1757, t. 2 (1660-1674, par François JAMET DE LA GUESSIERE), liv. X, ch. 19, pp. 828-829 et Claude BLONDEAU et Gabriel GUERET, *Journal du Palais, ou Recueil des principales décisions de tous les Parlements et Cours souveraines de France*, Paris, 1672, tome 1^{er}, pp. 75-84 (avec texte de l'arrêt aux pp. 82-84).

Voir aussi l'attitude des juridictions françaises à l'égard des crimes de l'étranger commis à l'étranger à la fin du XVIII^e siècle, notamment à propos de l'affaire criminelle *Beresford*, tranchée par le Parlement de Paris du 25 mars 1782 : sur cette affaire, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction, op. cit.*, pp. 384-385 et Joseph HUDAULT, « Une affaire de droit international privé devant les juridictions de Flandre, L'affaire Beresford (1781) », *Revue du Nord*, tome LIV, n°213, avril-juin 1972, pp. 203-211.

Il n'en demeure pas moins que, à la lecture de ces deux arrêts, les juges français et la loi française peuvent connaître du délit perpétré par un étranger à l'étranger, soit à l'encontre d'un Français, soit, de manière beaucoup plus aléatoire, à l'encontre d'un étranger, à chaque fois que le prévenu est arrêté sur le sol français. La présence sur le territoire semble appeler presque naturellement l'application de la loi française en tant que « loi de sûreté ». De fait, les bienfaits de la justice royale, si l'on en croit Omer Talon, sont tout à fait disposés à s'épandre sur cet étranger dès lors que la souveraineté, territoriale comme personnelle, et l'équité le requièrent.

3) Le statut pénal contraire au droit commun chez Bouhier : la confiscation des biens du condamné.

A l'image de Louis Boullenois, avant lui, qui s'était exprimé sur ce sujet dans la sixième de ses *Questions sur les démissions de biens*, le président Bouhier range, dans le chapitre XXXIV de ses *Observations*, qui porte sur la réalité des lois pénales, les statuts relatifs à la confiscation des biens du condamné parmi les statuts réels exorbitants et, comme l'avocat parisien, il en souligne le caractère profondément odieux¹⁵⁹¹. Or, dans la France de l'Ancien Droit, la confiscation, bien loin d'être admise par toutes les coutumes du Royaume, est même jugée contraire aux principes du droit commun et cela se vérifie particulièrement dans les provinces du midi de la France, qui ne la tolèrent que dans un cas exceptionnellement grave : en cas de crime de lèse-majesté.

C'est en raison de l'hostilité que lui marque le droit romain que Bouhier entend réagir contre l'opinion qui lui semble trop couramment répandue, selon laquelle la confiscation consécutive à une condamnation à la peine capitale a vocation à s'étendre à l'ensemble des biens possédés par le condamné, en quelque endroit que ces biens se trouvent, y compris dans les coutumes qui n'autorisent pas les confiscations. L'extraterritorialité supposée de la sentence de confiscation lui semble contraire au principe de réalité des lois pénales, qui doit être interprété de la manière la plus stricte. Or, le courant de pensée favorable à l'extraterritorialité trouve sa consécration dans l'article 183 de la coutume de Paris et dans la maxime d'Antoine Loisel qui en est directement issue : *qui confisque le corps confisque les biens*, mais surtout trouve un ardent défenseur dans la personne de Charles Dumoulin¹⁵⁹². C'est ce courant de pensée que Bouhier entreprend de combattre, conformément à son inclination naturelle qui l'incite à combattre l'influence trop grande de la coutume de Paris et à lutter pour soutenir l'autorité déclinante du droit commun. Ainsi, s'il estime que le sort des meubles ne suscite aucune difficulté¹⁵⁹³, il réfute, en revanche, l'idée qu'il puisse y avoir une extension d'une décision aussi « odieuse » à la confiscation des immeubles situés dans une coutume qui ignore ou interdit la confiscation. Selon cette manière de voir, la réalité du statut pénal rejoint, alors, pour mieux se confondre avec, la réalité du statut réel immobilier.

¹⁵⁹¹ Sur la doctrine de Jean Bouhier sur la réalité des statuts pénaux, lorsqu'ils sont exorbitants du droit commun (c'est-à-dire du droit romain), voir, *supra*, pp. 401-420, spéc. pp. 408-421.

Sur la doctrine de Louis Boullenois en matière confiscation, voir, *supra*, pp. 504-507, où est développée la question de l'évolution du droit de la confiscation.

¹⁵⁹² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°18-20 et 23, pp. 811-812.

¹⁵⁹³ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°18, *in fine*, p. 811 : « A l'égard des meubles, comme ils sont tous réputés, par fiction, suivre partout la personne du propriétaire, il n'est pas douteux que, quand sa personne est confisquée, tous ses meubles ne le soient aussi ». L'affirmation de Bouhier s'accorde avec la tradition reçue en droit bourguignon, mais la règle a évolué en droit français pour soumettre la confiscation des meubles à la loi du lieu de leur situation au profit du seigneur du lieu, tout comme pour les immeubles : voir, *infra*, la solution dominante relayée par Louis Boullenois, pp. 504-507.

Dans un premier temps, le président Bouhier a recours au droit commun pour démontrer que Dumoulin « s'équivoque » en décidant que la confiscation puisse avoir lieu sur l'ensemble des biens du condamné, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elle trouve son fondement dans le droit commun ou dans un statut (ou coutume) particulier. Le magistrat bourguignon oppose à cela l'autorité du droit romain, comme droit commun du Royaume : celui-ci a toujours refusé, même lorsqu'il la tolérait dans les cas de lèse-majesté, que la confiscation puisse avoir un effet aussi exorbitant que celui d'exclure les héritiers de la succession aux biens du condamné, comme le suppose Dumoulin. Il fait valoir que la position de ce dernier, si elle venait à être suivie, se heurterait à une fin de non-recevoir farouche de la part des « provinces où ce même Droit est encore en vigueur »¹⁵⁹⁴.

Dans un second temps, après avoir réfuté les arguments de la partie adverse, Bouhier estime qu'il doit exposer ses propres vues, qu'il tient pour le seul droit positif dans le Royaume et dans les autres Etats :

[XXXIV]. XXI. Tenons-nous-en donc, sur cela, à une distinction qui me paraît aujourd'hui universellement reçue¹⁵⁹⁵. Si celui qui est condamné dans une coutume de confiscation a des immeubles situés dans une coutume pareille, en ce cas, ils seront confisqués au profit des seigneurs des lieux où ils seront assis ; que si, au contraire, il a des immeubles dans une coutume où la confiscation n'est pas reçue, ils doivent appartenir à ses héritiers naturels¹⁵⁹⁶. Telle est la jurisprudence constante des Parlements¹⁵⁹⁷ ; et je me souviens d'avoir vu plusieurs arrêts du nôtre, entr'autres, un du dernier janvier 1566, où, en prononçant une pareille confiscation, il ajouta, pour plus grande précaution, qu'elle aurait lieu au profit de qui il appartiendrait, aux pays où confiscation a lieu.

XXII. Il en doit être de même du cas où un particulier, domicilié en un pays de confiscation, ayant commis un crime dans une coutume contraire, y est condamné au dernier supplice ; car cette condamnation n'emporte point confiscation de ses biens, suivant nos auteurs¹⁵⁹⁸, par la raison que les lois pénales doivent être restreintes le plus qu'il est possible¹⁵⁹⁹. Cette question fut autrefois

¹⁵⁹⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitre XXXIV, n°20, p. 812.

¹⁵⁹⁵ Giulio CLARO [Julius Clarus], *Sententiae, Practica criminalis*, livre V, § *finalis, quaestio* LXXVIII, n°27, in *Receptarum sententiarum opera omnia*, Genève, 1625, p. 237 ; Barthélémy de CHASSENEUZ, *Commentarii in consuetudines Ducatus Burgundiae*, Lyon, 1574, *Rubrica II*, § 1 « Qui confisque le corps, il confisque les biens », aux termes « Et appartient la confiscation », n°18, pp. 372-374 ; Paul VOET, *De statutis*, op. cit., section XI, chapitre 2, n°3 ; Guy COQUILLE, *Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes de France*, question XI, in *Les œuvres de Maître Guy Coquille*, Bordeaux, 1703, tome II, pp. 135-136 ; Paul CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, p. 309 ; Louis BOULLENOIS, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727, sixième question, pp. 127-128 (voir, *infra*, pp. 504-508) ; Nicolas DE BOURGOGNE, *Ad consuetudines Flandriae*, traité X, in *Nicolai Burgundii de jure opera omnia*, Bruxelles, 1709, pp. 54-58.

¹⁵⁹⁶ *Addition de Jean Bouhier* : « C'est l'avis de Dumoulin, sur l'ancienne coutume d'Orléans, § 254 ». Voir Charles DUMOULIN, *Omnia quae extant opera*, tome II, Paris, 1681, sur le chapitre XIV, article 254, p. 722.

¹⁵⁹⁷ Louis Charondas LE CARON, *Réponses ou décisions du droit François, confirmées par arrêts des Cours souveraines de France*, livre V, réponse XXXVI, p. 165, et livre IX, réponse 51, pp. 455-456, in *Œuvres de M^e Louis Charondas Le Caron*, tome II, Paris 1637 ; Julien BRODEAU sur Georges LOUET, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnez en la cour de Parlement de Paris*, Paris, 1742 (t. 2, lettres L à V.), lettre R, « Rentes constituées », sommaire XXXI [spéc. n°10-11, pp. 543-544] ; Géraud de MAYNARD, *Notables et singulières questions du droit écrit*, 3^e édition, tome 2^e, Paris, 1608, livre VIII, chapitre LXXXVI, pp. 869-871 ; Bernard de LA ROCHE-FLAVIN, *Arrêts notables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1745, livre VI, titre XXIII, arrêt I, p. 401 ; Bernard DURAND, *Instituts au droit coutumier du duché de Bourgogne*, Dijon, 1735, titre IX « Des mainmortes », article XV, pp. 259-260.

¹⁵⁹⁸ Barthélémy de CHASSENEUZ, *Commentarii in consuetudines Ducatus Burgundiae*, op. cit., eod. loc., n°35, p. 377 ; Louis Charondas LE CARON, *Réponses ou décisions du droit François*, op. cit., eod. loc. ; Paul CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, p. 310.

¹⁵⁹⁹ *Addition de Jean Bouhier* : « Voir aussi Basnage, sur Normandie, tome 1^{er}, § 143, p. 218 » : Henri BASNAGE, *Commentaires sur la coutume de Normandie*, article CXLIII, in *Œuvres de Maître Henri Basnage*, 4^e édition, 1778, t. 1^{er}, p. 239.

jugée, sur ces principes, par un arrêt solennel de notre Parlement, donné à l'audience criminelle du 23 Janvier 1580, au sujet d'un Bourguignon qui avait été condamné à mort en Berry, sans que le juge eût prononcé la confiscation de ses biens. Cet arrêt est rapporté par les commentateurs de notre coutume^{1600,1601}

Pour comprendre le régime juridique applicable à la confiscation selon Bouhier, il faut raisonner en envisageant la loi applicable à la décision de confiscation, d'une part, et le sort des biens immobiliers qui peuvent faire l'objet, ou non, de l'exécution de ladite décision, d'autre part.

La coutume applicable à la confiscation est celle du lieu où siège le tribunal qui prononce la sentence de confiscation, lieu qui coïncide, le plus souvent, avec le lieu de commission du délit, en vertu de la règle de compétence juridictionnelle énoncée par l'article premier du titre premier de l'ordonnance criminelle de 1670 : « La connaissance des crimes appartiendra aux juges des lieux où ils ont été commis ». Il s'en déduit logiquement, comme l'atteste le paragraphe XXII, que la confiscation ne peut être prononcée que si la coutume du lieu du délit elle-même prévoit cette peine. *A fortiori*, si la coutume du lieu du délit ignore cette peine, le juge n'est pas en droit de prononcer une telle sanction. Le juge bourguignon peut ainsi prononcer la confiscation à l'égard d'un Berrichon, parce que sa coutume l'y autorise ; *a contrario*, le Parlement de Dijon, dans l'arrêt du 23 janvier 1580, approuve le juge berrichon de ne pas avoir assorti la peine capitale qu'il a prononcée à l'égard du Bourguignon d'une quelconque sentence de confiscation, puisque la coutume de Berry ne connaît pas ce type de peine. Comme le résume Bouhier lui-même un peu plus loin, aux paragraphes XXV et XXVI, « dans les pays où la confiscation n'a pas lieu, le juge n'est pas en droit de la prononcer, et, s'il le fait, on peut dire qu'il excède son pouvoir », en vertu d'une règle bien connue et issue du droit romain : la loi *Extra territorium*¹⁶⁰².

La *summa divisio* entre coutume de confiscation et coutume de non-confiscation, qui rappelle opportunément que la pratique n'est pas admise unanimement dans l'ensemble du Royaume, a une incidence directe sur la détermination des immeubles qui peuvent faire l'objet de la confiscation. Ainsi que le démontre le paragraphe XXI, la sentence de confiscation ne peut, logiquement, prétendre trouver son exécution que sur les biens situés à l'intérieur d'une coutume qui, elle-même, admet la confiscation. Si la coutume où l'exécution est demandée coïncide avec la coutume du lieu du délit (et du jugement de confiscation), alors, l'application extraterritoriale de la sentence s'opère sans difficultés, et ce avec d'autant moins de difficultés que le juge du lieu d'exécution n'est pas considéré comme obéissant à l'injonction de son homologue, mais comme offrant son concours pour l'utilité commune et la courtoisie entre les Nations – ce que d'aucuns qualifieraient de *comitas inter gentes*¹⁶⁰³. En ce cas, les immeubles iront, naturellement, au seigneur

¹⁶⁰⁰ « Voir les commentaires de Jean de Pringles et de Jacques-Auguste de Chevanes, sur l'article 1^{er} du titre II « Des confiscations » de la coutume de Bourgogne » : pour le commentaire de Jean de Pringles, consulter [Jean BOUHIER], *La coutume du duché de Bourgogne enrichie des remarques de M^{es} Philippe de Villers, Jean de Pringles et Jean Guillaume*, Dijon, 1717, titre II « Des confiscations », article 1^{er}, pp. 18-19.

¹⁶⁰¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°21-22, p. 812.

¹⁶⁰² Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°25-26, p. 813.

¹⁶⁰³ Bouhier lui-même n'exprime pas ouvertement cette idée dans le chapitre XXXIV et, d'une manière générale, son système tend à réserver la pratique de la *comitas* pour autoriser l'extraterritorialité d'un statut, qui, par définition, ne peut être que personnel à ses yeux. Or, les lois pénales sont réelles et territoriales. Toutefois, la « courtoisie » peut fort bien faciliter la communication entre les coutumes en chargeant les autorités du lieu de situation des biens de procéder elles-mêmes à l'exécution pour complaire aux autorités du lieu du jugement. Bouhier n'interdit pas expressément qu'il soit fait appel à la *comitas* en pareil cas. Dans la réflexion qu'il mène sur les confiscations, Boullenois explique tout cela clairement : « les deux coutumes concourent dans une même disposition, et ce n'est pas étendre la peine d'une coutume dans une autre, mais c'est faire application des deux coutumes, qui n'ont qu'une même disposition » : sur ce passage, voir, *supra*, p. 504.

haut-justicier de leur lieu de situation, comme le veut la pratique. En revanche, si la coutume où l'exécution est demandée diffère de la coutume du lieu du délit (et du jugement de confiscation), alors, il n'y a nul concours à espérer. La sentence de confiscation restera lettre morte en ce lieu et les biens reviendront aux héritiers du condamné. Cette distinction emporte, donc, cette conséquence essentielle de refuser à la *lex loci delicti*, sous l'empire de laquelle la sentence a été prononcée, toute extraterritorialité *de jure* et de laisser aux autorités du lieu d'exécution le pouvoir de décider s'il y a lieu d'y donner effet, ou non, sur le territoire soumis à leur puissance.

Cette approche particulièrement restrictive – fondée sur l'acception négative de la loi *Extra territorium* – explique ainsi que Bouhier s'oppose fermement à ceux qui, comme Chasseneuz et Dumoulin, estiment que : « si le jugement porte confiscation de tous les biens, en quelque lieu qu'ils se trouvent, cela s'étend même aux biens qui sont hors du territoire du juge »¹⁶⁰⁴. Sur ce point, il leur répond en concluant sur le caractère odieux des lois pénales et en rappelant la règle qui consiste à les enserrer, autant que possible, à l'intérieur de leur territoire et à leur refuser toute extension qui ne serait pas justifiée :

[XXXIV]. XXVI. A l'égard des auteurs qui semblent contraires, je crois qu'ils doivent être entendus du cas où le juge qui a prononcé la confiscation a son tribunal dans une coutume de confiscation ; ce qui est le cas de l'arrêt de 1566 dont j'ai parlé ci-dessus. D'ailleurs, quand il y aurait du doute sur cette difficulté, il faut toujours en revenir à la maxime dont j'ai parlé au commencement de ce chapitre : savoir que les choses douteuses doivent toujours être bénévolement interprétées en matière criminelle.¹⁶⁰⁵

Toutefois, il arrive que certaines situations fassent exception et que leur gravité justifie que l'on déroge au principe restrictif pour leur accorder la plus grande extension au sein du Royaume. Cela se vérifie essentiellement lorsque la confiscation est prononcée à la suite d'un crime de lèse-majesté :

[XXXIV]. XXVII. Il faut pourtant excepter les crimes où la confiscation a lieu par tout le Royaume, suivant le Droit écrit, et la disposition même de plusieurs coutumes¹⁶⁰⁶, comme dans celui de lèse-majesté ; car, en ce cas, il n'est pas douteux qu'en quelque lieu que la confiscation ait été prononcée, elle doit s'étendre sur tous les biens du condamné, quelque part qu'ils soient situés.¹⁶⁰⁷

En pareil cas, le droit commun et les coutumes, lorsqu'elles contiennent des dispositions expresses à ce sujet, concourent à la bonne exécution de la sentence, quelle que soit la province où se situent les biens du condamné. Il n'y a, au fond, qu'un seul sentiment et une seule loi dans l'ensemble du Royaume. L'exception trouve parfaitement sa logique dans le système de Bouhier : il est confronté, en l'espèce, à l'une de ces situations où l'utilité publique (ou commune) aplanit tous les particularismes coutumiers et exige que la sentence prononcée trouve son application sur l'ensemble du territoire du Royaume.

¹⁶⁰⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°24, pp. 812-813.

¹⁶⁰⁵ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°26, p. 813.

¹⁶⁰⁶ Jean PAPON, *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France*, 3^e édition par Jean Chenu, Paris, 1610, livre XXIV, titre XIII, arrêt premier, pp. 1344-1345 ; René CHOPPIN, *Traité du domaine de la Couronne de France*, livre I, titre VII, n°1, in *Œuvres de Maître René Choppin*, tome II, Paris, 1662, pp. 55-56 ; Charles LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris, 1608, chapitre XII, n°78, p. 301 ; Antoine LOISEL, *Divers opuscules tirés des Mémoires de Maître Antoine Loisel*, Paris, 1652, pp. 232-240 ; Julien BRODEAU sur Georges LOUET, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnez en la cour de Parlement de Paris*, Paris, 1742 (t. 2, lettres L à V.), lettre R, « Rentes constituées », sommaire XXI, n°11, pp. 543-544 ; et Cardin LE BRET, *De la souveraineté du Roy*, livre III, chapitre XIII, in *Œuvres de Cardin Le Bret*, Paris, 1643, pp. 251-252.

¹⁶⁰⁷ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°27, p. 813.

La solution, qui est indiscutée sur le plan interne au Royaume de France, trouve sa propre limitation sur le plan international. La seule question qui vaille d'être débattue selon Bouhier est celle qui consiste à se demander si une sentence de confiscation, prononcée dans une souveraineté, peut trouver son exécution, même en cas de lèse-majesté. Force est de constater qu'au moment d'y apporter réponse, deux opinions contradictoires se font entendre : 1^o celle qui tient pour l'affirmative, incarnée par des juristes comme Chopin ou Le Bret et qui, plus favorable aux droits du Roi de France, considère que ceux-ci doivent trouver satisfaction dans les Etats où se situent les biens du condamné pour lèse-majesté ; 2^o celle qui, relayée par des auteurs comme Brodeau et Bouhier, prend le parti de la négative et qui, insistant sur le cloisonnement des souverainetés et de leurs juridictions, estime qu'il n'y a, sur le plan international, aucune extraterritorialité *de jure*, ni aucun droit acquis d'un Souverain à empiéter sur les intérêts du Souverain chez qui il prétend étendre la confiscation.

Les exemples étudiés par le président Bouhier sont trop célèbres pour qu'il n'en soit pas fait mention et permettent de saisir le fil du raisonnement tenu par l'auteur :

[XXXIV]. XXVIII. La seule question qu'on peut agiter, à ce sujet, est de savoir si, un homme ayant été condamné pour crime de lèse-majesté dans une Souveraineté, la confiscation de ses biens s'étend sur ceux qu'il a dans une autre Souveraineté. Chopin, qui l'a traitée¹⁶⁰⁸, se détermine pour l'affirmative et prétend que c'était l'avis des jurisconsultes qui furent consultés par le Roi Louis XI, lorsqu'il déclara criminel de rébellion le duc Charles de Bourgogne, comme ayant envie de faire confisquer à son profit les terres qu'il avait dans l'Empire. A quoi il ajoute que c'est, en quelque manière, la cause de tous les Souverains qui sont intéressés à faire valoir cette jurisprudence pour leur propre sûreté.

XXIX. Ce sentiment peut être confirmé par l'exemple, rapporté par M. le Bret¹⁶⁰⁹, de ce qui se passa après la condamnation du Maréchal d'Ancre et de sa femme, faite par un arrêt du Parlement de Paris, qui contenait la confiscation de tous leurs biens ; car le Roi Louis XIII, ayant été informé que les condamnés avaient de grosses sommes sur les banques de Florence, de Rome, de Venise et de Gênes, consulta son Conseil pour savoir s'il avait droit de répéter ces sommes en vertu de la confiscation. Sur quoi M. le Bret, qui avait assisté à ce Conseil, nous apprend que les opinions furent différentes, les uns étant pour l'affirmative, et les autres pour la négative ; mais que, néanmoins, après une longue contestation, le Pape, la République de Venise, le Duc de Florence et l'Etat de Gênes avaient donné mainlevée au Roi de ces deniers.

XXX. J'aurais pourtant peine à croire que ce sentiment pût se soutenir dans les bonnes règles ; car, si dans un même Etat, le jugement de confiscation rendu dans une coutume qui l'autorise ne s'étend point dans une autre coutume dont la disposition n'est point semblable à cet égard, comment peut-on donner plus de force à un jugement rendu dans une Souveraineté étrangère ? Cela résiste à la règle que *par in parem non habet imperium* ; et il ne faut pas dire que tous les Souverains ont un égal intérêt à cette confiscation ; car, outre qu'il y a plusieurs cas où ils peuvent avoir un intérêt contraire, il est de leur politique de ne pas souffrir qu'un jugement rendu dans un autre Etat soit exécuté dans le leur et qu'un Prince étranger vienne, sous ce prétexte, s'emparer des fiefs ou d'autres terres qui sont sous leur domination.

XXXI. Les deux exemples ci-dessus rapportés ne me touchent point ; car la consultation alléguée

¹⁶⁰⁸ René CHOPPIN, *Traité du domaine de la Couronne de France*, livre III, titre XII, n^o21, in *Œuvres de Maître René Choppin*, tome II, Paris, 1662, p. 459. L'auteur conclut, pour expliquer qu'une telle décision rencontrerait la coopération des autres souverains, que : « Davantage, c'est l'intérêt commun de tous les Roys, que, leur Majesté estant violée et lésée par leurs subiets, soit entièrement satisfaite, et que la vangeance en soit prise à perpétuité ».

¹⁶⁰⁹ Cardin LE BRET, *De la souveraineté du Roy*, livre III, chapitre XIII, in *Œuvres de Cardin Le Bret*, Paris, 1643, pp. 251-252.

en faveur du Roi Louis XI fut faite par des jurisconsultes qui, étant ses sujets, n'avaient garde de contrarier ses volontés. Et, pour l'exemple du Maréchal d'Ancre, il ne peut tirer à conséquence pour trois raisons...

3°. [Si les effets mobiliers dont il s'agit] furent rendus au Roi, ce ne fut pas en vertu d'aucun jugement, mais ensuite d'une longue négociation, et par une pure courtoisie des Souverains dans les Etats desquels étaient déposées ces sommes.

XXXII. Aussi, ces exemples, ni ces raisons n'ont point empêché Brodeau¹⁶¹⁰ de soutenir que, quand un étranger, condamné en France, même pour un crime de lèse-majesté, a des biens meubles ou immeubles situés hors le Royaume, l'effet de la confiscation ne s'y étend point, et que le Roi ou son donataire n'y prend rien.¹⁶¹¹

Devant ce qui lui apparaît comme un véritable conflit de souverainetés, Bouhier s'inspire très ouvertement des thèses de l'Ecole Hollandaise et examine les deux exemples qu'il invoque en raisonnant exclusivement en termes de souveraineté/territorialité et de *comitas inter gentes vicinas*. La projection sur le plan international des solutions inhérentes au conflit de coutumes accuse encore un peu plus profondément la prise en considération des intérêts des Souverainetés concernés. Or, les deux affaires qu'il rapporte, parce qu'elles regardent en premier lieu les intérêts de la Couronne, comportent une dimension politique qu'il faut prendre garde de se dissimuler.

La première affaire fait référence au jugement de confiscation prononcée à l'issue du procès posthume qui fut lancé à l'encontre du duc de Bourgogne Charles le Téméraire et qui mit aux prises le roi Louis XI et Marie de Bourgogne, l'héritière du duc : ce conflit sera à l'origine de la guerre de Succession de Bourgogne. Choppin, dans son *Traité du domaine de la Couronne de France*, fait état, pour l'approuver à son tour, de l'avis des jurisconsultes qui furent consultés et qui jugèrent que la règle d'exception relative à la lèse-majesté pouvait être étendue à tous les biens du condamné en quelque lieu que ceux-ci soient situés, y compris en souveraineté étrangère, ainsi que c'était le cas pour les possessions du duc de Bourgogne qui se trouvaient, pour partie, dans le Royaume et, pour partie, en terre d'Empire. Il ajoute de lui-même que : « c'est l'intérêt commun de tous les Rois que leur Majesté, étant violée et lésée par leurs sujets, soit entièrement satisfaite et que la vengeance en soit prise à perpétuité », dévoilant ainsi une idée très proche de celle de la *comitas inter gentes vicinas*. Or, cette règle était, sans doute, trop hardie pour ne pas heurter les susceptibilités des souverains sur lesquelles les terres du condamné se seraient trouvées.

La deuxième affaire est consécutive à la chute et à l'exécution du Maréchal d'Ancre et de sa femme, plus connus sous les noms de Concino Concini, et de la Galigai. Elle est longuement évoquée par Cardin Le Bret – qui en fut l'un des acteurs – dans *De la souveraineté du Roy*. A la suite de l'assassinat du favori de la reine le 24 avril 1617, le Parlement de Paris ordonna, par un arrêt du 8 juillet, non seulement l'exécution en place de Grève de son épouse, mais, également et surtout, la confiscation de tous les biens appartenant au couple, dans le Royaume comme à l'extérieur du Royaume¹⁶¹². Le Bret raconte ainsi que cet arrêt donna lieu à une « question célèbre, qui fut agitée

¹⁶¹⁰ Julien BRODEAU, *Commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, volume II, Paris, 1659, article CLXXXIII, n°15, pp. 464-465, suivi par Claude de FERRIERE, *Corps et compilation de tous les commentaires anciens et modernes sur la coutume de Paris*, tome II, Paris, 1692, article CLXXXIII, n°34, pp. 303-304.

¹⁶¹¹ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, op. cit., chapitre XXXIV, n°29-32, pp. 813-814.

¹⁶¹² MERCURE FRANÇOIS, tome IV, 1615-1617, ou les mémoires de la suite de l'Histoire de notre temps, sous le règne du très-Chrétien Roy de France et de Navarre Louis XIII, contenant... l'arrêt de la Cour de Parlement contre le Mareschal d'Ancre et sa femme, exécuté le 8 juillet 1617, Paris, 1617 : l'extrait des registres du Parlement figure aux pages 226-230 et reproduit l'arrêt *in extenso*, notamment ce passage, pp. 228-229 : « Et a ladite Cour déclaré et déclare tous les autres biens par lesdits Conchini et Galigai acquis tant à Rome, Florence, qu'autres lieux hors le Royaume, appartenir au Roy, comme provenus des deniers dudit Seigneur Roy, et mal pris au fonds de ses finances : et, à cette fin, le Procureur Général du Roy fera le nécessaire pour la restitution d'iceux ».

dans le Conseil du Roy, après la condamnation du Maréchal d'Ancre et de sa femme, qui contenait la confiscation de tous leurs biens : savoir si l'argent qu'ils avaient donné aux banques de Florence, de Rome, de Venise et de Gênes était acquis au Roy, comme tous les autres biens qu'ils avaient en France ». Parmi ceux qui opinèrent pour l'affirmative, lui-même ajouta que : « outre ce crime [la soustraction des deniers de l'Etat pour les faire transporter en Italie], ils avaient encore été accusés du crime de lèse-majesté divine et humaine ; qu'en ces rencontres, tous les Princes souverains étaient intéressés comme une cause commune ; et qu'ils étaient obligés de se prêter la main les uns aux autres, pour en tirer la vengeance, et leur en faire avoir la réparation, en tous les lieux où l'occasion s'en présentait, et à la face de tout le monde ». Fortement influencé par Choppin, Le Bret reprend à son compte l'idée d'une *comitas inter gentes vicinas* qui serait de l'intérêt commun de tous les souverains, à charge de réciprocité.

A ces arguments avancés en faveur de l'extraterritorialité internationale de la décision de confiscation, Jean Bouhier objecte en s'appuyant sur la réalité des statuts pénaux, qui consono, en l'occurrence, avec la souveraineté/territorialité. Il projette ainsi les solutions admises pour les conflits internes sur le plan international, en oubliant, d'ailleurs, de prendre en compte, dans son paragraphe XXX, le caractère exceptionnel de la confiscation consécutive à un crime de lèse-majesté, qui déroge aux principes habituels. Bouhier voit plutôt dans l'extraterritorialité qui est ainsi réclamée une méconnaissance des prérogatives des souverains étrangers, qui, seuls, sont maîtres de l'exécution des jugements sur leur territoire et qui, seuls, sont maîtres de décider de prêter, ou non leur concours à la requête formulée par le souverain qui réclame justice. Tout au plus reconnaît-il la faculté de procéder en faisant appel à la *comitas*, comme cela semble avoir été le cas dans l'affaire du Maréchal d'Ancre, où les juges des différents Etats italiens concernés, ont accepté d'accorder la mainlevée demandée par le Royaume de France.

Sans doute, parce qu'il est moins convaincu que Choppin ou Le Bret qu'il existe un « droit commun » qui se pratiquerait entre tous les pays et qui autoriserait la confiscation par lèse-majesté, Bouhier s'en tient, comme le ferait un juriste hollandais, à une lecture très exclusiviste des pouvoirs de chaque souverain, en ayant recours à l'autorité de la maxime chère à Paul Voet et dérivée du paragraphe *Tempestivum* de la loi *Ille a quo* (D. 36, 1, 13, 4)¹⁶¹³. Il admet donc que la loi française soit tenue en échec, non pas directement, par le jeu d'une exception d'ordre public ou d'une loi de police, mais par son impuissance à soutenir, avec une autorité *de jure*, l'instance qui serait introduite en pays étranger : le droit acquis en France doit donc s'en remettre à la *comitas*. Mais il admet également l'inverse à l'égard du droit acquis à l'étranger dont il serait demandé exécution en France¹⁶¹⁴. Le cas de la confiscation, qu'elle soit intercoutumière ou internationale, lui offre ainsi l'occasion de soutenir sa conception des lois pénales comme lois réelles, territoriales et exorbitantes du droit commun¹⁶¹⁵. Il illustre également la volonté de l'auteur de soustraire les statuts relatifs à la

¹⁶¹³ Sur l'utilisation de cette maxime par Paul Voet, voir, *supra*, pp. 190-191, et les notes.

¹⁶¹⁴ Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°33-36, p. 814 : l'auteur s'appuie, pour cela, sur l'autorité de l'arrêt *Blondet*, rendu par le Parlement de Bourgogne le 12 mars 1608, qui donne gain de cause au frère du Genevois Philibert Blondet, qui avait été condamné au dernier supplice pour haute trahison par un tribunal de la République, et dont la confiscation de tous les biens fut prononcée, y compris sur les héritages qu'il possédait dans la terre de Fernex [*Fernex-Voltaire*], sise dans le baillage de Gex et, donc, dans le Royaume de France. Le seigneur de Fernex demandait confiscation à son profit des biens qui y étaient situés. Le Parlement donne, finalement, raison au frère, en sa qualité d'héritier, et lui adjuge les biens. La règle se bilatéralise également dans le cas d'un Français condamné à mort à l'étranger.

¹⁶¹⁵ Dans le prolongement de la confiscation, le président Bouhier traite également de la « commise du fief ou des héritages donnés en emphytéose », qu'il considère comme « une espèce de confiscation » qui doit être réglée par les

confiscation à la catégorie des statuts réels immobiliers pour en faire des statuts pénaux, identifiés comme tels en se fondant sur le double critère de l'intention du législateur et de la finalité du statut.

Section 2nde. Les répertoires de jurisprudence à la fin de l'Ancien Régime.

L'effet de contraste est saisissant entre, d'une part, les édifices imposants qu'ont bâti les théoriciens des statuts, Bouhier, Boullenois et Froland, en mettant en œuvre une démarche casuistique qui les a conduits à remplir leurs savantes dissertations de centaines, voire milliers, de pages sur les conflits de coutumes et, d'autre part, la relative modestie des discours tenus par leurs contemporains à ce sujet. Il faudrait, bien entendu, mettre à part le cas de Michel Prévost de la Jannès¹⁶¹⁶, qui a dédié le troisième discours, relativement bref, qui ouvre la deuxième édition de ses *Principes de la jurisprudence française*, de 1759, à « la distinction des statuts réels et personnels », mais celui-ci ne dit rien, ou presque, de notre question. Ladite distinction y est développée avec quelque ampleur, mais en effleurant à peine la question des statuts prohibitifs¹⁶¹⁷, et en ne disant mot, *a fortiori*, des statuts exorbitants. Les lois de police ne sont abordées que de manière incidente, à propos des formalités *ad validitatem*¹⁶¹⁸ et de l'intervention de lois de police personnelles qui édictent une prohibition d'ordre public¹⁶¹⁹. Les quelques pages de l'œuvre de Pothier qui touchent à la

mêmes principes, quand il s'agit de la réalité et de la personnalité des coutumes à cet égard » (Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXIV, n°38-40, p. 815).

¹⁶¹⁶ Sur Michel Prévost de la Jannès, voir Olivier DESCAMPS, « PREVOST DE LA JANNES, Michel », *Dictionnaire historique des juristes français*, 2^e édition, 2015, pp. 840-841 et Marie-Laure DUCLOS, « L'ordonnement juridique chez Michel Prévost de la Jannès », *Slovenian Law Review*, n°4, 1-2, 2007, pp. 69-86.

¹⁶¹⁷ Michel PREVOST DE LA JANNES, *Les principes de la jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en justice*, Paris, 1770, tome 1^{er}, troisième discours « Des statuts réels et personnels », pp. LVIII-CII. Les discours de Prévost de la Jannès n'ont commencé à être insérés dans l'ouvrage qu'à partir de l'édition de 1759. La doctrine de l'auteur, quoique de facture classique, mériterait indiscutablement d'être étudiée pour elle-même, non seulement pour l'attention soutenue qu'elle porte aux questions de « droit des gens » (donc aux conflits de lois proprement internationaux), mais également pour les quelques discussions qu'elle élève avec le reste des auteurs statutistes. A propos des statuts prohibitifs, l'auteur défend une thèse qu'il reconnaît « contraire à la jurisprudence des arrêts et au sentiment commun des auteurs », mais qu'il voit comme « conforme à la raison naturelle » et comme une « suite des grands principes du droit public du droit des gens », à savoir : « Lorsque la prohibition du statut est générale pour toute sorte de personnes indistinctement, le statut est toujours réel ; lorsqu'elle est particulière pour certaines personnes, le statut est toujours personnel » (section II, règle X, pp. LXXXI-LXXXII). Sur certaines des conséquences pratiques qui en découlent, voir les deux notes qui suivent.

¹⁶¹⁸ Michel PREVOST DE LA JANNES, *Les principes de la jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en justice*, Paris, 1770, tome 1^{er}, troisième discours « Des statuts réels et personnels », pp. LVIII-CII. A propos des statuts qui concernent les formes des actes (section III), et, notamment de ceux qui traitent des formalités intrinsèques (règles XIV et XV), il distingue les formalités qui dépendent d'un statut réel, soumises à la *lex rei sitae*, et celles qui dépendent d'un statut personnel, soumises à la loi du domicile des parties. Dans ce dernier cas, il soulève une exception lorsque l'une des parties, au moins, contracte dans un pays étranger : dans ce cas, il convient de suivre la règle *Locus regit actum*, par soumission présumée à la loi du pays où il contracte. Pour bien fonder cette exception, il est obligé de préciser que la règle *Locus regit actum* doit être suivie, tant que le statut personnel d'une des parties ne s'y oppose pas. Il précise son idée à la règle XV : « il faut bien distinguer parmi les statuts personnels, ceux où il ne s'agit que d'une pure forme, d'une formalité purement arbitraire, que ni le droit naturel, ni la nécessité de l'ordre public du gouvernement ne prescrivent point, tels que sont les statuts qui exigent la nécessité de l'autorisation expresse, ou qui prescrivent de passer des actes par écrit de toutes choses, en défendant d'admettre la preuve par témoins ; et ceux qui sont fondés sur les motifs pressants des bonnes mœurs et de l'ordre public, tels que ceux qui peuvent défendre aux Français d'épouser des protestantes, ou de se marier sans le consentement de ceux à qui l'ordre de la nature et de la Providence les a soumis, par le plus étroit et le plus sacré de tous les liens » (p. XCV). Sur ce dernier exemple, en jurisprudence, voir, *supra*, pp. 522-534.

¹⁶¹⁹ Michel PREVOST DE LA JANNES, *Les principes de la jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en justice*, Paris, 1770, tome 1^{er}, troisième discours « Des statuts réels et personnels », pp. LVIII-CII, spéc. p. XCVI, ajoute, dans la continuité de la note précédente, au sujet de ces statuts personnels dont l'observation est « inviolable » : « Ainsi, si un Français, âgé de vingt ans, et qui n'en a pas encore vingt-cinq, va vendre en Angleterre, à

matière sont encore plus brèves et générales¹⁶²⁰. C'est donc un trait saillant de ce XVIII^e siècle de connaître, tout à la fois, une immense et intense production qui est le fruit des réflexions de juristes qui sont devenus, par la force des choses, les véritables autorités dans ce domaine et une approche beaucoup plus prudente et généraliste de la part des juristes de droit français, qui se bornent à exposer les principes généraux qui tournent autour de la *summa divisio* des statuts et qui ne s'aventurent plus avant sur ce terrain que si les y appellent les questions particulières auxquels ils peuvent être confrontés. L'un explique sans doute l'autre : ceux qui ne se sentaient pas le courage d'entrer dans les arcanes de la discipline savaient pouvoir compter sur les ouvrages de Froland et de Boullenois, pour l'essentiel, et y renvoyer le cas échéant. Le jeune avocat Merlin trouvera ainsi, dans cette littérature spécialisée, la quintessence des articles qu'il consacrera à cette question dans le répertoire Guyot.

Un telle attitude n'est pas sans conséquences : les travaux de la conférence des Avocats ont, sans conteste, renouvelé l'intérêt pour les questions des conflits de coutumes, mais ils n'ont eu qu'un effet d'entraînement limité sur l'ensemble des juristes français du XVIII^e siècle. Il explique, par conséquent, le peu de familiarité des juristes formés à l'Ancien Droit avec les problématiques les plus complexes du conflit de lois, ce dont les rédactions des projets de Code civil et du Code civil de 1804 se ressentiront.

Pour le juriste qui abandonne les rivages de la littérature spécialisée pour le grand large, la souveraineté de la coutume sur les ressortissants étrangers ne s'exprime donc qu'à travers la suprématie du statut réel et sur sa territorialité intrinsèque. La souveraineté de la loi française sur les ressortissants étrangers présents dans le Royaume est encore moins mise à l'honneur, à la notable exception de la fameuse question du droit d'aubaine. Elle n'est, pourtant, pas absente de la réflexion doctrinale, comme elle n'est pas absente, d'ailleurs, de la jurisprudence, et c'est vers les répertoires de jurisprudence de la toute fin du XVIII^e siècle qu'il faut se tourner principalement pour y discerner les éléments d'une véritable réflexion à ce sujet.

Ces répertoires témoignent de la prise de conscience que le maintien de l'ordre public, face aux agissements du ressortissant étranger, ressortit directement à la souveraineté de l'Etat et intègre les éléments non civils qui définissent la condition de l'étranger à la fin de l'Ancien Régime. En parallèle de la projection des problèmes posés par les conflits de lois sur le plan international, qui se ressent également chez Bouhier ou Boullenois, sans doute sous l'influence hollandaise, la communauté des juristes commence à prendre sérieusement en considération la personne de l'étranger et, par voie de conséquence, l'ordre juridique dont il pourrait se réclamer devant les exigences de l'ordre public intérieur. N'étant pas un sujet naturel de Sa Majesté, dans quelle mesure est-il soumis à la loi et aux coutumes françaises ?

Dès lors que sont mises à part les fameuses incapacités civiles et politiques qui frappent l'étranger, celui-ci est soumis au statut réel pour toutes les questions qui entrent dans l'orbite de ce dernier, mais aussi aux règlements et lois de police, ainsi qu'aux lois pénales. Ces solutions,

un Anglais, des biens qu'il a dans ce pays, l'aliénation qu'il en aura faite doit être déclarée nulle, quoiqu'en Angleterre, on soit majeur à vingt ans pour aliéner, parce que la loi de France rendait ce Français incapable d'aliéner jusqu'à vingt-cinq ans, *par une loi qui a son fondement dans les vues de la police générale, de l'ordre public, et de l'intérêt le plus pressant des mineurs eux-mêmes* » (souligné par nous). Sur ce dernier exemple, en jurisprudence, voir, *supra*, pp. 519-520.

¹⁶²⁰ Robert-Joseph POTHIER, « Introduction générale aux coutumes », insérée en préambule à ses *Coutumes d'Orléans*, in *Oeuvres de Pothier*, éd. Dupin, tome X, Paris, 1824, pp. 2-7. Pothier traite des conflits de lois à l'occasion, lorsque les questions de droit civil qu'il étudie l'y conduisent : voir, entre autres, *Traité de la communauté*, articles préliminaire et premier, et *Traité des successions*, chapitre IV, article 3, respectivement in *Oeuvres de Pothier*, éd. Dupin, t. 6, Paris, 1823, pp. 1-12 et t. 7, Paris, 1825, pp. 219-226.

confirmées par les travaux de Bouhier et de Boullenois¹⁶²¹, se vérifient à travers la *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence* de Jean-Baptiste Denisart¹⁶²² et le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, dirigé par Joseph Guyot¹⁶²³, qui, bien davantage que le *Dictionnaire de droit et de pratique* de Claude-Joseph de Ferrière¹⁶²⁴, s'attardent, pour leurs éditions les plus tardives, sur la responsabilité délictuelle, civile ou pénale, de l'étranger. Or, celui-ci n'y est pas saisi au prisme du conflit de lois, qui se concentre sur le conflit de coutumes et la *summa divisio* des statuts sans embrasser cette dimension internationale, mais il est envisagé en rapport avec sa condition juridique et avec les droits et les devoirs qui y sont attachés. Ainsi, si assujettissement de l'étranger il y a envers la loi française, cet assujettissement ne doit pas s'analyser, dans le regard des juristes non statutistes, comme le résultat de l'application d'un statut, réel ou personnel, *ab effectu*, mais comme celui du champ d'application dévolu à ladite loi, qui, pour satisfaire les impératifs qui lui sont assignés, exige l'extension de ses prescriptions à la personne de l'étranger. Les juristes statutistes comme Bouhier et Boullenois ont, en réalité, pu tout aussi bien raisonner de la sorte, mais la différence que leurs travaux ont marquée avec ceux de leurs contemporains tient au fait qu'ils ont cherché, *a posteriori*, à intégrer cette soumission de l'étranger dans le cadre de leur doctrine des statuts.

Les différents articles des répertoires Denisart et Guyot pavent ainsi, à leur manière, le chemin vers une consécration du principe de l'assujettissement de l'étranger à l'égard des lois veillant au bon ordre public, c'est-à-dire aux règlements de police comme aux lois pénales, qui, elles-mêmes, par communauté d'idées, ouvrent la voie aux lois qui répriment un délit civil. En effet, la notion de « délit » occupe, en l'espèce, une place centrale dans la réflexion. L'accent est mis sur deux idées fondamentales, qui se complètent et se combinent pour donner corps au principe :

1° La soumission de l'étranger aux lois du pays qui l'accueille *ratione delicti commissi* ; le répertoire Denisart insiste, particulièrement, sur la dette qu'il contracte à l'égard de la société et sur la nécessité dans laquelle il se trouve de réparer ses torts ;

2° La souveraineté comme matrice des lois de police et des lois pénales ; ainsi, l'article « Souveraineté » du Répertoire Guyot, porté par l'enthousiasme que suscite chez lui un concept ainsi redécouvert et relu au prisme des valeurs du XVIII^e siècle, n'hésite pas à faire prévaloir l'intérêt de la souveraineté sur les droits que l'étranger pourrait opposer aux impératifs qu'elle

¹⁶²¹ Sur les positions de Jean Bouhier et de Louis Boullenois sur les règlements de police et sur les lois pénales, voir, *supra*, respectivement, aux pp. 381-396 et 401-420 (Bouhier) ; pp. 441-458 et 504-507 (Boullenois).

¹⁶²² Sur la *Collection* de Denisart, voir Pierre BONIN, « DENISART, Jean-Baptiste », *Dictionnaire historique des juristes français*, 2^e édition, 2015, p. 326. Les deux éditions utilisées de ce répertoire sont la septième, parue de 1766 à 1771 après la mort de l'auteur, en trois volumes, plus deux de suppléments, et la « huitième », plus connue sous le nom de *Nouveau Denisart*, et dirigée par Armand-Gaston Camus et Jean-Baptiste-François Bayard. Cette dernière édition, refonte complète du recueil de 1771, se veut comme une refonte qui ne conserve l'ordre alphabétique des notices que pour les organiser en véritables petits traités systématiques sur la question de droit considérée. Hélas, cette ambitieuse entreprise, interrompue par la Révolution après la parution du tome neuvième, et poursuivie quelques temps par Calenge, s'achève définitivement au milieu du quatorzième volume, à l'article « Hypothèque ». Certaines entrées, postérieures à cet article, comme « lois », « statuts » ou « Velléien », ne furent donc jamais mises à jour. Chaque fois qu'il y aura lieu, la huitième édition du Denisart sera distinguée de la précédente par l'appellation « Nouveau Denisart ».

¹⁶²³ Sur le *Répertoire* de Guyot, voir Jean-Louis HALPERIN, « GUYOT, Joseph-Nicolas », *Dictionnaire historique des juristes français*, 2^e édition, 2015, pp. 512-513. Les deux éditions utilisées sont la première, qui court, en soixante-quatre volumes, de 1775 à 1783, et la seconde, parue de 1784 à 1785, condensée en dix-sept tomes, et auxquelles a participé activement Philippe-Antoine Merlin.

¹⁶²⁴ Sur le *Dictionnaire de droit* de Claude-Joseph de Ferrière, version modernisée de *l'Introduction à la pratique* de son père Claude, voir Jacqueline MOREAU-DAVID, « FERRIERE, Claude de » et « FERRIERE, Claude-Joseph de », *Dictionnaire historique des juristes français*, 2^e édition, 2015, pp. 423-425. L'édition utilisée est celle publiée à Paris en 1769, en deux tomes.

porte. L'ignorance excusable, en tant que déclinaison du vieux principe d'exemption de l'étranger, s'efface progressivement pour laisser place à une affirmation toujours plus absolue des lois relatives à l'ordre public.

Ces mêmes Répertoires sont loin d'être indifférents aux questions de conflits de coutumes et, si les articles de référence « Coutumes » et « Statuts » se limitent, pour l'essentiel, à un exposé très général sur la dichotomie entre statuts réels et statuts personnels, qui doit beaucoup aux influences conjuguées de Froland et de Boullenois, la consultation des diverses entrées permet de constater que, de manière toujours ponctuelle et occasionnelle, leurs auteurs n'hésitent pas à traiter, à propos de telle ou telle notion, des points de droit qui ont le plus retenu l'attention de la jurisprudence. Ce faisant, ils n'entendent pas rivaliser avec la littérature spécialisée : ils ne faut pas attendre de ces articles qu'ils développent une véritable théorie des statuts, mais plutôt qu'ils fournissent un regard, forcément partiel, sur les solutions les plus couramment admises. Parmi ces dernières, il convient de discerner celles qui font état des statuts prohibitifs et des statuts odieux ou exorbitants du droit commun. Est-ce que ces mécanismes, fort en cour parmi la doctrine statutiste, font encore sens pour les juristes du XVIII^e siècle ? Sont-ils suffisamment définis et dessinés de façon à apparaître comme des acteurs importants des conflits de coutumes ? En la matière, la démarche est imposée par la forme même du répertoire : sans traiter la question de manière exhaustive, ce qui risquerait de rendre l'exercice trop redondant, une sélection de quelques cas de figure tirés des exemples classiques évoqués par la jurisprudence des arrêts et des auteurs suffira pour se faire un avis.

Les lois d'ordre public (entendre : de police et de sûreté) et le conflit de lois n'ont pas encore opéré complètement leur jonction : il manque encore ce point d'ancrage commun que l'alinéa 1^{er} de l'article 3 du Code civil fournira par accident. D'une part, les lois d'ordre public renvoient aux dispositions relatives à la police – au sens large où l'entend encore la littérature juridique de la fin de l'Ancien Régime – et à la sûreté. Celles-ci ne se bornent plus uniquement au gouvernement de la cité, mais, désormais, coïncident pleinement avec la souveraineté de l'Etat. La condition de l'étranger n'est donc plus lue seulement au regard du droit d'aubaine ou de la distinction droit civil/droit des gens, mais également à la lumière de cette conception rénovée de la souveraineté (1.). D'autre part, les lois d'application impérative, qui agissent, sous diverses appellations et pour divers motifs, dans le cadre du règlement du conflit de lois, demeurent encore les expressions de la souveraineté territoriale des coutumes, mais elles prennent place dans un contexte plus propice à l'unification autour d'un droit commun (2.). Les mécanismes pratiqués à l'occasion des conflits intercoutumiers sont déjà prêts à se transposer à l'échelle internationale, lorsque l'harmonisation des lois civiles aura été enfin accomplie.

§ 1. La souveraineté de la loi française à l'égard de l'étranger : lois de police et lois pénales.

Les deux répertoires de jurisprudence, chacun à sa manière, entretiennent, lorsqu'ils se portent sur le terrain de la souveraineté de la loi française à l'égard de l'étranger, une communauté d'idées certaine avec les « principes généraux » exposés par Louis Boullenois en tête de son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, paru en 1766. En effet, à l'instar de l'avocat parisien, qui, dans son cinquième principe, rappelait que : « le Souverain a droit encore de faire des lois pour les étrangers qui ne font même que passer dans ses Etats ; mais ce sont communément de simples lois de police faites pour le bon ordre », ils ne se bornent plus à définir la condition juridique de l'étranger aux problèmes touchant le droit d'aubaine et aux autres incapacités qui peuvent le frapper à titre

spécial ; ils intègrent désormais, de manière affichée, le problème de la soumission de ce dernier aux lois relatives au « bon ordre » public, c'est-à-dire les règlements de police et les lois pénales. Le Répertoire Denisart, du fait de l'inachèvement de sa huitième édition, n'a pu mener à bien les refontes d'articles comme « lois », « police » ou « statuts », ni ajouter – si tant est que cela ait jamais été envisagé – au répertoire l'entrée « souveraineté ». C'est donc aux articles « Délit » et « Etrangers », qui figurent, à la fois, dans le Denisart et dans le Nouveau Denisart, qu'il convient, pour l'essentiel, de se référer pour prendre conscience des implications que suppose le jeu de la règle de conflit en matière délictuelle sur la condition de l'étranger (A.). Le Répertoire Guyot, pour sa part, révèle surtout l'insistance des juristes de la fin de l'Ancien Régime sur la notion de souveraineté, qui est traitée à l'entrée correspondante, et sur les conséquences qui en découlent pour l'étranger présent sur le territoire (B.). Les deux œuvres se complètent ainsi pour permettre de donner un état de la question, forcément très général, pour la fin du XVIII^e siècle et de remettre dans une plus juste perspective les affirmations parallèles des auteurs statutistes que sont Bouhier et Boullenois.

A. La soumission de l'étranger délinquant à la *lex loci delicti* : le Répertoire Denisart.

En raison de l'histoire éditoriale particulière qu'a pu connaître le Répertoire, qui l'a vu évoluer avec le *Nouveau Denisart* pour prendre la forme d'un véritable traité encyclopédique, les articles « Délit » et « Etrangers » comptent parmi ceux qui ont subi une réécriture complète lors de la refonte de l'ouvrage dans sa huitième édition de 1789. La seconde version de l'article « Délit », rédigée par Maître Le Vasseur¹⁶²⁵, vient ainsi compléter, et développer de manière substantielle, la première, issue directement de Denisart et encore présente dans la septième édition de 1771 : elle prend notamment en considération la question de la responsabilité de l'étranger face aux juges et aux lois du pays dans lequel il commet son délit, que la version précédente n'abordait pas. A son tour, l'article « Etrangers » qui a été composé par Maître Mascrey de la Haye¹⁶²⁶ dans le cadre de la huitième édition apporte un approfondissement à l'article du même nom, tel qu'il figurait dans l'édition de 1771.

La réflexion se construit en deux temps. Ce n'est qu'après avoir affirmé, dans un premier temps, le lien intrinsèque entre la répression des délits et la « police » que l'application de la règle de conflit est étendue à l'étranger et étayée par une argumentation qui demeure en droite ligne de l'enseignement médiéval et des thèses encore défendues par les statutistes du XVIII^e siècle. En effet, les différentes séquences qui marquent la rédaction des articles « Délit » et « Etrangers » s'associent pour rejoindre la formulation qu'employait Louis Boullenois dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*. A l'instar du cinquième « principe général » qui figure en tête de cet ouvrage, elles ne s'insèrent pas directement dans la trame définie par les conflits de coutumes, mais elles se projettent sur le plan international. Ce faisant, elles contribuent, l'une et l'autre, à réaffirmer ce principe, désormais bien admis, que les devoirs que l'étranger contracte envers l'Etat qui l'accueille au moment où il en franchit les frontières sont du ressort de la police générale du Royaume :

¹⁶²⁵ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1787 (8^e édition, t. 6, Déclaration - Don mutuel), avertissement de l'éditeur, p. X.

¹⁶²⁶ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1789 (8^e édition, t. 8, Etat – Franc et quitte), avertissement de l'éditeur, p. VI.

[Denisart, v^o « Délit »] En général, le mot *délit* signifie une action proscrite par la loi, et surtout par une loi de police ; il est souvent synonyme avec le mot *crime* et, quoiqu'il ait quelque chose de moins odieux, il fait toujours infliger une peine à son auteur plus ou moins grave, suivant la nature du délit. *Minor culpa, minor poena*.¹⁶²⁷

[Nouveau Denisart, v^o « Délit »] § IV. *Délits commis en pays étranger : peuvent-ils être poursuivis en France ?*

1. Le délit trouble l'ordre de la société dans l'Etat où il a été commis : ainsi, les juges du lieu, préposés pour maintenir le bon ordre, peuvent et doivent en connaître, sans examiner s'il a été commis par un citoyen, ou par un étranger.

Le délit qui blesse l'ordre de la société dans l'Etat où il a été commis ne blesse aucunement cet ordre dans les autres Etats. Ainsi, le délit commis dans l'étendue d'une souveraineté ne peut pas être poursuivi dans une autre souveraineté. Le délit commis en pays étranger ne peut pas être poursuivi dans les tribunaux de France ; et, réciproquement, on ne peut pas poursuivre dans les tribunaux étrangers le délit commis en France.¹⁶²⁸

La combinaison des deux versions de l'article « Délit » conduit ainsi à réaffirmer un principe qui était déjà fermement établi en doctrine depuis le Moyen-Âge et que les statistes des siècles qui ont suivi n'ont fait que relayer et enrichir : celui de l'assujettissement de l'étranger à la *lex loci delicti*, à raison de l'acte qu'il a commis sur le territoire¹⁶²⁹. Ce principe est confirmé, et même étayé par des explications supplémentaires, en étant remis en perspective vis-à-vis de la souveraineté de la loi française, dans les versions qu'a connu successivement l'article « Etrangers » dans les septième et huitième éditions :

[Denisart, v^o « Etranger »] 3. Tous les étrangers sont sujets aux lois du royaume pendant qu'ils sont en France ; et, s'ils commettent des crimes, ils sont punis de la même manière et des mêmes peines que les sujets du roi...¹⁶³⁰

[Nouveau Denisart, v^o « Etrangers »] § II. *Admission des étrangers dans le royaume : lois qu'ils doivent suivre*.

3. Une condition naturellement imposée aux étrangers qui séjournent ou résident dans le royaume est de se conformer aux lois qui y sont reçues : *Jus belli ac pacis, livre II, chapitre 2, § 5*.¹⁶³¹

4. De cette subordination de l'étranger aux lois du pays où il se trouve actuellement, il résulte qu'il est soumis aux peines attachées à leur infraction. Son séjour même passager produit, au moins momentanément, une espèce d'affiliation aux membres de l'Etat, qui le rend responsable de tous les délits qu'il peut commettre, non seulement contre les lois générales, mais aussi contre les règlements de police particuliers au lieu où il se trouve.¹⁶³²

La réflexion a donc évolué vers un renforcement et un perfectionnement de la règle de conflit :

¹⁶²⁷ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 2), v^o « Délit », p. 44.

¹⁶²⁸ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1787 (8^e édition, t. 6, Déclaration - Don mutuel), v^o « Délit », par Maître LEVASSEUR, § IV, n^o1, p. 154.

¹⁶²⁹ Dans le même sens, voir Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales, op. cit.*, p. 93.

¹⁶³⁰ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 2), v^o « Etranger », n^o3, pp. 336-337.

¹⁶³¹ Hugo GROTIUS (DE GROOT), *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, 1865, éd. Pradier-Fodéré, tome 1^{er}, livre II, chapitre II, § V, p. 401 : « La raison en est qu'il y a nécessité morale pour le gouvernement d'un peuple, que ceux qui se mêlent à ce peuple, ne fût-ce que temporairement – ce qui a lieu lorsqu'on met le pied sur un territoire –, se conforment aux institutions de ce peuple ». Voir, sur ce texte, *supra*, p. 613, note 1579.

¹⁶³² Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1789 (8^e édition, t. 8, Etat - Franc et quitte), v^o « Etrangers », par Maître MASCREY-DE-LA-HAYE, § 2, n^o3 et 4, p. 82.

1° Tout d'abord, l'article « Délit », en sa première version, met en avant, de manière explicite, la notion de « loi de police » pour signifier que l'agissement répréhensible de l'étranger est contraire à l'ordre public de la société dans laquelle il évolue. Ensuite, la seconde version de ce même article, sans reprendre formellement l'expression, précise bien que la seule société qui peut s'estimer navrée par un tel agissement est celle de l'Etat dans lequel l'infraction a été commise. L'évolution est, sur ce point, sensible. Ainsi que le rappelait Louis Boullenois, et ainsi que le confirme, à la même époque, le Répertoire Guyot, c'est bien la souveraineté toute entière qui demande réparation à l'étranger qui a porté le trouble en son sein. Or, au XVIII^e siècle, cette souveraineté coïncide avec un Etat indépendant, pleinement maître de définir l'ordre juridique qui a cours à l'intérieur de ses frontières. Le vénérable statut pénal particulier qu'évoquent encore Dumoulin et Bouhier laisse désormais place à la loi et à la juridiction criminelles installées par les autorités publiques pour « maintenir le bon ordre ».

S'il n'est pas aisé de retracer les origines historiques de l'apparition de l'expression de « loi de police », en raison de son caractère générique, il faut, néanmoins, relever qu'en cette seconde moitié du XVIII^e siècle, elle se retrouve aussi bien sous la plume de Jean-Baptiste Denisart que sous celle de Louis Boullenois pour caractériser une loi relative à l'ordre public, intervenant dans le champ délictuel. Ce recours doit sans doute beaucoup à l'un des auteurs qui a le plus contribué à véhiculer cette expression : Jean Domat. Dans les chapitres X et XI de son *Traité des lois*, le juriste auvergnat, s'interrogeant sur ce qui fait l'identité de la police temporelle, chargée, selon lui, de « maintenir la tranquillité publique entre tous les hommes », démontre que, parmi les multiples formes qu'elle peut revêtir et les multiples moyens qu'elle doit employer pour satisfaire ce but, elle doit, notamment, ordonner « les peines nécessaires » pour maintenir le repos public et châtier les criminels¹⁶³³. Le lien qu'effectue Domat entre les « lois de police », qu'il étudie dans le chapitre XI, et la dimension répressive qui peut s'y attacher ne va pas demeurer sans influence sur la définition du délit qu'avanceront certains auteurs, pénalistes ou non, au siècle suivant¹⁶³⁴. Boullenois et Denisart peuvent, à ce titre, servir d'illustration.

2° La corrélation entre la soumission à la *lex loci delicti* et l'assujettissement de l'étranger, à raison de sa présence sur le territoire, et pour le temps de son séjour, aux lois de l'Etat dans lequel il se trouve est désormais clairement établie par l'article « Etrangers » de 1789¹⁶³⁵. La sujétion volontaire et tacite de l'étranger le conduit ainsi à se voir appliquer, sauf exceptions civiles ou commerciales tenant à sa condition juridique, la même loi que les régnicoles. Toutes les lois et tous les règlements qui veillent au maintien du bon ordre dans le Royaume ont vocation à exercer leur empire sur lui.

3° La question qui est posée est de savoir dans quelle mesure les lois françaises doivent être appliquées à l'étranger délinquant. La doctrine du Répertoire Denisart s'affine, une nouvelle fois, en fonction des versions de l'article « Etranger ». La version de 1771 ne dit rien sur la question,

¹⁶³³ Sur la conception généraliste des « lois de police » chez Jean DOMAT, voir le chapitre XI de son *Traité des Lois* (*Œuvres de Jean Domat*, éd. Rémy, tome 1^{er}, Paris, 1835, pp. 36-59) : après avoir tissé un lien indéfectible entre la religion et la police temporelle, chargée de « maintenir la tranquillité publique entre tous les hommes » et de « pourvoir au repos public » en ordonnant les peines nécessaires pour le maintenir », l'auteur livre non seulement une définition des lois de police qui « règlent l'ordre extérieur de la société entre tous les hommes », mais aussi une classification de celles-ci.

¹⁶³⁴ Sur cette influence ainsi exercée sur le contenu de la notion de « délit », voir Olivier DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, Paris, 2005, pp. 276-277, notamment les notes 16 et 20, où sont cités Denisart, dans son édition de 1771, mais aussi le criminaliste Jean-Antoine SOULATGES, *Traité des crimes*, tome 1^{er}, Toulouse, 1785, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, p. 2 : « Enfin, on peut dire que toute sorte de crimes qui violent les lois de la police violent aussi les lois de la religion, parce que Dieu y est toujours offensé ; mais qu'il n'y a que ceux qui, en violant les lois de la religion, violent en même temps celles de la police qui soient punis par les hommes ».

¹⁶³⁵ Sur cet article, voir, *supra*, pp. 613-614.

tandis que la version de 1789, par Mascrey-de-la-Haye, est beaucoup plus explicite :

[Nouveau Denisart, v^o « Etrangers »] 4. Il faut observer, cependant, qu'il est de la prudence des juges de tempérer les peines selon les circonstances. Un délit commis contre les préceptes du droit naturel ou du droit des gens doit être puni plus sévèrement que la contravention à une loi positive de police. Les premiers doivent être connus de tous les hommes, au lieu que l'étranger a pu ignorer la loi positive.¹⁶³⁶

Ce tempérament – déjà évoqué¹⁶³⁷ – tenant à l'ignorance excusable de la loi locale ne concerne que les lois positives de police, c'est-à-dire des règlements de police que l'étranger a pu, en toute bonne foi, ignorer, et non les lois générales, qui se conforment le plus souvent au droit naturel et au droit des gens et qui regroupent les délits les plus communément sanctionnés. Mascrey de la Haye, en rappelant ce principe désormais établi depuis plusieurs siècles, ne fait que rappeler que la pratique commande de faire preuve d'une équité, envers l'étranger de bonne foi, que la sévérité du principe ne prend absolument pas en compte.

3^o En matière de délit, que celui-ci soit civil ou pénal, les juristes de la fin du XVIII^e siècle s'accordent à voir là la matière à un conflit de souverainetés. Comme le rappelle Le Vasseur, mais l'idée est présente en continu dans toutes les éditions, « le délit commis dans l'étendue d'une souveraineté ne peut pas être poursuivi dans une autre souveraineté ». C'est donc la souveraineté/territorialité dans son sens le plus strict qui dicte la mesure de la *lex loci delicti*.

La *lex loci delicti* est ainsi érigée en « loi de police », c'est-à-dire en véritable marque de souveraineté de l'Etat à l'égard des étrangers qui commettent un délit, civil ou pénal, sur son territoire. Les délits se trouvent alors absorbés par le conflit de souverainetés et, par voie de conséquence, exclus de la matière des conflits de coutumes. En effet, si l'on suit l'article « Coutumes » du même Répertoire, les coutumes règlent, « chacune dans son territoire, l'état et la capacité des personnes qui y sont domiciliées, la disposition des biens qui y sont situés, et les solennités des actes qui s'y passent »¹⁶³⁸. Cette mise à l'écart n'aura plus lieu d'être à partir du Code civil de 1804. Les délits, le statut personnel, le statut réel, la forme des actes : telles sont les quatre grandes questions qu'auront à débattre les Rédacteurs, chacune étant alors appelée à faire l'objet d'une disposition spécifique, l'ensemble étant ramené – après retranchement de la forme des actes – à la mouture définitive de l'article 3 du Code.

B. L'assujettissement de l'étranger à la souveraineté de l'Etat : le Répertoire Guyot

A la différence du Denisart, les articles « Délit » et « Etranger » du Répertoire Guyot ne s'attardent aucunement sur la condition de l'étranger et sur son éventuelle soumission à l'égard de la loi de l'Etat sur le territoire où il commet un délit¹⁶³⁹. En revanche, le sujet est amplement traité par l'article « Souveraineté », dû à la plume de l'avocat au Parlement de Paris Dominique-Joseph

¹⁶³⁶ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1789 (8^e édition, t. 8, Etat - Franc et quitte), v^o « Etrangers », par Maître MASCREY-DE-LA-HAYE, § 2, n^o4 *in fine*, p. 82.

¹⁶³⁷ Voir, *supra*, p. 614.

¹⁶³⁸ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1789 (8^e édition, t. 8, Etat - Franc et quitte), v^o « Coutume », par Maître LEVASSEUR, § V, n^o1, pp. 672-673.

¹⁶³⁹ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1778, t. 17, Damasquineur - Démouvoir, v^o « Délit », pp. 417-466, et t. 23, Enfant - Exception, v^o « Etranger », pp. 499- 509.

Garat et paru en 1783 dans le tome cinquante-neuvième du Répertoire¹⁶⁴⁰. Dans cet article, qui se veut autant, voire davantage, un manifeste philosophique en faveur des idées des Lumières qu'une approche juridique de la notion, l'auteur exalte le concept de souveraineté qu'il voit comme « la source de toutes les lois »¹⁶⁴¹. En définissant la souveraineté comme « le pouvoir de dicter, et les lois politiques qui établissent la nature du gouvernement chez un peuple, et les lois civiles ou criminelles qui établissent les droits et devoirs des citoyens dans les rapports qu'ils ont entre eux et dans les rapports qu'ils ont avec la société », il reconnaît que le but qu'il se propose, à travers cet article, est de l'étudier, non du point de vue des lois politiques, mais « surtout relativement aux lois particulières qui prononcent sur le sort des citoyens dans les temples de la justice »¹⁶⁴².

Après avoir établi, au paragraphe III, que l'homme se soumettait, en sa personne, à la loi du domicile qu'il a lui-même choisi à sa majorité et non à celle du domicile d'origine, il entreprend de répondre à la question qui est au cœur du paragraphe IV et qu'il annonçait ainsi dans le préambule de l'article, celle de la condition juridique de l'étranger :

4° Enfin, les voyages que la curiosité et le commerce font entreprendre transportent souvent les peuples les uns chez les autres : une multitude d'Anglais, par exemple, passent une partie de leur vie en France ; et, dans tous les temps, il est beaucoup de Français aussi qui vivent en Angleterre. De ces rapports de peuples entre eux, il doit naître des occasions où des hommes de différents pays doivent être jugés par un pouvoir et par des lois émanées de la même Souveraineté. Quelles sont ces occasions ? Il n'est pas aisé de les distinguer. Cet objet a excité de grandes disputes entre les jurisconsultes : ils ont agité ici une des plus grandes questions de la jurisprudence.¹⁶⁴³

L'étranger dont il s'agit s'entend aussi bien de celui qui n'est qu'un simple voyageur de passage sur le territoire, pour les nécessités du commerce ou par pur agrément, comme de celui qui s'y est installé durablement, sans, nécessairement, révoquer ouvertement son allégeance d'origine. A cette question, Garat répond que la souveraineté de l'Etat peut, précisément, à elle seule, suffire à servir de fondement à l'assujettissement – provisoire – de l'étranger. Il distingue lui-même :

... Trois sources légitimes du pouvoir que la Souveraineté d'un peuple peut exercer sur l'homme : 1°. Le consentement formel donné par l'homme au moment où se créait cette Souveraineté ; 2°. Le consentement tacite donné par le choix du domicile dans un pays où la puissance souveraine est déjà depuis longtemps formée ; 3°. Le consentement conditionnel que donne un étranger par une espèce de domicile passager, pour tout le temps qu'il passera chez une nation qui n'est pas sa patrie. Si l'Anglais [*de passage à Paris, pris pour exemple par l'auteur tout au long de son développement*] n'est pas dans l'une au moins de ces trois portions, on ne peut exercer sur sa personne aucun pouvoir

¹⁶⁴⁰ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1783, t. 59, Sou - Substitution, v° « Souveraineté », par « M. Garat, avocat au Parlement », pp. 101-137. Quoiqu'il puisse y avoir équivoque avec son frère aîné, Dominique Garat (1735-1799), avocat au Parlement de Bordeaux et futur député du Labourd à la Constituante, il s'agit bien de Dominique-Joseph GARAT (1749-1833), ou Garat-le-jeune, lui-même avocat, arrivé encore jeune à Paris, où il délaisse rapidement les prétoires pour la carrière d'homme de lettres. Sa carrière politique se déroulera sous la Révolution, où il sera plusieurs fois député et deviendra même ministre de la Justice, puis de l'Intérieur (1792-1793), et sous l'Empire, dont il sera sénateur et sera fait comte par Napoléon 1^{er}. Or, le Répertoire Guyot, dans la liste des auteurs qui figure en tête de la deuxième édition (*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 2^e édition, Paris, 1784, t. 1), indique bien que l'auteur de l'article « Souveraineté » est « M^e Garat, avocat au Parlement de Paris » : ce dernier s'est, d'ailleurs, lui-même prévalu de cette qualité dans certaines de ses œuvres littéraires.

¹⁶⁴¹ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1783, t. 59, Sou - Substitution, v° « Souveraineté », par Maître GARAT-le-jeune, p. 102.

¹⁶⁴² Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1783, t. 59, Sou - Substitution, v° « Souveraineté », par Maître GARAT-le-jeune, *eod. loc.*

¹⁶⁴³ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1783, t. 59, Sou - Substitution, v° « Souveraineté », par Maître GARAT-le-jeune, p. 103.

judiciaire. Il est évident qu'il n'est pas dans la première ; car il entre dans un empire formé depuis des siècles. Il est évident qu'il n'est pas dans la seconde ; car il n'a pas le dessein de demeurer perpétuellement parmi nous ; il n'a pas cette volonté de *perpetuae morae*, qui établit le domicile : il ne peut donc être que dans la troisième de ces positions ; et, au premier coup d'œil, on croirait qu'il s'y trouve ; il n'y est pourtant pas. Si c'est le domicile transitoire de l'étranger, comme parlent les jurisconsultes, qui constitue l'autorité passagère qu'on a de le juger, cette autorité ne commence qu'au moment où commence aussi cette espèce de domicile.¹⁶⁴⁴

Dans ce dernier cas, alors, Garat tire les conséquences de l'idée de domicile transitoire et y applique sa propre sensibilité, qui le porte à épouser les idées contractualistes telles qu'elles s'expriment à son époque. Ainsi, il n'a aucune peine à reconnaître que l'Etat qui accueille l'étranger est compétent *ratione personae* pour exercer sur lui sa juridiction et lui ouvrir les portes de ses tribunaux. L'exemple de l'Anglais présent à Paris l'atteste :

1^o. Il peut traiter avec des Français, et avoir avec eux des démêlés d'intérêts : dans ce cas, nos tribunaux ont, sans doute, le pouvoir de le juger ; d'abord parce qu'un Français doit trouver de la protection dans ses juges naturels, contre des étrangers aussi bien que contre ses concitoyens ; ensuite, parce qu'une nation qui connaît les devoirs de la justice naturelle doit défendre un étranger contre les injustices de ses citoyens. Il est pour les étrangers une sorte de domicile passager qui les fait entrer pour quelque temps dans le corps social de la nation qu'ils visitent. Les liens de l'humanité tiennent ici lieu des nœuds sacrés qui attachent des citoyens à la patrie.

2^o. Cet Anglais peut traiter et avoir des démêlés en France avec des Anglais comme lui. Si les deux parties réclament l'autorité de nos lois, nos tribunaux ont incontestablement le pouvoir de les juger ; ce pouvoir leur est donné par le principe le plus sacré de tous les pouvoirs de la Terre : le consentement de ceux qui s'y soumettent. C'est, en quelque sorte, un arbitrage de la justice ; mais ses arbitrages ne peuvent être que des arrêts. Quand même l'un de ces Anglais déclinerait l'autorité de nos tribunaux, on peut, avec justice, l'obliger à s'y soumettre : il ne lui est pas permis de donner le scandale et l'exemple de la mauvaise foi à la nation qui l'a admis parmi ses enfants. Il faut que tout soit juste dans un pays où les lois règnent.¹⁶⁴⁵

La « sorte de domicile passager qui les fait entrer pour quelque temps dans le corps social de la nation qu'ils visitent » équivaut ainsi à une sujétion volontaire et tacite qui les rend passibles de la compétence juridictionnelle de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent. Justiciables passifs autant qu'actifs, volontaires aussi bien que contraints, ils sont soumis à la justice souveraine à raison des biens qu'ils possèdent sur le territoire ou des actes (civils, commerciaux, criminels) qu'ils y passent ou commettent, par l'obligation qu'ils contractent envers l'Etat par le franchissement de ses frontières.

La question de la loi applicable à un litige où un étranger est partie suscite davantage de difficultés. C'est alors, en effet, que Garat nuance son propos. Parce que la loi française n'a pas nécessairement vocation à étendre tous ses effets sur l'étranger et parce que les juridictions françaises n'ont pas, non plus, une compétence qui leur permettrait de connaître de tous les litiges nés entre étrangers qui seraient portés à leur connaissance, l'auteur distingue ainsi les situations où la loi française s'applique, sans contredit possible, à l'étranger et celles où elle doit décliner sa compétence par esprit de justice. Parmi celles où la compétence de la loi française ne se discute pas, figurent les infractions commises par un étranger à l'égard des « lois criminelles » du pays qui

¹⁶⁴⁴ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1783, t. 59, Sou - Substitution, v^o « Souveraineté », par Maître GARAT-le-jeune, § IV, p. 132.

¹⁶⁴⁵ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1783, t. 59, Sou - Substitution, v^o « Souveraineté », par Maître GARAT-le-jeune, § IV, pp. 126-127.

l'accueille, car la double compétence, judiciaire et législative, du lieu de l'infraction est admise par le droit des gens, ce qu'affirme explicitement, à la même époque, le Nouveau Denisart, dans l'article « Droit des gens » :

[Nouveau Denisart, v^o « Droit des gens »] § II. *Quel est le juge de l'étranger en France ?*

2. En matière criminelle, il suffit que le délit ait été commis dans un pays pour que les tribunaux du pays soient compétents pour en connaître, soit que le délit ait été commis par un naturel ou par un étranger. On ne saurait contester à un souverain le droit de réprimer tout acte de violence exercé dans son territoire.¹⁶⁴⁶

C'est dans le même ordre d'idées que s'inscrit Garat, lorsqu'il en tire la conclusion que le consentement de l'étranger est toujours présumé :

La justice et la nécessité de la sujétion des étrangers à nos lois criminelles sont bien plus sensibles encore. Il serait inutile d'avoir des lois et des magistrats qui veillent à l'ordre et au bonheur d'une société, si leur autorité ne pouvait enchaîner et punir indistinctement tous ceux qui voudraient y porter le malheur et le désordre. Elle est, dans tout corps social, cette autorité ; elle n'a pas besoin du consentement de celui qu'elle frappe, pour être juste et légale, ou, plutôt, ce consentement est censé lui avoir été donné dès le moment qu'on s'est mis à sa portée. Dès qu'un homme a touché le sol d'un empire étranger, dès le premier pas qu'il y a fait, il a juré de respecter les lois et l'ordre établi parmi ceux qui l'habitent. Ce n'est qu'à cette condition que l'entrée lui en a été ouverte.¹⁶⁴⁷

Ce dernier point sur le consentement présumé de l'étranger à se soumettre envers les lois criminelles de l'Etat dont il foule le sol – qui n'est qu'une modalité du « consentement conditionnel » de l'étranger de passage – porte en lui les germes du principe qui sera consacré dans le premier alinéa de l'article 3 du Code civil. En effet, les discussions et les thèmes qui ont été soulevés lors de la préparation du Code, à propos du champ d'application des lois réglé par ce même article, ne tourneront qu'autour de ce thème du consentement tacite de l'étranger à se soumettre aux lois nationales souveraines, ce respect des lois conditionnant, en définitive, la jouissance des droits qui lui sont reconnus. Le sentiment dominant, que se charge de véhiculer Garat à la toute fin du XVIII^e siècle, explique ainsi que les Rédacteurs n'auront en vue que la souveraineté de la loi française envers les ressortissants étrangers présents sur le territoire et qu'ils trouvent dans cette vision contractualiste du « consentement conditionnel » une justification de l'extension des lois d'ordre public à l'étranger, sans qu'il ne soit plus nécessaire de prendre en compte aucune exception tenant à l'ignorance excusable. La *lex loci delicti* est désormais clairement envisagée comme une déclinaison de la souveraineté qu'exerce l'Etat sur son territoire.

¹⁶⁴⁶ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1789 (8^e édition, t. 7, Donation - Etape), v^o « Droit des gens », § II, n^o2, p. 256. Voir, plus loin, le § IV, n^o3, p. 261, où l'auteur (anonyme) traite en détail l'affaire de la succession du duc de Douglas, ou affaire *de Douglas*, qui donna lieu à un arrêt du Conseil le 28 octobre 1763, et qui portait sur une supposition de part impliquant un prétendu héritier né en France. C'est à propos de cette affaire, qu'il traite en détail, qu'il retranscrit une consultation d'avocats en faveur des héritiers « légitimes », menacés par l'héritier impromptu. Cette consultation constate d'emblée que : « par rapport à la procédure criminelle, c'est en France que la supposition de part s'est commise ; et c'est une règle admise chez toutes les nations, que c'est au juge du lieu du délit, qu'il appartient de le punir, en prononçant la peine publique due à l'infraction de l'ordre que le souverain a prescrit dans ses Etats ».

¹⁶⁴⁷ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1783, t. 59, Sou - Substitution, v^o « Souveraineté », par Maître GARAT-le-jeune, § IV, p. 128.

§ 2. Les lois d'application impérative et le conflit de coutumes : statuts prohibitifs et statuts odieux.

Lorsque l'on redescend du conflit de lois aux conflits de coutumes, la souveraineté qui est susceptible d'être mise en cause et heurtée par la mise en œuvre d'une règle de conflit n'est plus la souveraineté d'un Etat national, mais celle d'une coutume, qui est confrontée ainsi à l'idée de devoir souffrir, ou non, les effets portés par une coutume étrangère. En s'appuyant sur la dialectique entre les statuts réels et les statuts personnels, les auteurs des deux répertoires s'efforcent de fournir une explication aux solutions auxquelles ils se trouvent confrontés périodiquement lorsqu'ils abordent telle ou telle facette du conflit de coutumes. Les plus territorialistes d'entre elles leur imposent de recourir aux vieux procédés, recueillis depuis longtemps par le droit français, des statuts prohibitifs et des statuts odieux ou exorbitants du droit commun. Or, les articles « Coutumes » et « Statuts » des deux répertoires ne se livrent pas à une étude approfondie du conflit de coutumes et se contentent, sans rentrer dans le détail, de reprendre les grands traits qui en définissent l'économie générale, en les ordonnant autour de la *summa divisio* traditionnelle, et ce dans la présentation classique qu'en auraient donné Froland et Boullenois, les deux seuls auteurs qui semblent servir d'autorités reconnues en la matière. A ce titre, il n'est guère étonnant de voir ces articles plutôt synthétiques ne s'attarder qu'assez peu sur les exceptions que constituent l'un et l'autre des deux mécanismes d'éviction de la coutume applicable : les statuts prohibitifs et les statuts odieux. Seuls les premiers ont droit à une brève définition dans l'article « Statuts » du Répertoire Guyot, qui reprend, sans rien y ajouter, les éléments de réflexion fournis par Froland et Boullenois (A.). La présence des statuts prohibitifs ou des statuts odieux est bien plus mise en lumière aux détours des questions particulières de droit civil qu'abordent les deux Répertoires et, s'il n'en faut attendre nulle définition théorique, ni justification approfondie, ces différents articles ont pour eux de montrer, par l'exemple, la persistance des statuts prohibitifs (B.) et des statuts odieux (C.) dans la résolution des conflits de coutumes à la fin du XVIII^e siècle.

A. La définition des statuts prohibitifs dans le Répertoire Guyot.

Si, pour l'essentiel, les deux répertoires ne se donnent pas pour mission d'approfondir la thématique du conflit de coutumes et de faire œuvre systématique en présentant de manière détaillée un système complet de résolution des conflits, il faut rendre justice à l'auteur anonyme de l'article « Statuts » du Répertoire Guyot d'avoir dépassé le simple exposé de la distinction bipartite des statuts et d'avoir indiqué les subdivisions qu'elle pouvait connaître. Parmi ces subdivisions, il revient sur l'une de celles qui a le plus d'incidences pratiques et qui reposent sur la valeur et la finalité du statut :

[Guyot, v^o « Statuts »] Quelques statuts sont seulement négatifs, d'autres, prohibitifs, et d'autres, prohibitifs négatifs.

Le statut simplement négatif est celui qui déclare qu'une chose n'a pas lieu, mais qui ne défend pas de déroger à sa disposition, comme quand une coutume dit que la communauté de biens n'a pas lieu entre les conjoints, et qu'elle ne défend pas de l'établir.

Le statut prohibitif est celui qui défend de faire quelque chose, comme la coutume de Normandie, art. 33 [*en réalité, 330*], qui porte que, quelque accord ou convenance qui ait été fait par contrat de mariage, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari que ce qui leur appartient par la coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger.

Le statut est prohibitif négatif, lorsqu'il déclare qu'une chose n'a pas lieu, et qu'il défend de déroger à sa disposition : on confond souvent le statut prohibitif avec le négatif.¹⁶⁴⁸

A cet extrait, il faut ajouter celui tiré de l'article « Dérogation » du même Répertoire, relatif aux coutumes, et rédigé par l'avocat François Dareau¹⁶⁴⁹, qui se réclame ouvertement de l'autorité de Boullenois, et qui entre davantage dans le détail de la distinction :

[Guyot, v^o « Dérogation »] Quant aux coutumes, on peut aussi, quelquefois, y déroger, et, d'autrefois, on ne le peut point. A cet égard il faut distinguer, dit Boullenois, deux sortes de statuts, les uns purement *négatifs* et les autres *négatifs-prohibitifs*. Quand le statut est purement négatif, la disposition de l'homme, selon lui, peut faire cesser celle de la loi, mais quand il est négatif-prohibitif, l'homme ne peut y contrevenir à cause de la défense que la loi prononce.

Mais comment distinguer les statuts simplement négatifs des statuts prohibitifs ? Il aurait été plus simple de dire que les statuts prohibitifs, c'est-à-dire ceux qui portent une défense de faire telle chose sont les seuls auxquels on ne peut pas déroger, et prendre simplement pour statuts prohibitifs ceux qui s'expliquent par ces termes *ne peut*, ou qui sont conçus en termes qui ont une signification équivalente.

Ainsi, dans les coutumes qui disent qu'il n'y aura point de communauté entre conjoints, il est permis de déroger à ce statut qui ne signifie autre chose si ce n'est qu'il n'y aura point de communauté en vertu de la loi, à moins que les conjoints ne la stipulent. Par la même raison, s'il est dit que les conjoints seront *uns et communs*, on peut également déroger à cette disposition qui ne signifie autre chose si ce n'est qu'il y aura une communauté, à moins que les parties ne conviennent qu'il n'y en aura pas.

Mais, s'il était dit par la coutume, comme dans celle de Normandie, qu'il *ne pourra* y avoir de communauté entre les conjoints, c'est alors une prohibition de la stipuler, et l'on ne peut, en ce cas, déroger à la loi municipale. On ne pourrait pas non plus y déroger si le statut, quoique simplement négatif, renfermait avec lui une prohibition implicite tirée des autres dispositions de la coutume.

Ainsi, quoique l'article 266 de la coutume de Poitou se contente de dire que la femme se tenant au don à elle fait par son mari *ne jouira de don et douaire ensemble*, cette disposition ne laisse pas d'être mise au rang de celles qui sont prohibitives, n'étant pas permis dans cette coutume de stipuler don et douaire par quelque convention que ce soit.

Quand la coutume s'explique donc en termes prohibitifs ou, pour mieux dire, quand elle déclare qu'il ne doit point être fait telle ou telle chose, sans entrer dans l'examen si cette chose est de droit public ou particulier, nul ne peut déroger au statut porté à cet égard.

Pour ce qui est des autres statuts sur lesquels la coutume ne s'explique point en termes prohibitifs, il ne faut pas croire non plus qu'il soit toujours permis d'y déroger : ceux qui sont, comme nous l'avons dit en parlant des lois, de droit public municipal, tels que ceux qui concernent les donations, les retraits, les successions, ne sont point susceptibles de dérogation. Ceux auxquels il est permis de déroger sont ceux qui ne regardent que l'intérêt des personnes qui veulent en profiter.¹⁶⁵⁰

Comme l'attestent ces deux articles, la réflexion des contributeurs se place volontiers sous les auspices de la doctrine française des statuts de son époque et démontre que l'auteur a bien pris connaissance des travaux de Louis Froland et, surtout, de Louis Boullenois, dont on retrouve la division entre statuts simplement négatifs et statuts prohibitifs négatifs. Pour autant, il n'en constitue pas l'exacte reprise : l'auteur de l'article « Statuts », ici, distingue un statut simplement prohibitif du statut prohibitif négatif, là où Boullenois aurait réuni les deux règles en une seule

¹⁶⁴⁸ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1783 (t. 59, Sou-Substitution), v^o « Statuts », p. 153.

¹⁶⁴⁹ Olivier DESCAMPS, « DAREAU, François », *Dictionnaire historique des juristes français*, 2^e édition, 2015, p. 305.

¹⁶⁵⁰ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1778 (t. 18, Dénaturer - Dévolut), v^o « Dérogation », par François DAREAU, pp. 289-291.

catégorie. A vrai dire, à lire attentivement les définitions qui sont données en l'espèce, il semble difficile de voir ce qui sépare la disposition prohibitive « à laquelle les contractants ne peuvent déroger » de la disposition prohibitive négative qui « défend de déroger » à la règle qu'elle porte.

Pour appuyer sa démonstration, l'auteur de l'article « Statuts » invoque l'exemple classique de l'article 330 de la coutume de Normandie, qu'il classe parmi les statuts purement prohibitifs, mais que Boullenois avait fini, après moult discussions, et à contrecœur, par ranger parmi les cas les plus emblématiques de statuts prohibitifs négatifs¹⁶⁵¹. La tergiversation sur la qualification la plus exacte à adopter tient, précisément, à la singularité de l'article 330 de la coutume de Normandie : ne faut-il y voir qu'un simple statut prohibitif personnel, c'est-à-dire propre aux conjoints normands, et insusceptible de s'étendre aux conquêtes faits en Normandie par un couple qui n'en est pas originaire ? Ou faut-il épouser les vues de la juridiction normande et voir dans cette prohibition un statut prohibitif à la fois réel et personnel, donc une véritable loi de police dans le sens le plus fort du terme ? Le premier point de vue est exposé et défendu avec ferveur par Jean Bouhier, qui y voit « une loi de police personnelle aux Normands »¹⁶⁵², et il a pu être, un temps, soutenu par le Parlement de Paris et les juristes qui sont fidèles à ce dernier¹⁶⁵³. La solution semble, d'ailleurs, conforme aux vœux de Boullenois, grand partisan du régime de communauté et de son extraterritorialité. Le second point de vue, plus réaliste, a fini néanmoins par l'emporter en jurisprudence et par balayer les réticences de la doctrine. Par conséquent, la résistance acharnée du Parlement de Rouen et son refus ostensible de céder quoi que ce soit au régime de communauté ont contraint la doctrine, et, en dernier lieu, Boullenois, à justifier la solution en recourant à la notion de « statut prohibitif négatif ».

L'exemple est révélateur à plus d'un titre. D'abord, il démontre que la question des conquêtes normands est perçue, dès cette époque, comme celle qui met le mieux en lumière l'action des statuts prohibitifs : c'est vers elle que se tourne le rédacteur de l'article du Répertoire Guyot pour illustrer ce mécanisme. Ensuite, il révèle que tous les enjeux qui gravitent autour de la qualification de statut prohibitif négatif se cristallisent autour d'une notion qui regroupe, déjà, tous les éléments de la loi de police : selon l'effet que l'on veut accorder à cette impérativité, il appartient juste de se décider pour son caractère personnel (restreignant ainsi le cercle des assujettis) ou pour son caractère réel (enveloppant ainsi les personnes étrangères à la coutume dans son interdiction), choix qui présuppose une analyse des intentions du législateur coutumier. L'article 330 de la coutume de Normandie n'est, pourtant, pas, et de loin, la seule manifestation du statut prohibitif qui se rencontre dans les répertoires de jurisprudence.

François Dareau, dans son article « Dérogation », adopte une démarche différente pour aboutir à un résultat similaire. Se demandant si les particuliers peuvent librement déroger aux lois et aux coutumes, il calque la réponse qu'il fait au sujet des coutumes sur celle qu'il a consacrée aux lois. A propos de celles-ci, il distinguait les lois « de droit public » et les lois « de droit particulier » ou de droit privé, « quoique ces lois soient aussi en quelque façon de droit public, en ce que tous ceux qu'elles intéressent peuvent en faire usage ». Les lois de droit public – comme celle qui fixe une prescription ou comme « l'édit du prince qui fixe le taux des rentes constituées » – ne souffrent pas qu'il soit stipulé à l'encontre des règles qu'elles déterminent : comme le dit Dareau, « en un mot, tout ce qui est de police publique n'est point susceptible de dérogation de la part des

¹⁶⁵¹ Sur l'article 330 de la coutume de Normandie chez Boullenois, voir, *supra*, pp. 478-481.

¹⁶⁵² Sur l'article 330 de la coutume de Normandie chez Bouhier, voir, *supra*, pp. 368-369 et 376-380.

¹⁶⁵³ Sur l'article 330 de la coutume de Normandie dans la jurisprudence, voir, *supra*, pp. 541-550.

particuliers »¹⁶⁵⁴. Au contraire, les lois de droit privé acceptent que la libre volonté des parties puisse en disposer autrement, mais seulement pour autant qu'elles n'intéressent que ceux qui contractent. En effet, certaines des lois de droit privé n'ont pas en vue le seul intérêts des particuliers qui en usent, mais également celui des tiers, qu'ils ne peuvent méconnaître par des stipulations contraires : ainsi des textes royaux portant sur les donations et les testaments, ce qui est clairement faire référence aux ordonnances de codification prises à l'initiative du Chancelier d'Aguesseau en 1731, pour les donations entre vifs, et en 1735, pour les testaments. Et l'auteur de conclure avec le même principe que celui qui prévalait pour les lois de droit public : « au surplus, il suffit que ces lois aient pour objet une certaine police publique, pour qu'il ne soit pas permis d' y déroger »¹⁶⁵⁵.

Le raisonnement peut s'étendre, dans une certaine mesure, aux coutumes. Ainsi, Dareau considère que la coutume, à partir du moment où elle édicte une défense, qu'elle soit de droit public ou qu'elle soit de droit privé, doit être respectée par tous de la manière la plus absolue. L'emploi des termes explicitement prohibitifs importe, finalement, assez peu : à partir du moment où la règle coutumière ressortit du « droit public municipal » (entendre : propre à la coutume) ou, serait-il tout aussi juste de dire, de la « police publique », il n'est pas permis de la contourner par une volonté contraire. Chez l'auteur de l'article « Statuts » comme chez François Dareau, mais le cas se vérifie dans d'autres articles¹⁶⁵⁶, le statut prohibitif négatif se charge de cette coloration d'intérêt public ou d'ordre public qui justifie, en l'occurrence, l'irruption d'une règle impérative dans le libre jeu du droit privé.

b) Les statuts prohibitifs à travers les différentes rubriques des répertoires de jurisprudence.

A défaut d'une définition théorique en profondeur des deux mécanismes d'éviction de la coutume potentiellement applicable, les répertoires sont amenés, occasionnellement, au détour d'un article, à évoquer les problèmes inhérents au conflit de coutumes, parmi lesquels figure, précisément, l'intervention exceptionnelle des statuts prohibitifs ou des statuts odieux. Il serait fastidieux et, dans une large mesure, inutile de recenser toutes les (nombreuses) occurrences de ces statuts au sein des diverses questions de droit qui sont traitées dans ces deux collections. Quelques exemples de statuts prohibitifs, inspirés, pour l'essentiel, par la jurisprudence et par la doctrine dominante, suffiront pour mettre à l'épreuve la définition qu'en donne le Répertoire Guyot.

Il n'est guère surprenant de constater que ces exemples relèvent, pour une grande majorité, de ce domaine privilégié d'intervention des statuts prohibitifs que sont les rapports patrimoniaux

¹⁶⁵⁴ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1778 (t. 18, Dénaturer - Dévolut), v° « Dérogation », par François DAREAU, pp. 287-288.

¹⁶⁵⁵ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1778 (t. 18, Dénaturer - Dévolut), v° « Dérogation », par François DAREAU, p. 289.

¹⁶⁵⁶ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1777 (t. 16, Contrôleur - Cyr), v° « Coutume », pp. 386-401, spéc. pp. 390-391 : « Quand une coutume est... revêtue de l'autorité publique, elle tient lieu de loi pour tous ceux qui lui sont soumis, soit par rapport à leurs personnes, soit par rapport aux biens qu'ils possèdent sous l'empire de cette coutume.

Les particuliers peuvent, par leurs conventions et autres dispositions, déroger pour ce qui les concerne, aux dispositions des coutumes, pourvu que ces dispositions ne soient que positives ou négatives, et non prohibitives.

On appelle *disposition positive ou négative d'une coutume* celle qui règle les choses d'une certaine manière sans défendre de les régler autrement et l'on appelle *disposition prohibitive* celle qui défend de régler les choses autrement que la coutume ne les a réglées. On tient communément que les coutumes sont de droit étroit, c'est-à-dire qu'elles ne reçoivent point d'extension d'un cas à un autre, quoique quelques auteurs se soient efforcés de soutenir le contraire » (articlé rédigé en partie par Philippe-Antoine MERLIN, avocat au Parlement de Douai).

entre époux et, d'une manière plus large encore, les rapports de famille. C'est dans ce cadre très riche et très vaste que les conflits de coutumes se sont avérés les plus aigus et les plus délicats à résoudre, retenant ainsi longuement l'attention de la jurisprudence et de la doctrine. Ce sont ces questions de droit qui incarnent le mieux l'organisation, tant familiale que sociale, que les diverses coutumes du Royaume ont voulu établir pour le corps social auquel elles s'adressent et qui leur semble la mieux adaptée aux besoins de celui-ci. L'intransigeance de la coutume de Normandie, par exemple, qui ne se dément pas jusqu'à la fin de l'Ancien Régime et qui plonge tant dans l'embarras ceux qui doivent en expliquer les solutions, ne se révèle jamais, précisément, de manière aussi forte qu'à travers l'action des statuts prohibitifs négatifs (1. et 2.). La prohibition des donations entre époux (3.), la légitime (4.), le sénatus-consulte Velléien normand (5.) et les substitutions (6.) sont tout autant sources de conflits, que seule l'intervention d'un statut prohibitif semble devoir résoudre. Du fait de cette singularité, il est naturel que ces sources fassent leur apparition dans les œuvres de synthèse que sont les répertoires juridiques de l'Ancien Droit.

1) Le régime matrimonial : les contrats de mariage et les gains de survie.

Les rapports patrimoniaux entre époux sont l'une de ces sources de conflit qui illustrent le mieux les difficultés à concilier des intérêts parfois antagonistes, qui peuvent très bien opposer les conjoints eux-mêmes ou encore les époux et leurs familles respectives. C'est pour cette raison que le contrat de mariage fait l'objet d'une attention particulière de la part des coutumes. Parce qu'il s'efforce d'organiser au mieux l'équilibre entre les patrimoines et parce que, reflet de volontés individuelles ou collectives, il a vocation à déployer ses effets sur les biens, où que ceux-ci soient situés, il est tout aussi bien susceptible de se conformer à l'ordre familial garanti par la coutume que d'entrer directement en collision avec cette structure. C'est alors que les statuts prohibitifs négatifs entrent en jeu, comme le rappelle, pour l'essentiel, le Répertoire Guyot dans le préambule à son article « Contrat de mariage » :

[Guyot, v^o « Contrat de mariage »] Les contrats de mariage sont regardés avec raison comme les actes les plus importants de la société civile. Ils sont le fondement de l'état et de la fortune des citoyens ; c'est pourquoi ils sont vus d'un œil plus favorable que tous les autres actes. Nos lois les ont rendus susceptibles de toutes sortes de stipulations en faveur des conjoints et de leurs descendants. On peut y soustraire les biens à l'empire de la coutume où ils sont situés, et les assujettir à la loi du lieu dans lequel on contracte, pourvu que la disposition de la coutume ne soit point prohibitive : on peut y instituer des héritiers, y faire des substitutions ; enfin, y insérer toutes les clauses que l'on juge à propos, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire aux bonnes mœurs et qu'elles ne soient pas positivement défendues par quelque loi ou coutume.¹⁶⁵⁷

Cette affirmation d'un principe aussi général, qui est conforme à l'idée d'un encadrement de la matérialité du contrat par les règles d'ordre public, formalisées, en l'espèce, par les statuts prohibitifs, est précisée, et illustrée de manière plus concrète, plus loin dans le même article :

[Guyot, v^o « Contrat de mariage »] La communauté de biens est de droit commun dans le pays coutumier ; cependant, il y a quelques coutumes où elle n'a pas lieu. Dans celles-ci, les futurs conjoints qui veulent vivre en communauté de biens ont la faculté de déroger à la loi municipale de leur pays, pourvu qu'elle ne soit pas prohibitive. Ils peuvent déclarer qu'ils se soumettent à la

¹⁶⁵⁷ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1777 (t. 15, Consentement - Contrôle), v^o « Contrat de mariage », pp. 279-280.

coutume d'une telle province, d'une telle ville, pour régler leur communauté. On a coutume d'exprimer cette convention en ces termes : « Les futurs époux seront communs en tous biens meubles et conquêts immeubles, conformément à la coutume de... à laquelle ils se soumettent, nonobstant la demeure et les acquisitions qu'ils pourraient faire dans d'autres coutumes contraires, dérogeant pour cet effet auxdites coutumes ». ¹⁶⁵⁸

[Nouveau Denisart, v^o « Douaire »] Les contrats de mariage sont susceptibles de toutes les clauses qui ne sont contraires, ni aux bonnes mœurs, ni à un statut prohibitif. ¹⁶⁵⁹

Dans le cadre du contrat de mariage, la distinction entre dispositions négatives et prohibitives négatives prend tout son sens. Le choix de soumettre leur régime de communauté à la coutume de leur choix – qui n'est pas nécessairement la coutume de leur domicile conjugal – est laissé à leur entière volonté, mais à la condition que la coutume de leur domicile, d'esprit séparatiste, les autorise à déroger à ses dispositions, sans émettre aucune défense à leur encontre. Dans ce cas, la coutume séparatiste est simplement négative, parce qu'elle n'interdit pas qu'un régime de communauté puisse produire effet sur les biens que les conjoints posséderaient sur son territoire. Mais, si la coutume séparatiste est prohibitive et négative, ses dispositions sont d'ordre public et les époux ne peuvent les contourner par leur contrat de mariage.

Parmi les déclinaisons que peut connaître la catégorie des régimes matrimoniaux, une des clauses stipulées par le contrat de mariage retient particulièrement l'attention des juristes de droit coutumier comme de droit écrit : celle relative au gain de survie que le mari, puis ses héritiers, garantissent à la femme au décès de celui-ci. Le douaire préfix, dans les pays de coutumes, et son équivalent dans les pays de droit écrit, l'augment de dot ¹⁶⁶⁰, répondent ainsi à une inspiration commune et à la nécessité de maintenir la condition de l'épouse survivante, qu'il appartient aux conjoints ou, à défaut, aux coutumes, de déterminer. Le douaire, quelle que soit son origine, est une source constante de conflits de coutumes qui ne font jamais un piètre usage des statuts prohibitifs négatifs ¹⁶⁶¹. Or, tout comme le douaire, l'augment de dot préfix est sujet à l'encadrement que lui impose l'ordre public :

[Guyot, v^o « Augment »] L'augment de dot préfix ou conventionnel est celui qui est stipulé, et dont la quotité est réglée par le contrat de mariage, à la différence de l'augment coutumier ou légal qui est dû sans aucune convention, en vertu de la loi seule ou, du moins, de l'usage de la province qui l'établit de droit et qui en règle la quotité... Les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de clauses qui ne sont point contraires aux bonnes mœurs, ni à aucun statut réel prohibitif absolu. ¹⁶⁶²

¹⁶⁵⁸ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1777 (t. 15, Consentement - Contrôle), v^o « Contrat de mariage », pp. 289-293.

¹⁶⁵⁹ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1789 (8^e édition, t. 7, Donation – Etape), v^o « Douaire », § V, n^o8, p. 188.

¹⁶⁶⁰ Sur l'augment de dot, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n^o1122, pp. 1466-1467.

¹⁶⁶¹ Il suffit, à cet égard, de parcourir les entrées « Douaire » des différents répertoires : Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, Dangers - Institution d'héritier), pp. 214-228 ; ID., Paris, 1789 (8^e édition, t. 7, Donation – Etape), v^o « Douaire », article de Maître LEVASSEUR, pp. 168-227 ; Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1778 (t. 21, Douaire - Dyptiques), v^o « Douaire », pp. 3-98, article de François DAREAU, et 99-110, addition de Philippe-Antoine MERLIN.

¹⁶⁶² Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1775 (t. 3, Armoiries-Augment), v^o « Augment », pp. 560-561 ; voir aussi Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1783 (8^e édition, An – Azile), v^o « Augment », § IV, pp. 656-657.

Les résistances auxquelles se heurte la libre détermination des époux et de leurs familles se vérifient particulièrement dans le cas des coutumes qui refusent, de manière particulièrement exacerbée, tout régime de communauté au sein de leur détroit : c'est cette attitude intransigeante qui prévaut dans la coutume de Normandie et, parce qu'elle est l'archétype du statut prohibitif à valeur de police, mérite un traitement à part.

2) Le régime matrimonial : le sort des conquêts, ou le refus de la communauté par une coutume prohibitive.

Le rejet du régime de communauté par la coutume de Normandie est une question qui a été tellement traitée par la jurisprudence et la doctrine statutiste du XVIII^e siècle qu'il n'est pas nécessaire d'y revenir en détail¹⁶⁶³. Les juristes qui contribuent aux deux Répertoires sont ainsi régulièrement confrontés à ce problème si fameux qu'il appelle toujours, de leur part, des considérations propres à la situation de la coutume de Normandie, dans la mesure où ils sont forcés de composer avec la singularité de cette dernière. C'est à dessein que l'article 330 de la coutume avait été pris comme archétype du statut prohibitif négatif, mais ce n'est pas la seule occurrence qui confirme l'excellence de l'exemple. Ainsi, dans l'article « Convenance » du Répertoire Guyot, le poids de l'interdiction coutumière se fait ressentir sur le contrat de mariage :

[Guyot, v^o « Convenance »] Loysel dit dans ses *Institutions coutumières* que *Convenances vainquent la loi*, c'est-à-dire que, par convention, on peut déroger à ce qui est établi par la loi. Observez, néanmoins, que cette règle n'a pas lieu contre un statut prohibitif négatif, tel que celui de la coutume de Normandie, qui défend expressément aux conjoints par mariage de stipuler une communauté¹⁶⁶⁴

De l'aveu même de Maître Levasseur, l'auteur de l'entrée « Communauté de biens » dans le Nouveau Denisart, la prohibition portée par la coutume de Normandie est source de complexités quasi inextricables et même de perplexités :

[Nouveau Denisart, v^o « Communauté de biens »] § V. *Quelle loi régit la communauté conventionnelle ?*
 2. Quelque faveur qu'aient les contrats de mariage, il n'est pas permis d'y contrevenir à un statut prohibitif...
 3. La coutume de Normandie, qui est prohibitive de communauté, donne lieu à deux questions principales.
 1^o La communauté subsistante entre conjoints établis hors de la Normandie peut-elle s'étendre sur les acquêts faits en Normandie ?
 2^o Les conjoints qui vont s'établir en Normandie peuvent-ils stipuler qu'il y aura entr'eux communauté de biens, nonobstant la prohibition de la coutume ?
 Pour la décision de ces deux questions, il y a un point à examiner. Quelle est la nature du statut prohibitif, dont il s'agit ? Est-il personnel ? Est-il réel ?
 Si le statut est personnel, il doit exercer son empire sur tous ceux qui établissent leur domicile matrimonial en Normandie, en quelque lieu que leurs biens soient situés.
 S'il est réel, il doit exercer son empire sur tous les héritages de la Normandie, en quelque lieu que les conjoints soient domiciliés.

¹⁶⁶³ Sur le sort des conquêts normands en jurisprudence, voir, *supra*, pp. 540-550, spéc. pp. 545-550, ainsi que pp. 377-380 (pour l'opinion de Bouhier) et pp. 478-481 (pour celle de Boullenois).

¹⁶⁶⁴ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1777 (t. 16, Contrôleur - Cyr), v^o « Convenance », p. 94. L'adage de Antoine LOISEL figure au titre premier du livre III, in *Institutes coutumières*, éd. Eusèbe de Laurière, Paris, 1774, tome 2nd, pp. 1-2.

L'article 389 de la coutume de Normandie décide que les personnes mariées ne sont communes en biens ; les articles 392 et 329 règlent les droits de la femme sur les meubles et conquêts de son mari ; l'article 330, qui contient la prohibition de communauté, est ainsi conçu : « quelque accord ou convention qui ait été fait par le contrat de mariage et en faveur d'icelui, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari, que ce qui leur appartient par la coutume à laquelle les contractants ne peuvent déroger ». Ce statut, qui a pour but principal la transmission des biens et leur disponibilité, paraîtrait devoir être rangé dans la classe des statuts réels ; mais, alors, son exécution deviendrait impossible, sans blesser la loi normande ou l'équité.

Par exemple, si un mari, commun en biens avec sa femme, et domicilié à Paris, fait des acquisitions en Normandie hors bourgage..., la femme ne pourra, à titre de commune, en demander la moitié en propriété ; elle pourra seulement y prétendre la part fixée par la loi, qui est le tiers en usufruit, *art. 329* ; et elle ne pourra y prétendre plus grande part, nonobstant toute convention, *art. 330*. Mais, alors, c'est blesser l'équité, en donnant lieu au mari de priver sa femme de la moitié qui appartient à celle-ci dans les conquêts aux termes de son contrat de mariage. Que si l'on accorde à la femme une indemnité, alors, c'est blesser ouvertement l'esprit de la coutume de Normandie qui, en accordant à la femme une part moindre que la moitié, et en défendant la dérogation de ce qu'elle a réglé, n'a pas entendu qu'on la dédommagerait en argent de ce qui lui manquerait pour parfournir sa moitié.¹⁶⁶⁵

Le Vasseur en conclut qu'il faut ranger l'article 330 dans la catégorie des statuts prohibitifs personnels, permettant ainsi à des époux qui ne se sont pas soumis à la coutume de Normandie pour fixer leur régime matrimonial, et qui ont choisi la communauté des biens, suivant la coutume de Paris, lieu de leur domicile matrimonial, de faire des conquêts en Normandie et de faire tomber ces derniers dans leur communauté. Si la prohibition est personnelle, la coutume de Normandie n'étendrait alors ses effets que sur ceux qui se sont mariés sous son empire.

Or, le Parlement de Normandie a vu dans les articles 330 et 389 des règles d'ordre public, caractérisées par leur triple dimension réelle, prohibitive et absolue. En proscrivant formellement le régime de communauté, les Normands n'ont pas entendu autoriser qu'une communauté conjugale, adoptée dans une coutume étrangère, puisse s'exécuter sur les héritages compris à l'intérieur de leur province. Levasseur se soucie, comme le faisaient Bouhier et Boullenois, de la fraude qu'un mari peu scrupuleux pourrait être tenté d'orchestrer aux dépens de sa femme en la frustrant de ses droits de communauté par des acquisitions en Normandie. Mais il n'envisage pas, un instant, que la coutume normande ait entendu prévenir un risque de fraude à la coutume, par l'exécution d'un régime de communauté, impliquant ou non un Normand, sur les immeubles de son territoire et, donc, la soustraction des immeubles concernés à l'empire exclusif du statut réel. Dans l'esprit de la juridiction normande, il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'un statut prohibitif, tout à la fois réel et personnel, et cette position intransigeante explique l'infléchissement qu'a dû opérer le Parlement de Paris, inquiet du risque de voir ses sentences demeurer lettre morte, faute de coopération des autorités normandes pour mener à bien leur exécution. La rigueur de la loi de police normande exige que celle-ci s'étende aussi bien aux ressortissants de la province qu'aux étrangers, ce qu'indiquait l'article « Communauté de biens » du Répertoire Denisart de 1771 :

[Denisart, v^o « Communauté de biens »] 3. Celle de Normandie... rejette [*la communauté*] par l'article 389 ; et la jurisprudence du Parlement de Rouen est telle qu'elle ne permet, ni aux futurs conjoints, ni à leurs parents, de la stipuler directement ou indirectement, soit que le contrat de mariage soit passé en Normandie entre personnes habituées en Normandie ou ailleurs, soit qu'il

¹⁶⁶⁵ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1786 (8^e édition, t. 4, Câble – Compatibilité), v^o « Communauté de biens », § V, n^o 2 et 3, p. 708.

soit passé dans une coutume différente, où les conjoints étaient domiciliés, et qu'en se soumettant à une autre coutume, ils eussent dérogé à celle de Normandie. Voyez l'arrêt [*Taillebot*] du 9 août 1743...¹⁶⁶⁶

De manière révélatrice, dans le *Nouveau Denisart*, Le Vasseur en conclut au caractère exorbitant des dispositions de la coutume de Normandie par rapport au droit commun coutumier, qui serait, lui, favorable au libre choix du régime matrimonial par les époux et, par extension, au régime de communauté, qui est, par essence, extraterritorial : « la pleine liberté du mariage, qui intéresse tout le royaume, doit faire resserrer, dans les bornes les plus étroites la prohibition de la coutume de Normandie contraire au droit commun ». Si l'affirmation paraît quelque peu présomptueuse, elle n'en traduit pas moins l'embarras que suscite l'irruption, dans l'économie du conflit de coutumes, de l'ordre public normand, à travers l'emploi du statut réel prohibitif, face aux préoccupations de la majeure partie des pays de coutume, qui se reconnaissent dans le régime de communauté.

3) La prohibition des donations entre époux.

Les donations entre époux sont certainement l'une des questions de droit les plus volontiers mises en avant par les différents auteurs des répertoires pour donner corps à la figure des statuts prohibitifs, mais elles ne sont pas, et de loin, les seules donations qui fassent l'objet d'interdictions de la part des coutumes. S'interrogeant sur ce qui est permis et défendu en la matière, les auteurs des répertoires tendent à s'accorder pour refuser toute extraterritorialité d'une donation autorisée par une coutume dans le détroit d'une autre coutume qui l'interdit expressément.

Dans l'article « Communauté de biens » du *Nouveau Denisart*, Levasseur rappelait la règle, en s'appuyant sur le cas des donations entre époux, qu'il évoquait, au même titre que la coutume prohibitive de communauté de Normandie, pour soutenir les limites imposées à la volonté des époux dans l'organisation qu'ils donnent à leur mariage à venir :

[*Nouveau Denisart*, v^o « Communauté de biens »] 2. Quelque faveur qu'aient les contrats de mariage, il n'est pas permis d'y contrevenir à un statut prohibitif. Tel (*sic*) est, par exemple, la loi qui défend aux conjoints de s'avantager pendant le mariage. Les deux époux ne peuvent pas stipuler qu'il leur sera permis de s'avantager : nonobstant cette stipulation, la donation faite contre la défense de la loi est nulle.¹⁶⁶⁷

L'interdiction qui frappe certaines donations se répète fréquemment au cours des divers articles des deux répertoires et elle est, à chaque fois, directement mise en relation avec l'idée d'un statut prohibitif qui en empêcherait l'exécution sur les biens, meubles ou immeubles, situés sur son territoire. Ainsi du cas de la donation entre vifs faite à une femme mariée sans autorisation de son mari, qui retient l'attention de François Dareau, auteur de l'article « Circonstances » du Répertoire Guyot, qui oppose l'équité à la rigueur du droit et, partant, l'extraterritorialité à la territorialité exclusive. L'avocat parisien y est cohérent avec les vues qu'il développait dans l'article « Dérogation » du même Répertoire, car les coutumes approuvées par le roi peuvent avoir, de ce

¹⁶⁶⁶ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 4, Abandonnement – *Custodi nos*), v^o « Communauté de biens », n^o3, p. 540. Sur l'arrêt *Taillebot*, voir, *supra*, pp. 547-548.

¹⁶⁶⁷ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1786 (8^e édition, t. 4, Câble – Compatibilité), v^o « Communauté de biens », § V, n^o2, p. 708.

point de vue, la même force que les lois :

[Guyot, v^o « Circonstances »] Quand [*la nature de la loi*] est telle que le législateur a prévu, ou dû facilement prévoir, tout ce qu'on pourrait opposer à sa rigueur dans différentes circonstances et que, néanmoins, il a voulu qu'elle fût exécutée dans tous les cas, personne, sous aucun prétexte, ne peut se soustraire à ses dispositions ; tous les motifs d'équité réunis sont incapables d'en adoucir la rigueur. Cette équité apparente, qui peut regarder quelques particuliers, est sacrifiée à un plus grand bien qui est celui de l'ordre public. La loi, par exemple, déclare nulle toute donation entre-vifs faite à une femme mariée sans l'autorisation formelle de son mari pour la recevoir : en vain dirait-on que le mari était absent, qu'il n'était pas possible d'avoir son contentement ; mais qu'en pareil cas, il devait se présumer. Il y a plus : la donation fut-elle favorable, eu égard, soit aux richesses et à la probité du donateur, soit aux besoins et à l'indigence de la femme et de ses enfants, toutes ces circonstances seraient incapables de faire admettre ce que la loi réprovoit positivement, faute d'une autorisation formelle.

Si, en pareil cas, il était libre d'avoir égard aux circonstances, la loi, comme on le sent parfaitement, aurait bientôt perdu toute sa force, et ce que le souverain aurait établi pour empêcher les juges de se livrer à l'arbitraire deviendrait inutile. Ce que nous disons des lois doit s'entendre aussi des coutumes qui ont des statuts absolument prohibitifs, parce que les coutumes introduites sous le bon plaisir du prince pour être observées comme ayant force de loi, ont la même faveur que si elles étaient émanées directement de son autorité.¹⁶⁶⁸

Le don mutuel n'échappe pas à la rigueur du principe. Cette forme de donation, autorisée par la majeure partie des coutumes du Royaume, et vouée à une extension extraterritoriale en vertu de la règle de conflit qui, depuis le célèbre arrêt *de Ganay* de 1527, la soumet à la loi du domicile conjugal, est néanmoins appelée à se briser sur le mur des coutumes qui, comme celle de Normandie, la prohibent formellement¹⁶⁶⁹. La règle générale, qui fait le départ entre coutumes permissives et coutumes prohibitives, est exposée par Denisart, dans l'article « Avantage indirect » de la septième édition :

[Denisart, v^o « Avantage indirect »] 43. Quand les conjoints demeurent sous l'empire d'une coutume qui leur interdit la faculté de se donner, sa disposition n'a d'effet que pour les meubles en général, quelque part qu'ils soient situés, et seulement pour les immeubles situés dans le ressort de la coutume prohibitive.

44. Mais cette prohibition n'empêchera point, par exemple, un mari et une femme domiciliés à Paris de se léguer, ou même de se donner entre-vifs des immeubles situés dans les pays où ces libéralités leur sont permises, parce que, dans tout ce qui regarde la chose, et surtout les héritages, la loi du pays où ils sont situés est celle qui les régit ; de même que pour ce qui regarde la personne et le mobilier (quelque part qu'il soit situé), il faut avoir égard à la loi du domicile ; c'est l'effet de la différence des statuts réels d'avec les statuts personnels. En un mot, l'incapacité de se donner entre mari et femme n'est point absolue, mais elle est relative aux coutumes ; et, quand elles n'ont point de prohibitions expresses, on suit le droit commun qui permet les donations et autres libéralités entre conjoints.¹⁶⁷⁰

L'article « Avantage prohibé » du Nouveau Denisart, qui est, en quelque sorte, la suite et le prolongement de l'article « Avantage indirect », souligne la dimension d'ordre public coutumier qui s'attache à la prohibition des donations entre époux, en s'appuyant sur deux arrêts, l'un rendu par

¹⁶⁶⁸ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1777 (t. 11, Chose - Collecteur), v^o « Circonstances », article de François DAREAU, pp. 38-39.

¹⁶⁶⁹ Sur le don mutuel face au statut prohibitif, voir, *supra*, pp. 563-567.

¹⁶⁷⁰ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 1, Abandonnement – Custodi nos), v^o « Avantage indirect », n^o43 et 44, pp. 191-192.

la grand'chambre du Parlement de Paris le 13 mai 1762, *Le Prestre de Vauban*, et l'autre, le 2 avril 1762, *De Régusse*, tous deux rendus sur les conclusions de l'avocat général Joseph Omer Joly de Fleury¹⁶⁷¹. Dans les deux cas, les donations testamentaires, faites en pays de droit écrit, mais qui s'exécutaient, pour partie, sur des biens situés dans des coutumes prohibitives des avantages entre époux intervenant postérieurement au contrat de mariage, se heurtèrent à un statut prohibitif particulièrement intransigeant :

[Nouveau Denisart, v^o « Avantage prohibé »] § III. *De la prohibition des avantages entre conjoints : nature de cette prohibition.*

9... Après la mort du comte de Vauban, sa veuve prétendit que son testament [*qui lui avait légué en usufruit différentes terres situées en Mâconnais, terre de droit écrit, et en Bourgogne*] devait être exécuté en tout son contenu. Elle se fondait sur la clause de son contrat de mariage, par laquelle les parties s'étaient soumises au droit écrit...

Mais on lui répondait que le droit écrit ne pouvait avoir d'empire au-delà du territoire des provinces qui en reconnaissent l'autorité, que la donation portée au testament, ayant pour objet des biens situés en Bourgogne, où les donations d'entre mari et femme n'ont lieu que dans les cas marqués par la coutume de cette province, elle [*me*] pouvait en profiter, puisque son contrat de mariage ne contenait aucune réserve, et que les héritiers du sang n'avaient point consenti à la disposition.

Par l'arrêt, conforme aux conclusions, la cour déclara la comtesse de Vauban incapable de retenir la jouissance des biens immeubles situés en Bourgogne et régis par la coutume de cette province ; ce faisant, ordonna que le legs en jouissance, à elle fait, n'aurait effet que pour les biens régis par le droit écrit, et que ceux régis par la coutume de Bourgogne demeureraient exempts des dispositions portées au testament, sans que la comtesse de Vauban pût prétendre aucune indemnité, ni récompense sur les autres biens...

10. Un autre arrêt du 2 avril 1762, rendu sur les conclusions du même magistrat, a consacré les mêmes principes ; il a, de plus, décidé que la prohibition d'avantager, dans les coutumes qui la contiennent, est absolue ; c'est-à-dire qu'elle peut être opposée par tous ceux qui y ont intérêt, sans examiner si elle a été introduite en leur faveur, ou non. La dame de Régusse avait institué M. de Régusse, son mari, président à mortier au parlement d'Aix, son héritier et légataire universel. Elle laissait des biens en pays de droit écrit, où les avantages entre mari et femme sont permis ; elle en laissait aussi dans les coutumes de Paris et de Senlis, où ils sont prohibés.¹⁶⁷²

Or, Monsieur de Régusse contestait l'action en nullité de certains legs faits en sa faveur par la défunte intentée par l'oncle de celle-ci, qui agissait pour défendre les intérêts de son fils, bénéficiaire d'une substitution en vertu du même testament. Il lui opposait une fin de non-recevoir, au prétexte que le statut réel qui prohibe des avantages entre conjoints n'instaurait qu'une nullité relative, et non absolue, privant la partie adverse tout intérêt à agir. Mais l'argument se heurte au dissentiment de l'avocat général :

10. ... M. l'avocat général, s'expliquant sur ces différentes fins de non-recevoir, combattit la première, en tant que par les principes que M. de Régusse avait mis en avant, il restreignait au seul héritier immédiat le droit de faire annuler des avantages prohibés :

« L'article de la coutume, dit-il à cet égard, est impératif. Il faut dire même que cette prohibition est d'ordre public et absolue. Toute absolue qu'elle est, elle peut, cependant, n'avoir pas lieu si l'héritier, la partie intéressée, acquiesce à l'avantage, et que nul autre que celui qui a transigé n'ait intérêt ou action pour se plaindre. Alors, il n'est pas, sans doute, d'action publique à intenter contre

¹⁶⁷¹ Philippe PAYEN, « Les Joly de Fleury, des juristes éminents au Parlement de Paris », *Droits*, 2004-2 (n^o 40), pp. 47-64.

¹⁶⁷² Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1783 (8^e édition, t. 2, An – Azile), v^o « Avantage prohibé », § III, n^o9 et 10, pp. 560-564, spéc. pp. 560-561.

le conjoint. Et c'est dans ce sens que l'on peut dire, peut-être, que la prohibition est relative. Mais elle n'est pas moins absolue dans son principe. Elle a été introduite de peur, disent les lois, que les conjoints ne se dépouillent trop facilement par un amour mutuel... mais, bien plus encore, pour enlever une source de divisions dans les mariages : empêcher le plus adroit, le plus intéressé de tromper l'autre... le plus violent, le plus emporté de forcer l'autre à donner ».

« Or, continue M. l'avocat général, toutes les fois que quelqu'un pourra établir un droit, une qualité, une action, la justice doit saisir avec empressement l'occasion de faire prévaloir sur la disposition prohibée de l'homme, la disposition prohibitive de la loi ».

Ce fut d'après ces mêmes principes que M. l'avocat général estima, sur la dernière fin de non recevoir, que, l'incapacité de M. de Régusse étant absolue, il ne pouvait profiter des biens sur lesquels s'étendait la prohibition. Le testament n'est pas, dit ce magistrat, nul pour cela, mais, la testatrice ayant compris dans sa disposition des biens que la loi déclarait son mari incapable de recueillir, l'effet de cette prohibition est de les faire passer, sans moyen, à celui qu'elle lui a immédiatement substitué¹⁶⁷³.

Le principe est ainsi clairement établi : le régime juridique des donations entre époux doit nécessairement prendre en considération la prohibition « d'ordre public et absolue » qu'édicte une coutume d'interdiction, à l'intérieur de laquelle la donation en question serait amenée à s'exécuter, et ce au nom de l'intérêt des familles et de la paix des ménages. Les conséquences en sont dès lors tirées, conformément à la logique des statuts prohibitifs : la coutume qui permet le cède à la coutume qui interdit¹⁶⁷⁴.

4) La légitime.

Dans le cadre d'une succession testamentaire, la libre volonté du *de cuius* se retrouve à devoir composer avec les différentes protections mises en place par les ordres juridiques, coutumiers ou de droit écrit, afin que le disposant ne porte pas préjudice à ses héritiers en les lésant par une trop grande générosité envers un tiers. Les libéralités excessives se heurtent ainsi à la réserve coutumière et à la légitime de droit, selon la diversité des régimes adoptés par les diverses provinces du Royaume. Le cas de la coutume de Paris constitue certainement une bonne illustration de cette complexité, dans la mesure où l'héritier non renonçant, qui ne serait pas suffisamment rempli de ses droits par la réserve héréditaire, peut demander le complément auquel il aurait droit avec la légitime, calculée selon des modalités propres à la coutume parisienne¹⁶⁷⁵.

Dans un arrêt *de Nérac* rapporté par l'article « Légitime » du Répertoire Denisart et rendu le 3 juin 1735, conformément aux conclusions de l'avocat général Guillaume-François-Louis Joly de Fleury, fils du célèbre procureur général, le Parlement de Paris s'est retrouvé confronté à un don mutuel, inscrit dans le contrat de mariage, entre les consorts de Nérac, don mutuel en propriété en l'absence d'enfant ou en usufruit en cas de survivance d'enfant : dans ce dernier cas de figure, les époux avaient stipulé que la légitime serait prélevée et calculée selon le droit écrit, même si leurs biens étaient tous situés dans la coutume de Paris. La dame de Nérac, puis son fils étant décédés avant M. de Nérac, celui-ci requit l'exécution du don mutuel tel qu'il avait été stipulé dans le

¹⁶⁷³ *Eod. loc.*, p. 563.

¹⁶⁷⁴ Pour un exemple du même genre, touchant un legs d'une « somme mobilière », voir Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (t. 3, Intendants – Prix), v^o « Legs », n^o34, p. 118.

¹⁶⁷⁵ Sur la légitime, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n^o963-969, pp. 1293-1299, et Marta PEGUERA POCH, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XV^e-XVIII^e siècles)*, Aix-en-Provence, 2009.

contrat de mariage et demande à advenir aux biens de son épouse, en pleine propriété ou en usufruit des deux tiers, si l'on voulait imputer la légitime de droit de son fils prédécédé. Les héritiers du fils n'acceptaient que de le lui laisser l'usufruit des deux tiers. La question s'est alors élevé de savoir s'il fallait régler la légitime selon le droit écrit désigné par le contrat de mariage ou selon la coutume de Paris, lieu où étaient situés les biens. Les héritiers du fils de Nérac, approuvés, semble-t-il, en cela par l'avocat général, ont donc plaidé que :

... Comme il n'est point permis de priver un enfant de sa légitime, on ne pouvait pas non plus retrancher celle que lui donne la loi de la situation des biens qui y sont sujets. Que l'on pouvait à la vérité, par contrat de mariage, déroger aux lois et coutumes, quant aux dispositions purement positives, mais qu'il n'était pas permis de déroger aux dispositions prohibitives ; que cela, surtout, avait lieu par rapport à la légitime, qui est un droit sacré. Et quand on dit (ajoutaient-ils) que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de clauses, il en faut, néanmoins, excepter, avec les auteurs, celles qui sont contraires aux bonnes mœurs, au droit public et aux lois prohibitives.¹⁶⁷⁶

La règle de conflit en matière successorale donnant compétence à la loi du lieu de situation, réelle ou fictive, des biens, la légitime ne peut que suivre la même voie, en se soumettant à la réalité des statuts. Il suffit donc qu'un contrat de mariage, qui se serait autorisé à déterminer la quotité disponible du don mutuel stipulé entre époux et, par conséquent, la légitime selon le droit écrit, vienne à demander la réalisation du don sur les biens situés dans le détroit de la coutume de Paris, en écartant la compétence de la coutume du lieu de situation. Or, la loi du contrat ne peut pas avoir barre sur la *lex rei sitae* et, surtout, elle ne peut fixer, d'elle-même la légitime et son mode de calcul. La coutume de Paris interdit, en l'espèce, qu'il soit dérogé à ses propres dispositions sur la légitime.

5) Le sénatus-consulte Velléien normand.

Eu égard au particularisme intransigeant qui caractérise la coutume de Normandie, il serait logique que les deux Répertoires mettent au premier plan les dispositions relatives au sénatus-consulte Velléien normand, dans l'entrée qu'ils consacrent, chacun, à cette dernière question de droit, justement pour souligner le dissentiment des décisions auxquelles elle a pu donner lieu¹⁶⁷⁷. Toutefois, l'éclairage qu'ils apportent respectivement s'avère bien modeste. L'auteur de l'entrée « Sénatus-consulte Velléien » dans le Répertoire Guyot, François Corail de Sainte-Foy, avocat au Parlement de Languedoc, est bien plus enclin à développer la pratique du Velléien dans les pays de droit écrit et est, semble-t-il, moins familier avec les singularités de la coutume de Normandie. Il se contente de résumer le régime en vigueur dans cette province en un mot :

Le Parlement de Normandie a reçu, de temps immémorial, le Velléien, qui y est encore observé, dans toute sa rigueur, nonobstant l'édit de 1606, que ce tribunal souverain n'a jamais enregistré.¹⁶⁷⁸

De même, au sujet des conflits de lois qui peuvent s'élever au sujet du Velléien, et, donc, de la qualification qu'il convient d'attribuer à ce statut, il prend, dans la ligne de la doctrine dominante, parti pour la qualification de statut personnel, mais ses réflexions ne le portent, à aucun moment, à

¹⁶⁷⁶ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (t. 3, Intendants – Prix), v^o « Légitime », n^o71, pp. 107-108, spéc. p. 108.

¹⁶⁷⁷ Sur le traitement du sénatus-consulte Velléien normand en jurisprudence, voir, *supra*, pp. 554-563.

¹⁶⁷⁸ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1777 (t. 11, Chose - Collecteur), v^o « Circonstances », article de François DAREAU, pp. 38-39.

envisager l'intervention d'un statut prohibitif, comme, précisément, aurait dû le conduire l'approfondissement de la jurisprudence normande¹⁶⁷⁹. En revanche, Denisart, à l'entrée « Velléien » qui figure dans la septième édition de 1771 (et qui ne connaîtra jamais la refonte opérée par le Nouveau Denisart), relève, en termes concis, mais clairs, la valeur que le Parlement de Normandie a voulu attribuer aux dispositions de la coutume sur l'incapacité velléienne :

[Denisart, v° « Velléien »] 9. Le sénatus-consulte Velléien est observé en Normandie ; et les renonciations que les femmes font au bénéfice de cette loi sont impuissantes, parce qu'on le regarde comme faisant partie du droit public de cette province, auquel les particuliers ne peuvent pas déroger ; et quelque ratification que la femme « puisse faire de son obligation » (dit Bretonnier, *Questions alphabétiques*, v° « Femme ») « même après les dix années, elle est nulle, et on la déclare telle, quoiqu'elle n'ait pas pris de lettres de rescision ».¹⁶⁸⁰

Le sénatus-consulte Velléien a cette valeur de loi de droit public de la province de Normandie, parce qu'elle est, tout simplement, une loi de police à laquelle tous les particuliers, ressortissants de la province comme étrangers, doivent se conformer impérieusement. La solution semble suffisamment acceptée à la fin du XVIII^e siècle pour que le Répertoire Denisart s'en fasse, même de manière extrêmement condensée, l'écho.

6) Les substitutions.

Les substitutions offrent un dernier exemple de statut prohibitif, lorsque celui-ci fait obstacle à la volonté du testateur de porter atteinte, de sa propre initiative, à l'ordre de succession établi par la coutume en décidant de procéder à une substitution¹⁶⁸¹. Etant donné l'importance des enjeux et la gravité des répercussions d'une telle disposition, qui pouvait prendre par surprise tant les membres de la famille que les créanciers, le Parlement de Bretagne a choisi d'appliquer, à la rigueur, l'article 57 de l'ordonnance de Moulins de février 1566, qui ordonnait, à peine de nullité, de publier et d'insinuer les substitutions¹⁶⁸². Ce formalisme rigide a, expressément, pour but de protéger les immeubles situés en Bretagne d'une substitution qui serait consécutive à une succession ouverte dans une coutume qui autorise les substitutions et qui voudrait s'exécuter sur lesdits immeubles bretons. A cette fin, le Parlement de Bretagne a entendu frapper la substitution

¹⁶⁷⁹ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1785, 2e édition (t. 16, Roi-Taffia), v° « Velléien », article de François Corail de Sainte-Foy, p. 200. Dans cette seconde édition, Guyot assortit ce passage relatif au sénatus-consulte Velléien normand d'une note de jurisprudence sur l'arrêt *Granier*, rendu par le Parlement de Grenoble le 25 février 1783, qui confirme l'inclination de ce dernier à soulever un statut réel prohibitif pour faire échec à l'engagement de sa dot par une femme originaire du Dauphiné, où elle s'était mariée et installée, depuis, à Paris. Guyot considère que cela ne fait pas du Velléien un statut réel pour autant. Mais le caractère personnel du Velléien n'est, précisément, pas contredit par les juges dauphinois et leur raisonnement semble davantage se situer sur le terrain du statut prohibitif : *eod. loc.*, pp. 200-201.

¹⁶⁸⁰ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (t. 4, Probation – Zèle), v° « Velléien », n°9, p. 792.

¹⁶⁸¹ Sur les substitutions, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n°928-932, pp. 1253-1257.

¹⁶⁸² François-André ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. 14, n°1 et 2 (juillet 1559 – août 1589), Paris, 1829, Ordonnance de Moulins de février 1566 sur la réforme de la justice, article 57 *in fine*, p. 204 : « Ordonnons aussi que, d'oresnavant, toutes dispositions entre-vifs, ou de dernière volonté, contenant substitution, seront, pour le regard d'icelles substitutions, publiées en jugement à jour de plaidoyrie, et enregistrées es greffes royaux plus prochains des lieux des demeurances de ceux qui auront fait lesdites substitutions, et ce dedans six mois, à compter, quant aux substitutions testamentaires, du jour du décès de ceux qui les auront faites. Et pour le regard des autres, du jour qu'elles auront été passées, autrement seront nulles, et n'auront aucun effet ».

non insinuée, non pas d'une simple inopposabilité, comme dans la déclaration du 18 janvier 1712, mais d'une nullité pure et simple, pour défaut de publicité :

[Denisart, v^o « Substitution »] 44. En Bretagne, les substitutions non revêtues de lettres-patentes enregistrées au parlement, sont nulles pour les héritages de cette Province, lors même que les successions, dont ces héritages dépendent, sont ouvertes dans le ressort des coutumes qui permettent la substitution, et dans lesquelles il y a des biens susceptibles de substitution.

45. Cette nullité a pour fondement deux principes certains en Bretagne : savoir, la prohibition d'avantager dans les immeubles de Bretagne, un des héritiers, au préjudice de l'autre ; et l'incapacité d'établir par convention, dans les familles, un ordre de succéder différent de celui qui est établi par la coutume.

46. L'héritier premier, grevé par la substitution, donnerait inutilement son consentement (en Bretagne), même après la mort de l'auteur commun qui a fait la substitution ; parce que cet héritier ne peut ni valider, ni établir entre ceux qui doivent lui succéder, un ordre de succession contraire à celui de la coutume de Bretagne, qui est de droit public, et qui ne peut recevoir aucune atteinte par les conventions des particuliers.

47. Ces maximes ont été attestées comme constantes par un acte de notoriété signé de vingt-cinq avocats au parlement de Rennes, légalisé par MM. les avocats généraux du même parlement, qui a certifié qu'elles *étaient constantes*, qu'elles n'avaient *jamaï varié*, *étant une conséquence nécessaire du droit public de la province* (de Bretagne) *et de la loi fondamentale des partages de toutes successions, nobles ou roturières*.

48. Cet acte de notoriété a été donné dans l'affaire du baron de Thiers contre M. de Gontaut et autres, dans laquelle il s'agissait des substitutions des terres du Châtel et de Moy, par M. de Crozat. L'arrêt qui est intervenu le 18 août 1751, en la grand'chambre, plaidants M^{es} Delamonnoyé et Gueau de Reverseaux, a jugé en conformité.¹⁶⁸³

En érigeant, par le moyen de la nullité absolue, un véritable rempart contre une aliénation des immeubles bretons qui ne dépendrait que de la volonté d'un disposant, le Parlement a su, pleinement, éprouver les vertus d'un statut réel prohibitif qui se charge de faire respecter le « droit public de la province ». Il s'agit bien d'un statut prohibitif et non d'un statut odieux, car la coutume de Bretagne ne défend pas, pour autant, la pratique des substitutions. En effet, Denisart affirme, juste avant d'évoquer le cas particulier de la Bretagne, que, « de droit commun, les substitutions sont autorisées dans tout le royaume et dans tous les pays ». Il relève que « il est, cependant, des coutumes qui défendent de substituer ce dont on peut disposer : nous en connaissons trois de cette espèce : savoir, celles d'Auvergne, de Bourbonnais et de la Marche. Ces coutumes exorbitantes du droit commun se renferment à la rigueur dans la lettre de leurs dispositions »¹⁶⁸⁴. Cet exemple permet ainsi de bien faire sentir la différence entre les statuts prohibitifs et les statuts exorbitants du droit commun. Ceux-ci, quoique moins mise en valeur, se recensent également tout long des deux Répertoires, comme les survivances de particularismes coutumiers qui ne sont guère acceptées par les autres coutumes, au nom de l'affirmation et de l'émergence d'un droit commun dont les juristes de la fin de l'Ancien Régime sont les témoins privilégiés.

C. Les statuts exorbitants du droit commun dans les répertoires de jurisprudence.

A la différence du statut prohibitif, le statut exorbitant du droit commun ne fait pas l'objet de définitions précises dans les deux répertoires de jurisprudence considérés. Il est davantage constaté *de facto* qu'il n'est étudié pour lui-même et ce sont surtout ses effets, non sa nature, qui

¹⁶⁸³ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (t. 4, Probation – Zèle), v^o « Substitution », n^o44-48, pp. 584-585.

¹⁶⁸⁴ *Eod. loc.*, n^o41-42, p. 584.

retiennent l'attention. De fait, il ne donne pas prise à une définition *ratione materiae* et il se révèle, au fond, n'être qu'un simple concept destiné à opérer dans le cadre d'une opération de qualification. A ce concept, une seule conséquence pratique est attachée, mais elle est essentielle : celle d'interdire au statut, ou coutume, en cause d'étendre son effet à l'extérieur de la coutume qui l'admet et de se resserrer étroitement dans le détroit de celle-ci. Cette restriction se manifeste à travers une foule de cas particuliers qui suscitent et appellent cette qualification de « droit exorbitant » du droit commun, qui est exposée laconiquement, tant par le répertoire Denisart que par le Répertoire Guyot. Les affirmations y sont d'un grand classicisme et, de ce fait, ne livrent aucun critère d'interprétation approfondi :

[Denisart, v^o « Droit »] 4. Il ne faut pas donner d'extension à ce qui est exorbitant du droit commun. *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias* (D. 50.17.141).¹⁶⁸⁵

[Denisart, v^o « Statut »] : 16. Il ne faut pas étendre d'un cas à un autre cas, même semblable, les statuts qui sont exorbitants du droit commun. *Statutum exorbitans a jure communi, non extenditur ad casus similes*.¹⁶⁸⁶

[Répertoire Guyot, v^o « Droit exorbitant »] DROIT EXORBITANT, celui qui est contraire au Droit commun.¹⁶⁸⁷

Le statut exorbitant ne se définit donc qu'en contemplation avec le droit commun. La question se pose alors de savoir ce qu'il faut entendre, sous la plume des auteurs de deux répertoires de la fin du XVIII^e siècle, par « droit commun », ne laisse espérer aucune réponse unitaire. Des différentes définitions du droit commun qui sont livrées par les répertoires, il apparaît qu'il ne faille pas s'arrêter à une acception qui ferait consensus dans l'ensemble du Royaume, en raison de la séparation des pays de coutumes et des pays de droit écrit. Si, dans ces derniers, il ne fait aucune difficulté à ce que le droit romain soit observé « comme loi »¹⁶⁸⁸, la détermination du droit qui serait commun aux pays de coutumes est un sujet complexe, qui requiert une grande sensibilité aux nuances, comme l'attestent les différentes tentatives de définition recensées dans les deux répertoires. Dans toutes ces définitions, seul le Nouveau Denisart prend nettement position en consacrant une entrée à la notion de « Droit commun » :

[Denisart, v^o « Droit commun »] 1. On entend par *droit commun*, non seulement les ordonnances et les décisions communes à toutes les coutumes du royaume, mais encore cette portion de droit romain, qui concerne l'état des personnes, la nature des contrats, l'exécution des testaments et des substitutions, que la sagesse de ce droit a fait adopter. C'est ainsi que le droit commun est défini par Dumoulin et par le Brun...

3. Dans les pays de droit écrit, le droit romain forme le droit commun.

4. Le droit commun n'établit ordinairement que des règles générales, auxquelles une autorité légitime peut apporter des exceptions.

¹⁶⁸⁵ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (t. 2, Dangers – Institution d'héritier), v^o « Droit », n^o4, p. 235.

¹⁶⁸⁶ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (t. 4, Probation – Zèle), v^o « Statut », n^o16, p. 567.

¹⁶⁸⁷ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1778 (t. 21, Douaire-Dyptiques), v^o « Droit exorbitant », p. 262.

¹⁶⁸⁸ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1778 (t. 21, Douaire-Dyptiques), v^o « Droit écrit », p. 247.

5. C'est une maxime de droit que *jus commune extendi, jus singulare restringi debet*.¹⁶⁸⁹

[Nouveau Denisart, v^o « Droit commun »] : On entend par *droit commun* les lois d'un pays qui sont exécutées dans un autre pour lequel elle n'ont pas été faites spécialement, et où il pourrait exister quelque loi particulière qui serait différente.

On dit, par exemple, que tel article de la coutume de Paris forme le droit commun des pays coutumiers. Pour cela, il n'est pas nécessaire que la disposition de la coutume forme la règle de toutes les provinces coutumières, sans exception ; il suffit qu'elle soit adoptée dans les coutumes muettes, quoiqu'il y en ait d'autres qui la rejettent expressément.

De là, il résulte que c'est se servir d'un terme impropre que de dire qu'une ordonnance faite pour tout le royaume, telle que celle des donations, et qui déroge à toutes coutumes et lois contraires, forme le *droit commun* du royaume. Il faut dire que c'est une *loi générale* du royaume.

Sur la question, si le droit romain forme le droit commun de la France, voyez le *Discours préliminaire*, tome 1^{er}, page LXII¹⁶⁹⁰.

[Répertoire Guyot, v^o « Droit »] DROIT COMMUN. C'est celui qui sert à plusieurs nations, ou à une nation entière, ou, du moins, à toute une province, à la différence du droit particulier dont l'usage est moins étendu.

Par exemple, c'est une règle du Droit commun des nations policées de ne point attenter à la personne d'un ambassadeur. La loi que tout un Etat, que toute une province observe sur quelque objet, fait partie du droit commun de cet Etat, de cette province.¹⁶⁹¹

Pour trouver une ligne directrice susceptible de déterminer le droit commun vers lequel il convient de se tourner pour apprécier l'exorbitance d'une disposition coutumière, il semble qu'il faille prendre inspiration auprès des règles énoncées par les articles consacrés à la notion de « Coutume » à propos des coutumes muettes. C'est là, en effet, que se dessinent les contours d'un droit commun protéiforme et contingent, qui varie selon les questions de droit abordées et selon les provinces du Royaume. Alors que Denisart, dans sa septième édition de 1771, prenait résolument partie pour la reconnaissance de la qualité de droit commun à la coutume de Paris, sauf pour les provinces qui ont pour tradition de s'en référer au droit romain¹⁶⁹², le Nouveau Denisart déclare qu'il n'y aucune « règle absolument certaine » : « il faut suivre, ou les coutumes voisines, ou le droit romain, ou, en particulier, telle coutume : Paris, ou une autre, suivant qu'il paraît le plus juste et le plus raisonnable dans la cause ». Aux yeux de l'auteur anonyme de l'article, la coutume de Paris n'est qu'un, parmi d'autres, des droits communs auxquels il est loisible, selon l'exigence de la cause ou la tradition des cours, de se référer, aux côtés des provinces voisines et du droit romain. Déniant à la coutume de Paris la qualité de *prima inter pares*, il admet, néanmoins, que les mérites intrinsèques de la coutume, ainsi que son prestige, ont pu fortement influencer la pratique des juridictions¹⁶⁹³. Le point de vue qu'il adopte est nettement plus réservé à l'égard de la coutume

¹⁶⁸⁹ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 2, Dangers – Institution d'héritier), v^o « Droit commun », n^o1, 3, 4 et 5, pp. 235-236.

¹⁶⁹⁰ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1788 (8^e édition, t. 7, Donation - Etape), v^o « Droit commun », pp. 253-254. Voir, *eod. loc.*, v^o « Droit écrit » : « Le terme de droit écrit signifie... le droit romain, qui a force de loi dans plusieurs provinces du royaume ».

¹⁶⁹¹ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1778 (t. 21, Douaire-Dyptiques), v^o « Droit commun », p. 242.

¹⁶⁹² Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 1, Abandonnement - *Custodi nos*), v^o « Coutume », n^o17 et 18, p. 745 : « 17. Quand une coutume est muette sur un point de droit, si la coutume de Paris le décide, elle sert de règle, surtout dans les dispositions conformes au droit commun... »

¹⁶⁹³ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1786 (8^e édition, t. 5, Compensation - Décimes), v^o « Coutume », § V, n^o6-10, pp. 675-676.

parisienne que celui qui transparaît dans l'article « Droit commun » du même répertoire. Le Répertoire Guyot rejoint volontiers cet avis mitigé, en refusant ouvertement toute préséance à la coutume de Paris sur les autres, mais en ajoutant que, selon les matières qui sont réglementées par le droit romain ou qui sont proprement coutumières, il faut avoir recours soit au droit romain, soit à la disposition d'une autre coutume : « soit la coutume de Paris, ou quelque autre plus voisine, en s'attachant particulièrement à celles qui ont le plus de rapport ensemble, et qui paraissent avoir le même esprit : ou, s'il ne s'en trouve point qui ait un rapport plus particulier qu'une autre, en ce cas, il faut voir quel est l'esprit général du droit coutumier sur la question qui se présente »¹⁶⁹⁴.

Quelle que soit la source du droit qui endosse ce rôle de droit commun, le statut exorbitant ou odieux se définit donc comme la disposition coutumière qui se sépare du droit commun en adoptant une solution qui soit directement contraire au droit commun ou qui aille à l'encontre de son esprit. En ce cas, la conséquence qu'il importe d'en tirer est toujours la même et elle s'exprime à travers les cas particuliers qui la formulent, parfois, à titre de règle :

[Denisart, v^o « Champart »] 23. Quelques coutumes, par exemple, celle de Clermont en Beauvais, article 119, étendent le droit des champarteurs jusqu'à leur accorder la faculté de choisir dans chaque dizeau. Comme ces dispositions sont exorbitantes du droit commun, il faut les renfermer dans les limites des coutumes qui les contiennent.¹⁶⁹⁵

[Denisart, v^o « Droits seigneuriaux »] 63. Enfin, il ne faut pas perdre de vue que les droits seigneuriaux, favorables dans le principe, sont aujourd'hui considérées comme des servitudes odieuses, qui, loin de pouvoir être étendues, doivent, au contraire, être restreintes autant qu'il est possible.¹⁶⁹⁶

[Denisart, v^o « Mer »] 5. [le droit de varech] est un privilège particulier à cette coutume, qui étant en cela exorbitante du droit commun, doit être renfermée dans ses bornes.¹⁶⁹⁷

C'est à l'aide de ces éléments de définition qu'il est possible de discerner l'action d'un statut exorbitant (ou odieux) du droit commun et d'en percevoir les implications du point de vue de son champ d'application territorial : d'une part, négativement, l'interdiction qui lui est faite d'exporter ses dispositions en dehors du détroit de la coutume qui le contient ; d'autre part, positivement, sa mise en œuvre exclusive et particulière en raison de la souveraineté de la coutume sur le détroit soumis à sa puissance. La qualification n'est guère d'un grand usage dans les répertoires de jurisprudence. Mais deux exemples relatifs aux conflits de coutumes, parmi tant d'autres, suffiront à s'en rendre compte de son utilité : en matière de donations entre vifs (1.) et de conquêts (2.).

1) Les donations entre vifs et la prohibition des préciputs dans les coutumes de Maine et d'Anjou.

Les coutumes du Maine, d'Anjou ou encore du Poitou sont des coutumes d'égalité parfaite

¹⁶⁹⁴ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1784, 2^e édition (t. 5, Contumace - Dixième denier), v^o « Coutume », pp. 145-146.

¹⁶⁹⁵ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 1, Abandonnement - *Custodi nos*), v^o « Champart », p. 430, n^o23.

¹⁶⁹⁶ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 2, Dangers – Institution d'héritier), v^o « Droits seigneuriaux », p. 253, n^o63.

¹⁶⁹⁷ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 3, Intendants - Prix), v^o « Mer », p. 308, n^o5.

qui n'admettent pas qu'un héritier puisse être avantagé par rapport à un autre quant aux legs qu'un de cujus pourrait faire par voie de donation entre vifs, par dot ou par testament. A la différence d'une coutume préciputaire, qui autorise que soit ainsi marquée la préférence faite à un héritier, ou d'une coutume d'égalité simple, où le bénéficiaire est tenu de choisir entre sa qualité d'héritier et celle de légataire, la coutume d'égalité parfaite impose à l'héritier qui aurait été gratifié d'un préciput de le rapporter obligatoirement à la succession. L'ancien droit coutumier a longtemps été attaché à ce principe d'égalité, qui prenait le contrepied du droit romain, qui admettait sans difficulté l'avantage fait à un héritier. A la fin de l'Ancien Régime, bon nombre de coutumes, s'étant ralliées à la solution préciputaire ou d'égalité simple, avaient abandonné le principe de la prohibition des legs aux héritiers. Tel n'est pas le cas des coutumes d'égalité parfaite, comme celles de l'Ouest de la France, et, plus encore, de celles de Maine, d'Anjou ou encore du Poitou, qui s'attachent à entraver tout ce qui pourrait s'apparenter à un avantage indirect en faveur d'un héritier au détriment d'un autre. Le Répertoire Denisart, à l'article « Avantage indirect », et le Répertoire Guyot, à l'article « Avantage » dû à la plume de François Dareau, s'accordent sur ce point :

[Denisart, v^o « Avantage indirect »] 36. La coutume du Maine défend aux personnes roturières d'avantager aucuns de leurs héritiers présomptifs, et de faire la condition de *l'un pire que celle de l'autre*. Cette exception au droit commun n'est étendue, par le plus grand nombre des autres coutumes, qu'à la ligne directe ; celles du Maine et d'Anjou la portent jusqu'à la collatérale, en quoi elles se singularisent.

37. Mais cette disposition exorbitante n'a lieu que pour les libéralités...¹⁶⁹⁸

[Répertoire Guyot, v^o « Avantage »] *Avantage aux héritiers présomptifs*. Il y a des coutumes... où il n'est point permis d'avantager ses enfants ou petits-enfants, au préjudice les uns des autres. Cette prohibition est fondée sur des motifs apparents d'équité, en ce qu'il est naturel de conserver l'égalité parmi ceux que la nature a rendus égaux entre eux, et d'éviter ainsi tout sujet de haine et de jalousie. Mais il est singulier que, dans d'autres coutumes, comme dans celle de Poitou, on ait étendu cet esprit d'égalité à la ligne même collatérale, et qu'il soit défendu, dans ces coutumes, d'avantager son héritier ou l'héritier présomptif de son héritier, au préjudice des autres, si ce n'est ou d'une certaine nature de biens, ou d'une certaine quotité. Cependant, quoique les dispositions de ces coutumes s'exécutent à la rigueur, la prohibition n'est pas telle, qu'on doive généralement suspecter de fraude tous les actes qui se passent entre parents, héritiers prochains ou immédiats.¹⁶⁹⁹

Le caractère exorbitant de la disposition de la coutume du Maine ne tient pas, en l'espèce, au fait que cet ensemble de coutumes appartienne au groupe des coutumes d'égalité parfaite. Au XVIII^e siècle, ce régime est certainement devenu minoritaire par rapport à la pratique qui domine les autres coutumes du Royaume, sans même parler des pays de droit écrit, ralliés depuis longtemps aux règles de droit romain, mais c'est un trait partagé par tout un ensemble de coutumes, sans que le droit commun n'y trouve à redire. La dimension exorbitante s'apprécie, en l'occurrence, par le durcissement de la prohibition et son extension à la ligne collatérale, ce que la plupart des coutumes d'égalité parfaite se sont retenues de faire. Comparée à une tendance dominante qui tend à privilégier les legs par préciput, appuyée, qui plus est, par une partie non négligeable de la doctrine, la résistance farouche de certaines coutumes ne peut être qualifiée autrement que

¹⁶⁹⁸ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 1, Abandonnement - *Custodi nos*), v^o « Avantage indirect », n^o36-37, pp. 190-191.

Voir aussi Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1783 (8^e édition, t. 2, An - Azile), v^o « Avantage indirect ».

¹⁶⁹⁹ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1784, 2^e édition (t. 1, Abaeus - Bagues), v^o « Avantage », p. 713.

d'exorbitance envers le droit commun.

2) Les conquêts de première communauté et l'intérêt des enfants du premier lit : l'article 279 de la coutume de Paris.

L'article 279 de la coutume de Paris est un exemple assez classique de statut exorbitant, qui entend, en l'espèce, durcir l'interdiction portée par l'Edit des secondes noces de juillet 1560 afin de protéger les intérêts des enfants du premier lit, en sanctuarisant les conquêts issus du premier mariage et en empêchant la mère survivante de les apporter à la communauté qu'elle contracterait par un second mariage, ce que confirment à la fois Denisart et Dareau, dans le Répertoire Guyot :

[Denisart, v^o « Conquêts »] 26. Comme la disposition de l'article 279 de la coutume de Paris est exorbitante du droit commun, on demande si une femme qui, dans le courant d'une première communauté régie par une autre coutume qui n'a point de semblable disposition, on demande, dis-je, si cette femme ayant acquis des biens, et venant ensuite s'établir à Paris, le mobilier qu'elle a de son premier mariage est soumis à la disposition de l'article 279 ? Je pense que non, parce que la coutume de Paris ne peut pas s'appliquer à un mobilier acquis pendant que la femme vivait sous l'empire d'une autre coutume. La femme, en acquérant un domicile à Paris, n'a rien perdu du droit qu'elle avait sur le mobilier qu'elle avait acquis ; et ce cas, n'étant pas celui qui a été prévu par la coutume de Paris, doit se juger suivant les lois générales qui s'observent dans le royaume.¹⁷⁰⁰

[Répertoire Guyot, v^o « Conquêt »] Les conquêts, dans la coutume de Paris, ne font pas à la libre disposition du mari, ni de la femme, lorsqu'ayant des enfants, ils passent à un second mariage... La coutume de Paris est tellement respectée sur cet article qu'il a été jugé, par un autre arrêt du 4 août 1733, que la femme qui n'a pour tout bien que ce qu'elle a gagné dans une première communauté ne peut même pas faire entrer dans une seconde communauté une partie de ce qui provient de la première, lorsqu'elle a des enfants, quand même cette partie n'excéderait point une part d'enfant... Observez que cette disposition singulière de la coutume de Paris ne reçoit point d'application hors de son territoire et que, même, elle ne produit d'effet qu'autant que dure le second ou tout autre mariage subséquent. Mais on demande si une femme qui aurait des conquêts de sa première communauté régie par une autre coutume, et qui viendrait se remarier à Paris, serait soumise à l'article 279 de la coutume de cette capitale ? La négative est l'opinion la mieux fondée, par la raison que le nouveau domicile que la femme acquerrait à Paris ne serait pas un motif pour lui faire perdre des droits qu'elle aurait déjà acquis.¹⁷⁰¹

Sans entrer dans le détail de cet article 279, qui organise une substitution légale au profit des enfants du premier lit, en empêchant leur mère de disposer des conquêts issus de son premier mariage, il suffit de constater que le régime protecteur qu'il institue ne peut s'appliquer qu'aux mariages, et aux régimes de communauté, conclu sous l'empire de la coutume de Paris. Les biens qui sont ainsi visés, parce que destinés à former les conquêts de première communauté, ne peuvent être que ceux acquis pendant un mariage qui aurait choisi la communauté parisienne comme fondement de son régime matrimonial. Or, l'interprétation restrictive de l'article suppose que ces conquêts doivent s'entendre uniquement des meubles rattachés à un domicile parisien lors du premier mariage et des immeubles situés sur le territoire de la coutume de Paris. Les conquêts sont situés, réellement ou fictivement, dans le détroit coutumier de Paris, parce que la réglementation de

¹⁷⁰⁰ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1771 (7^e édition, t. 1, Abandonnement - *Custodi nos*), v^o « Conquêts », n^o25-26, spéc. n^o26, p. 623.

¹⁷⁰¹ Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1784, 2^e édition (t. 4, Combat - Contrôleur), v^o « Conquêt », p. 484.

l'article 279, n'étant ni connue, ni partagée par les autres coutumes ou par le droit romain, n'a aucune chance d'être appliquée en dehors du détroit de la coutume. Le mobilier qui aurait été régi, jusqu'au jour du second mariage, par la coutume d'un domicile non parisien et les immeubles situés sur le territoire d'une autre coutume échappent donc à l'empire de l'article 279. Ainsi, la qualification de statut exorbitant permet à une femme qui vient s'établir à Paris pour son second mariage de ne pas être surprise par une disposition qui lui aurait été inconnue, à condition, toutefois, que son premier mariage n'ait pas régi par la coutume de Paris.

La démarche qui consiste à parcourir, de manière forcément sélective, les deux plus célèbres répertoires de jurisprudence de la fin du XVIII^e siècle pour se rendre compte de la pénétration des thèses statutistes dans la doctrine non spécialisée, mais aussi dans la pratique prétorienne qu'elle relaie occasionnellement, offre un double intérêt. Dans un premier temps, la condition de l'étranger s'enrichit et ne se configure plus seulement autour du droit d'aubaine, des lettres de naturalité et des incapacités civiles ou professionnelles qui y sont, par tradition, attachées : sous l'influence, au moins en partie, du droit des gens moderne, elle envisage plus volontiers le rapport que l'étranger entretient avec la souveraineté dont il foule le sol. Ses droits et ses devoirs sont reconfigurés autour de ce concept rénové à la lumière de l'esprit du siècle et les thèmes de la sujétion de l'étranger *ratione delicti* à la loi de l'Etat qui l'accueille, ainsi que du caractère, inexcusable ou non, de l'ignorance dont il pourrait exciper, thèmes bien connus des théoriciens des statuts, trouvent, par l'intermédiaire des répertoires, une diffusion plus large promise à un bel avenir. Dans un second temps, les questions qui tournent autour des conflits de statuts et les mécanismes qui sont mises en œuvre pour les résoudre sont traités avec une grande modération : les œuvres de Froland et de Boullenois servent de référence, mais il n'en est retenu que les grandes lignes et les grandes définitions et il n'est aisé de percevoir si leur complexité a été bien comprise. A l'instar de proches contemporains tels que Prévost de la Jannès et Pothier, rares parmi ceux qui se sont aventurés sur le terrain statutiste en dehors des trois grandes références, l'approche théorique, dans les répertoires, est réduite volontairement à l'essentiel, afin de laisser le sort des conflits au simple jeu de la dichotomie entre statuts réels et statuts personnels, statuts positifs, négatifs et prohibitifs-négatifs. Ces derniers sont régulièrement convoqués par les auteurs des différents articles de droit civil afin de servir de fondement à des solutions concrètes, marquées par leur territorialisme impérieux et par l'action d'un statut qui se place au croisement de l'exception d'ordre public et des lois de police. Les statuts exorbitants du droit commun forment une classe à part et isolée, reflet des singularités que réserve et laisse survivre la diversité des coutumes, et qui n'appelle pour autre réponse qu'un resserrement étroit à l'intérieur du territoire. La nature même de ces répertoires ne peut laisser espérer une présentation systématique et approfondie des conflits de coutumes, mais elle permet, par sa démarche empirique, de constater la diffusion des grandes idées qui y président et le maniement des principales notions qui la caractérisent. C'est, au fond, le même esprit de synthèse que l'on retrouvera à l'œuvre lors de la discussion et de l'élaboration de l'article 3 du Code civil de 1804.

CONCLUSION DU CHAPITRE II.

Les conflits de lois, tels qu'ils se révèlent au travers de la jurisprudence de l'Ancien droit, offrent ainsi l'occasion aux diverses juridictions du Royaume d'ériger des barrières contre les effets jugés indésirables de l'application d'une loi étrangère dans leur ressort territorial, lorsque ces effets sont de nature à perturber l'ordre public, coutumier ou international, dont ils sont les garants. Le fonctionnement normal de la règle de conflit en est inévitablement entravé, dès lors que ces impératifs d'ordre public l'emportent nécessairement sur toute autre considération. La diversité des mécanismes mis en œuvre pour faire barrage – qu'ils puissent s'interpréter comme l'action d'une loi de police, d'une exception d'ordre public ou d'une réaction à la fraude à la loi – permet de dessiner la figure d'un « statut prohibitif » qui, s'il demeure encore à bien des égards réel, ne se cantonne plus au seul régime des immeubles, mais, par contamination, étend son champ de compétence jusqu'à prendre à sa charge la sauvegarde des intérêts essentiels du Royaume et de ses sujets. Mais, en ces temps où l'absolutisme royal parvient à sa pleine maturité, la souveraineté coutumière se double et se renforce d'une souveraineté nationale qui est appelée à intervenir dans des litiges de plus en plus internationaux, pour refouler, le cas échéant, tout ce qu'une loi proprement étrangère peut porter de valeurs contraires à celles partagées dans l'ensemble du Royaume. Dès lors, à côté du statut prohibitif, particulièrement présent dans les conflits inter-statutaires, prend place désormais la législation royale dont il incombe aux Parlements de faire respecter les dispositions, y compris par les étrangers présents sur le territoire.

Ainsi, la défense et la protection de l'organisation familiale, des personnes et des biens qui en composent le patrimoine, la nécessité d'encadrer le jeu des volontés dans l'agencement et l'exécution d'un contrat et, bien entendu, l'utilité et la sécurité publiques qui sous-tendent la politique pénale du Royaume sont autant de questions de droit qui sont susceptibles, à l'occasion d'un conflit de lois, d'entrer dans la sphère de l'ordre public *lato sensu* et de justifier l'application d'un statut prohibitif ou d'une disposition, royale ou propre à une province, qu'il faut bien qualifier d'application immédiate ou de police. La subtilité tient à ce que les juridictions du Royaume raisonnent essentiellement *ab effectu* et que leur réaction est proportionnée au but qu'elles entendent satisfaire. Il ne faut pas attendre d'elles qu'elles appliquent un mécanisme unique qui répondrait à une définition théorique prédéterminée : en effet, il leur importe peu de déterminer si le mécanisme dont elles usent à l'occasion est un « statut prohibitif » ou le fruit d'une disposition de police ou de sûreté. Mais l'éventail et la richesse de leurs interventions témoignent de cette mise en œuvre constante d'un mécanisme dérogatoire à la règle de conflit qui en rectifie les effets pervers et qui s'impose à tous, régnicoles comme étrangers. Or, ces diverses manifestations jurisprudentielles ont offert matière à nourrir la réflexion des arrêtiéristes et, parmi eux, des statutistes du XVIII^e siècle que sont Froland, Bouhier et Boullenois. Ces deux derniers, plus sensibles aux enseignements de l'École hollandaise, ont, les premiers, perçus l'existence, aux côtés des statuts prohibitifs, de ces autres mécanismes correctifs que sont les lois de police. L'étude jurisprudentielle de ces dernières est, par conséquent, indissociable de l'étude des œuvres de doctrine qui ont su, au XVIII^e siècle, mettre un nom sur ce qui était, jusqu'alors, encore très largement inconnu.

La lecture des grands répertoires de jurisprudence de la fin du XVIII^e siècle confirme ces impressions, en prolongeant et vulgarisant quelques-uns des enseignements dégagés par la jurisprudence et par la doctrine spécialisée. D'une part, l'émergence de la *lex loci delicti* de laquelle, par son séjour, l'étranger se fait sujet volontaire du pays d'accueil, idées bien présentes chez Bouhier et Boullenois, se retranscrit en termes nets dans les Répertoires Denisart et Guyot, qui

s'avèrent, à des degrés divers, perméables au souffle nouveau de la souveraineté. D'autre part, les questions inhérentes aux conflits de coutumes, si elles sont abordées de manière diffuse, ne font pas moins état, ponctuellement, de l'intervention des statuts prohibitifs et des statuts odieux. Par sa dimension éminemment synthétique, plus digeste que les volumes imposants de Froland, Bouhier et Boullenois, mais, à bien des égards, plus frustrante, l'ensemble forme une culture générale sur la théorie des statuts qui résume bien le bagage dont disposeront les juristes de la fin de l'Ancien Régime et de la période révolutionnaire au moment de mettre sur le métier l'ouvrage destiné à recueillir l'ensemble des lois civiles de la France et, donc, de discuter de la teneur de son fameux article 3.

CONCLUSION DU TITRE SECOND :

Dans une lettre inédite envoyée au président Bouhier le 26 janvier 1743, dans laquelle il discute, en termes cordiaux, de leur désaccord sur la matière des statuts, Louis Boullenois déclare : « Mon principe est que l'autorité des lois est renfermée dans l'étendue de chaque territoire ; un autre principe est que la loi de la situation commande naturellement aux choses qui y sont situées. Si je suivais ces deux principes à la rigueur, je donnerais dans le système erroné des Flamands et des Hollandais ; ainsi, je crois que ces deux principes ont leurs exceptions, mais dans le cas seulement où il s'agit du bien général du commerce et de la société. C'est pourquoi je suis (*sequor*) la personnalité dans les statuts de la majorité, de la minorité, de l'interdiction, et dans tous les autres statuts où le bien de la société exige que la personnalité agisse dans d'autres endroits, même par rapport aux biens qui y sont situés »¹⁷⁰². Plus sensible, en vérité, qu'il ne veut bien l'admettre aux thèses des Hollandais, Boullenois préfigure ainsi, de manière quasi prophétique, les trois alinéas qui formeront le corps de l'article 3 du Code civil, ses deux principes constituant les deux premières règles sur les lois de police et sur le statut réel et son exception se cristallisant dans la troisième et dernière consacrée au statut personnel. Il réduit ainsi, à sa plus simple expression, un certain nombre d'acquis de la doctrine française du XVIII^e siècle, qui s'est, à la fois, abondamment abreuvée à la source jurisprudentielle et nourrie des travaux de leurs aînés, ainsi que des thèses plus novatrices des Hollandais, sans se départir de tout esprit critique.

La lecture de la doctrine statutiste, italienne, française et hollandaise, a donc fourni un certain nombre de cadres conceptuels, de catégories et de qualifications, mais aussi de raisonnements et de justifications aux auteurs français du XVIII^e siècle qui leur ont permis d'embrasser l'immensité de la production jurisprudentielle en matière de conflits de coutumes. A travers ce travail constant d'apurement qu'effectuent les divers Parlements, c'est tout un arsenal de mécanismes de régulation – au sens propre du terme – des conflits et d'endigement des effets d'une loi ou d'une coutume étrangère qui se met en place, et auquel il appartient aux arrêtiéristes et autres auteurs statutistes de mettre un nom. L'intention du législateur royal ou la détermination coutumière prend, en ce cas, une dimension fondamentale, servant ainsi de *ratio* à la décision des juges. Le champ d'application de la règle, territorial et personnel, gagne alors en importance, par

¹⁷⁰² La lettre du 26 janvier 1743, déjà repérée par Hugues RICHARD, « La place du président Bouhier », *op. cit.*, qui en livre quelques passages, p. 125 et p. 162, figure dans le manuscrit Français 24409 de la Bibliothèque Nationale de France, f^o 156-157 (et est accessible sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b90637180/f163.image>). Nous avons pris soin de retranscrire cette lettre inédite *in extenso* en annexe (n^o3). Nous remercions M. Guillaume Wattellin pour la relecture attentive qu'il a bien voulu consacrer à cette retranscription.

delà les définitions traditionnelles qui s'intéressaient essentiellement à son objet. Application immédiate de la loi française dans les conflits proprement internationaux et statut prohibitif : telles sont les deux manifestations majeures de ces impératifs d'ordre public qui préoccupent, occasionnellement, les juridictions du Royaume et qui peuvent aussi bien prendre la tournure d'une exception d'ordre public ou d'une fraude à la loi que faire office, plus radicalement encore, de loi de police. Entre autres illustrations, la fonction de gardien de la coutume provinciale dont s'est investi le Parlement de Normandie, sous l'Ancien Régime, à chaque fois qu'une autre coutume menace d'entraîner des effets à l'intérieur de ses frontières qui soient contraires à l'organisation sociale et familiale de la province, entraîne comme conséquences d'aiguiser la sagacité des commentateurs et de leur offrir, ainsi, des exemples privilégiés de lois de police et de statuts prohibitifs.

Conscients, également, de l'importance sans cesse croissante prise par les décisions de jurisprudence, mais également, encouragés par les thèses des auteurs de l'École Hollandaise et par la dialectique entre souveraineté/territorialité et *comitas* qui est au cœur de leur pensée, les juristes statutistes français du XVIII^e siècle se sont évertués à réfléchir sur la matière brute que leur fournissait le conflit de coutumes. Ils ont rassemblé, dans une entreprise ambitieuse de systématisation, les enseignements et les concepts que leur avaient légués leurs prédécesseurs, lointains ou immédiats. Leur œuvre, bâtie en parallèle l'une de l'autre, et l'émulation qu'ils ont constamment entretenue entre eux, les ont conduits, par des chemins parfois fort différents, et sans jamais renier leur personnalité propre, à remettre à plat les définitions traditionnelles. Ils les ont enrichies d'une dimension *ab effectu* qu'ils ont directement repris des jurisconsultes hollandais. Leur sensibilité marquée envers cette démarche les entraîne, dans un même mouvement, à s'interroger sur la souveraineté/territorialité des coutumes de France et sur le rôle que peut jouer la *comitas* dans le desserrement de l'étreinte que conserve cette dernière. Le diptyque territorialité/extraterritorialité joue, dès lors, un rôle prépondérant, voire central, dans leurs constructions intellectuelles. Les catégories traditionnelles que sont les statuts réels et statuts personnels connaissent une mutation sémantique qui conduit à les assimiler aux statuts territoriaux et aux statuts extraterritoriaux.

C'est ainsi que les lois de police apparaissent, formellement, au sein de la théorie des statuts comme une catégorie à part entière de statuts, qui prend place aux côtés des statuts réels territoriaux, chez Bouhier, ou qui s'appréhende en dehors de la division bipartite traditionnelle, en se rangeant à ses côtés, chez Boullenois. Dans les deux cas, l'intention du législateur et les impératifs d'ordre public militent pour en postuler l'absolue et impérieuse territorialité. Mais, dans leur travail d'identification *ab effectu*, l'un comme l'autre éprouve les limites que leur impose l'absence de définition théorique, dont il ne pouvait trouver le secours parmi leurs aînés. Ils sont donc contraints à adopter une approche casuistique qui les pousse à couvrir un spectre très large et très varié de lois de police et de sûreté. Reprenant certains exemples bien connus de la théorie des statuts, comme l'interdiction d'exporter les denrées en cas de famine, ils portent leur choix sur des cas concrets qui leur semblent illustrer la persistance de ces statuts de police, en même temps que leur caractère extraordinaire à l'égard de la distinction traditionnelle. De ce travail, il n'en ressort pas de systématisation parfaitement achevée. Seul Boullenois, inspiré par le précédent que lui fournissait l'ouvrage de Bouhier, parvient à dégager une règle emblématique qu'il inscrit dans les cinquième et sixième « principes généraux » qui ornent son œuvre majeure, le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*. Plus conscient de la dimension internationale qui s'ouvre aux conflits de lois, l'avocat parisien a le mérite, non seulement de détacher les lois de police de l'emprise tentaculaire

du statut réel, mais également de consacrer, sans doute par hommage à Domat, l'expression de « lois de police » pour caractériser l'application impérative et immédiate de ces lois au nom de l'ordre public.

Bouhier et Boullenois ne se contentent pas de porter à maturation cette catégorie nouvelle. Ils confrontent leurs idées aux statuts prohibitifs, réels comme personnels, et, dans une moindre mesure, aux statuts exorbitants du droit commun (ou odieux) qu'ils rencontrent dans la pratique ordinaire des conflits de coutumes. Face à certaines solutions d'inspiration nettement territorialistes, consacrées en jurisprudence ou rapportées par les auteurs, il leur faut réajuster leurs catégories à des manifestations qu'il leur revient de qualifier et d'étudier, en en discernant les motivations. A cette fin, ils ont recours, une nouvelle fois, à la recherche de la finalité du statut et de sa justification. Praticiens lorsqu'il s'agissait d'enquêter sur l'existence des lois de police, praticiens, ils demeurent au moment de soupeser le caractère prohibitif ou exorbitant d'une règle coutumière. Mais ces qualifications sont intégrées dans un édifice théorique qu'il importe de bien connaître pour bien mesurer la portée de leurs analyses. Par leur conception des conflits de coutumes largement influencées par les idées hollandaises et par leurs affirmations de principe sur la souveraineté territoriale et sur la courtoisie, ils balisent le terrain pour les rédacteurs du futur article 3, alinéa 1^{er} du Code civil.

DEUXIEME PARTIE

LA CONSECRATION LEGISLATIVE, DOCTRINALE ET JURISPRUDENTIELLE DES « LOIS DE POLICE ET DE SURETE » (XIX^E-XX^E SIECLES)

L'article 3 du Code civil de 1804, en son alinéa 1^{er}, n'a, à l'origine, pour seule ambition, dans l'esprit de ses Rédacteurs, que de rappeler, aux Français comme aux étrangers, que les lois veillant au bon ordre public et à la sûreté des biens et des personnes se trouvant sur le territoire avaient, par essence, une application territoriale et une dimension impérative qui s'imposaient à tous, sans qu'il ne soit possible de s'en affranchir. La préoccupation qui conduit ainsi les Rédacteurs à inscrire un alinéa aux consonances aussi directement publiciste et pénaliste dans le corps des lois civiles de la France ne fait, au fond, que traduire, dans les textes, l'attachement pour cette souveraineté de la loi française que les juristes de l'Ancien Droit avaient déjà proclamée et que la fièvre révolutionnaire n'avait pu qu'exhausser. Mais, en choisissant de parler de « lois de police », les juristes qui ont présidé à l'établissement de l'article ont tout aussi certainement payé leur dû à Louis Boullenois, le premier à employer l'expression dans une perspective purement statutaire, et à Jean Bouhier, qui leur a fourni un point de départ pour envisager ces deux classes de lois comme deux catégories autonomes du droit international privé, et, par-delà, aux idées de l'Ecole hollandaise. Pris dans son ensemble, l'article 3 du Code est, par conséquent, tout à la fois anecdotique et essentiel dans l'histoire des conflits de lois : anecdotique, parce qu'il n'est que le produit – très elliptique et très infidèle – d'une longue tradition, celle de l'Ancien Droit, et parce qu'il n'entend pas bouleverser les principes fondamentaux de la matière¹⁷⁰³ ; essentiel, parce qu'il devient désormais l'article de référence autour duquel se forment, se confrontent et se rejoignent la jurisprudence et la doctrine postérieures de France, de Belgique et de tous les pays qui adoptèrent par la suite le Code civil français.

Un nouveau chapitre de l'histoire de cet alinéa 1^{er}, s'ouvre à partir de 1804 : par leur démarche prudente et minimaliste, les Rédacteurs ont, sans doute, contribué à la promulgation d'un alinéa formulé de manière très générale, à la tonalité indéniablement statutaire et remontant, par l'entremise de Boullenois, aux enseignements de l'Ecole hollandaise. Mais ils ne se sont guère engagés sur le terrain de la matérialité même des dispositions visées par l'appellation de « lois de police et de sûreté ». Commence alors un long et lent travail conjoint de la jurisprudence et de la doctrine, tout au long du XIX^e siècle, afin de déterminer le champ d'application – matériel, personnel et territorial – de ces lois.

Conditionnées par la formulation unilatéraliste et souverainiste de l'article 3, et dépourvues du secours d'une étude spécialisée qui se fait, pendant longtemps, trop rare pour être influente, la jurisprudence et la doctrine françaises s'en remettent, durant le premier XIX^e siècle, à la méthode

¹⁷⁰³ La seule véritable innovation matérielle intervient en matière de statut personnel, à l'alinéa 3 de ce même article, et consiste en la substitution de la loi nationale à la loi du domicile, substitution consommée définitivement par la bilatéralisation qu'opère l'arrêt *Busqueta* de la Cour de Paris du 13 juin 1814 : la « capacité, comme tout ce qui relève de l'état civil, se règle par le statut personnel qui affecte la personne et la suit, en quelque lieu qu'elle aille et se trouve » et, donc, pour un étranger, par « les lois de son pays » (voir *Grands arrêts*, n°1, pp. 1-10).

exégétique pour tenter de cerner les contours d'une notion que rien ne semblait, à première vue, rattacher à la matière des conflits de lois. L'alinéa 1^{er} est, surtout, envisagé par les juristes de l'École de l'Exégèse et les juges comme l'expression de la pleine souveraineté de la loi française et de son incontestable supériorité sur les lois étrangères, qui sont alors considérées avec méfiance. En effet, cette sacralisation du Code civil et des dispositions édictées par le législateur français encourage la Cour de cassation à se borner dans sa mission de gardienne du droit français. L'article 3 devient donc un instrument de politique jurisprudentielle qui laisse à la discrétion des magistrats et, particulièrement, de ceux de la Cour de cassation l'opportunité d'apprécier s'il y a lieu d'accueillir ou de rejeter la loi étrangère. Tout au long du XIX^e siècle, la jurisprudence entourant l'alinéa 1^{er} se concentre sur la finalité de l'objectif à atteindre et sur la gravité de l'intérêt, à travers un litige de droit privé ou de droit pénal, qu'il convient de défendre. A partir de la deuxième moitié du siècle, elle renoue, à cette fin, avec l'approche et la terminologie statutistes, notamment celles des Hollandais. Il en résulte qu'une grande variété de domaines devient dès lors susceptible, au gré des interventions des juges, d'entrer dans la sphère d'application de l'article 3, alinéa 1^{er} (Titre premier).

Concomitamment à la diffusion des idées de la théorie personaliste de Mancini, à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, la pratique, sans revenir sur les acquis qu'elle a posés, prolonge sa défense de la souveraineté territoriale en l'étendant à celle de la souveraineté personnelle, usant des « lois de police » ou d'« ordre public » chaque fois qu'il en va de l'intérêt d'un ressortissant français. Le mouvement se poursuit, sans discontinuer, ni s'altérer, à la suite de la Première Guerre Mondiale et se renforce au fur et à mesure que l'Etat en vient à prendre à sa charge toujours davantage de secteurs de la vie économique et sociale et se fait toujours plus interventionniste.

Si, pendant une grande partie du XIX^e siècle, le champ de l'étude et de l'interprétation de l'article 3 a été laissé aux soins des Exégètes, le fait s'en explique aisément : l'entrée en vigueur du Code civil, ayant entraîné la disparition du conflit de coutumes, a, par contrecoup, paralysé la doctrine civiliste dans son ensemble, en la dissuadant de se livrer à tout discours construit sur le conflit de lois¹⁷⁰⁴. L'embarras exprimé par les juristes du premier XIX^e siècle ne fait, au fond, que rejoindre la prudence et l'attentisme de la Cour de Cassation à cette même époque. Il faut attendre les années 1840 pour qu'une doctrine française de droit international privé se révèle et redécouvre les enseignements, trop longtemps délaissés, des auteurs du siècle précédent. La diversification des propositions doctrinales qui en est le fruit – et qui a contribué, au fil du temps, à l'émergence d'une véritable science – démontre que les auteurs français renouent, non seulement, avec les mécanismes dégagés par l'Ancien Droit, mais qu'ils trouvent, également, leur source d'inspiration à l'étranger, dans les travaux des plus grands noms de la doctrine internationaliste de l'époque. En effet, les théories défendues par Friedrich-Karl von Savigny, dans la Prusse des années 1840, ou encore Pasquale-Stanislo Mancini, dans l'Italie de l'après-*Risorgimento*, et, plus particulièrement, leur réflexion sur les lois d'application impérative – quel que soit le nom qu'ils leur donnent, par ailleurs – vont exercer une profonde influence sur la manière dont, à l'intérieur du système juridique français, la doctrine va interpréter les « lois de police et de sûreté » de l'article 3. En l'espace d'un siècle, du milieu du XIX^e jusque dans les premières décennies du XX^e siècle, cette

¹⁷⁰⁴ Henri BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, thèse, Paris, 1929, p. 162 : « Il n'est pas rare de rencontrer ainsi, à la fin du XIX^e siècle, une idée qui avait germé à la fin du XVIII^e et avait disparu avec l'ancien droit : il semble que le Code civil, en enlevant à la science du conflit de lois tout son champ d'application à l'intérieur de la France, l'aurait atrophiée momentanément : elle n'aurait repris son ancienne vigueur qu'au cours du XIX^e siècle au fur et à mesure que les relations internationales se multipliaient : c'est ainsi qu'on voit réapparaître à la fin du XIX^e siècle des idées qui avaient déjà été émises à la fin du XVIII^e siècle, au moment où l'étude des conflits de coutumes avait été poussée le plus loin. »

doctrine française – qui regroupe des figures aussi diverses et aussi antithétiques que Jean-Jacques-Gaspard Foelix, Gabriel de Vareilles-Sommières, André Weiss, Antoine Pillet, Etienne Bartin ou encore Jean-Paulin Niboyet – travaille, sans relâche, pour insérer cet alinéa 1^{er} au sein de leurs constructions doctrinales. La plupart de ces auteurs, marqués par la méthode statutiste, elle-même revigorée par le personnalisme de Mancini, voient dans ces lois une classe particulière qu'ils envisagent comme des « lois d'ordre public », déduisant de leur finalité supposée leur champ d'application territorial et leur impérativité intransigeante. Seul, dans les années 1930, Etienne Bartin, fort des enseignements de Savigny, parvient à conserver cette définition dans un cadre purement conflictualiste, distinguant soigneusement l'exception d'ordre public et les lois de police, c'est-à-dire deux mécanismes au fonctionnement différent, mais qui se rejoignent par leur caractère dérogoratoire au jeu normal de la règle de conflit de lois. L'autorité de ce commentateur inlassable de la jurisprudence finit par convaincre la Cour de cassation de se rallier à cette distinction par l'arrêt *Lautour* du 25 mai 1948¹⁷⁰⁵. L'autonomie conceptuelle des lois de police et de sûreté, par rapport à l'ordre public international et à la règle de conflit, est désormais consommée (Titre second).

¹⁷⁰⁵ Cour de cassation, chambre civile, section civile, *Lautour*, 25 juin 1948 (*Grands arrêts*, n°19, pp. 164-176) : la Cour de cassation y définit l'ordre public international français comme le mécanisme destiné à protéger, d'une loi étrangère qui leur serait contraire, les « principes de justice universelle considérés par l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». L'arrêt est dû à la plume de Paul Lerebours-Pigeonnière, rapporteur de l'affaire, qui, en sa double qualité de professeur à la faculté de droit de Rennes puis de conseiller à la Cour de cassation, s'est fait l'un des principaux relais, en France, de la pensée d'Etienne Bartin.

TITRE PREMIER

LA REDACTION ET L'EXEGESE DE L'ARTICLE 3, ALINEA 1^{ER} DU CODE CIVIL SUR LES « LOIS DE POLICE ET DE SURETE ».

L'article 3 du Code civil de 1804 est-il le point d'aboutissement d'un long processus de maturation qui se formalise, en son dernier état, dans la doctrine statutiste du XVIII^e siècle, ou le point de départ d'une nouvelle ère du droit international privé, qui serait celle de la « pluralité des systèmes », entraînant le transfert des conflits de lois vers les ordres juridiques des Etats-nations ? Pour apporter une réponse pertinente à cette interrogation, et mieux cerner l'esprit et la postérité de son alinéa 1^{er}, l'événement de 1804 doit être ramené à sa juste mesure.

En vérité, les Rédacteurs du Code civil de 1804 n'ont jamais eu l'intention de codifier toute la matière des conflits de lois et l'article 3, qui est la seule disposition générale que le Code contienne à ce sujet, ne peut passer pour la transcription de la théorie des statuts, telle que l'aurait livrée le XVIII^e siècle à la postérité. Le véritable souci qui anime la Commission de rédaction tient à sa volonté de délimiter le champ d'application dans l'espace des lois civiles françaises. Or, cette disposition générale, en son premier alinéa, est, d'abord, envisagée uniquement sous l'angle de la souveraineté et de la territorialité de la loi française, entendue comme étant d'application exclusive sur l'ensemble du territoire, quelle que soit la condition du ressortissant, national ou étranger, qui s'y trouve. A partir de la mise en route, en l'an VIII, du projet de Code voulu par Bonaparte, la rédaction, laborieuse et intensément discutée, de cette disposition traduit les atermoiements d'une Commission qui ne sait comment maintenir le principe de la souveraineté absolue de la loi française, tout en tempérant la rigueur pour l'étranger. Choissant alors de délaissier les affirmations trop générales pour s'en tenir aux prescriptions particulières, les Rédacteurs se contentent de fixer l'empire de la loi française selon trois catégories de lois : les lois de police et de sûreté (alinéa 1^{er}), le statut réel immobilier (alinéa 2), le statut personnel (alinéa 3). Alors que ce dernier alinéa exprime la souveraineté personnelle que revendique, désormais, en tous lieux, la loi française sur ses ressortissants, et eux seuls, les deux premiers, eux, sont de facture plus classique : parce qu'ils manifestent la souveraineté que la loi française entend exercer à l'intérieur de son territoire, ils doivent s'appliquer aussi bien aux citoyens qu'aux étrangers. Ce faisant, les Rédacteurs n'ont fait que puiser dans le fonds commun des doctrines statutistes, mais seulement pour en extraire trois règles particulières, sur le contenu et le fonctionnement desquelles ils n'ont pas entendu se prononcer. L'alinéa 1^{er} sur les lois de police et de sûreté, en particulier, fait écho aux « lois de police » qu'évoquaient Bouhier et Boullenois au XVIII^e siècle, et, par-delà même, à la souveraineté/territorialité des Hollandais, mais les auteurs français, pour leur part, n'ont jamais entendu faire autre chose que regrouper, sous une notion aussi générale, un ensemble composite de dispositions de droit public, de droit pénal et de droit privé qui leur semblaient d'application impérative. De façon moins ambitieuse encore, l'article 3, alinéa 1^{er}, en 1804, n'est, tout au plus, que la consécration législative de ces lois de droit public et de droit pénal. Par conséquent, les Rédacteurs ne leur ont assigné aucune définition précise, laissant, ainsi, à la jurisprudence et à la doctrine le soin de façonner la notion et de lui donner de la substance (Chapitre I).

De la consécration formelle à la détermination jurisprudentielle, il reste donc un fossé que les juristes des premières décennies du XIX^e siècle s'évertuèrent, non sans difficulté, à combler. Après Locré et Malleville, Merlin de Douai, l'un des derniers juristes de l'Ancien Droit à avoir travaillé la question des conflits de coutumes et disciple de Boullenois, a ainsi jeté, autant par son *Répertoire de jurisprudence* que par son œuvre de procureur général près la Cour de cassation, les premières lumières sur un article 3 qu'il fallut interpréter et appliquer sitôt son entrée en vigueur. L'œuvre de Merlin est prolongée par les efforts des Exégètes qui, avec plus ou moins d'aisance et de familiarité avec la matière, ont envisagé l'alinéa 1^{er} comme le socle législatif de ces « lois d'ordre public » qui, dans l'esprit de leur rédacteur, devaient être d'application impérative. En cela, ils sont demeurés fidèles à l'intention première de l'article : souligner la souveraineté de la loi française.

Les premiers pas de la doctrine internationaliste sont marqués par une grande déférence par rapport à l'héritage statutiste, français comme hollandais. De fait, Jean-Jacques-Gaspard Foelix, qui a véritablement introduit le droit international privé moderne en France, se fait le fidèle transcripteur des idées de Joseph Story, dont l'appareil théorique doit tout aux Hollandais et, en particulier, à Ulrich Huber. La manière de raisonner sur le droit international privé est encore très marquée, jusque dans les années 1880, par l'inspiration hollandaise, qui présente l'avantage de coïncider parfaitement avec les accents particularistes et nationalistes de l'article 3. Or, cette inspiration autorise parfaitement, par la dialectique entre souveraineté/territorialité et *comitas*, d'envisager la condition civile des étrangers à l'aune des droits qui leur sont reconnus et de ceux qui leur sont refusés et, donc, de leur soumission, ou non, à la loi française, au détriment de toute autre loi étrangère qu'ils prétendraient introduire sur le territoire. La démarche statutiste conduit nécessairement à confronter territorialité et extraterritorialité et, à une époque où la doctrine, comme la jurisprudence, répugne encore à admettre que la loi étrangère s'applique, *de jure*, sur le sol français, la tentation est forte de s'en remettre à la *comitas* ou à une idée assez vague de justice qui n'en est que le paravent. Le champ d'étude de l'article 3, alinéa 1^{er} est donc investi par une doctrine, qui, à la suite de Demangeat, davantage qu'à celle de Foelix, explore la condition civile des étrangers : des auteurs comme Massé, Mailher de Chassat ou encore, plus tardivement, Barde seront encore très soucieux, malgré des sensibilités très différentes, de maintenir la primauté de la loi française sur le territoire dans le domaine du droit privé (Chapitre II).

La jurisprudence française se fait, durant la majeure partie du XIX^e siècle, statutiste et particulariste. Elle y est, d'ailleurs, portée par son environnement. En effet, l'unification du droit sur l'ensemble du territoire français provoque un déplacement de la matière des conflits sur le plan international : le « droit international privé » – ainsi qu'il est nouvellement nommé à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle – se joue désormais entre des Etats qui sont pleinement souverains et ne se conçoit plus, ou plus principalement, dans un cadre interprovincial ou intercoutumier. Mais il puise néanmoins les principes de ses solutions dans l'héritage de l'Ancien Droit, le seul qui soit à sa disposition. Dans ce contexte, la « loi de police » se substitue au vieux statut prohibitif pour constituer le moyen privilégié d'assurer la primauté de la loi française sur la loi étrangère, dont les juges sont naturellement enclins à se défier, faute de la bien connaître. Elle offre ainsi l'avantage de se dresser comme un rempart contre les intrusions intempestives de la loi d'un pays étranger qui prétend régler une situation dont la loi française souhaite, au contraire, s'emparer exclusivement pour défendre des intérêts qu'elle juge supérieurs dans l'intérêt de la communauté nationale. La « loi de police » se fait alors « loi d'ordre public » et l'instrument d'une politique jurisprudentielle qui se met au service de la notion d'« intérêt national ». Pourtant, progressivement, dès la seconde moitié du XIX^e siècle, les magistrats, plus confiants dans leur

maîtrise de la matière, acceptent de desserrer l'étau de la loi française sur les étrangers et d'accorder plus de confiance, toujours de manière mesurée, à la loi étrangère. L'exclusivisme de la loi française se relâchant, le domaine d'expression des lois de police se spécialise toujours plus et s'affine : ces lois gagnent en extension ce qu'elles perdent en généralité. D'abord, le statutisme ne se réduit plus à une distinction bipartite : les lois de police ne peuvent plus, désormais, se cacher derrière la réalité des statuts et elles gagnent leur autonomie conceptuelle. Ensuite, le statutisme n'est plus la seule méthode mise en œuvre par la jurisprudence : les lois de police se confinent de plus en plus à un rôle d'exception, tout en gardant, à la fois, leur double fonction d'exception d'ordre public et de lois d'application immédiate (Chapitre III).

CHAPITRE I – LA REDACTION DU FUTUR ARTICLE 3 DU CODE CIVIL : LES LOIS DE POLICE ET DE SURETE, EXPRESSION ET LIMITATION DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE/TERRITORIALITE DE LA LOI FRANÇAISE.

L'entreprise de codification du droit civil français, par l'édition d'une loi civile uniforme applicable à l'ensemble du territoire et des citoyens français, lancée par la Révolution et achevée sous le Consulat par la promulgation du Code civil de 1804, si décisive qu'elle soit par ailleurs dans l'histoire du droit civil, se distingue par la modestie volontaire de ses dispositions en matière de droit international privé. Leur présence étique et leur envergure limitée contrastent avec la profusion et la richesse de la théorie des statuts, telle qu'elle était arrivée à son dernier stade de développement au XVIII^e siècle, et avec l'intense activité jurisprudentielle qu'elle couronnait. L'éventualité de codifier les règles relatives aux conflits de lois – puisqu'il n'est plus question de parler de conflits de coutumes, sauf à titre de droit transitoire – a dû paraître, aux Rédacteurs, excéder le périmètre d'action qui leur était confié, non seulement en raison de la tâche écrasante qu'elle aurait représenté pour eux, mais, également, en raison des doutes qu'ils entretenaient sur la pertinence d'intégrer cette discipline dans le Code civil des Français. Leur ambition, déjà grande eu égard aux difficultés que l'entreprise avait pu, et continuait de, susciter, les conduisait à adopter la sage résolution de simplement circonscrire la nature et le périmètre d'action de la loi française, seul objet de leurs vœux et de leur prévenance, sans préjuger du destin qu'il serait donné à leurs règles.

Les Rédacteurs n'ont donc jamais eu l'intention de graver dans le marbre de la loi toute la quintessence des conflits de coutumes et de figer les règles dégagées par la théorie des statuts, et ils ont été d'autant moins enclins à le faire qu'il aurait fallu, pour cela, se prononcer sur des questions complexes qu'ils étaient imparfaitement préparés à affronter. A l'exception de Philippe-Antoine Merlin de Douai, davantage versé, par sa participation au Répertoire Guyot, à se confronter aux questions juridiques transfrontières, les juristes formés dans les dernières décennies de l'Ancien Régime et entrés de plain-pied dans la Révolution n'étaient pas des spécialistes des conflits de lois et ils n'avaient à disposition que le matériau condensé dans les ouvrages épais de l'Ancien Droit. Certes, la doctrine française avait, encouragée en cela par l'Ecole Hollandaise, pris la pleine mesure de la dimension internationale que pouvait recouvrir ces questions de conflits, notamment Prévost de la Jannès et Boullenois, mais son œuvre, prise dans sa généralité, demeurait celle de statutistes experts en conflits de coutumes. Les membres de la commission de l'an VIII ont jugé plus prudent

de ne pas s'aventurer sur ce terrain meuble. Ils ont, logiquement et rationnellement, fait le choix de se cantonner à consacrer un article du titre préliminaire dédié au champ d'application de la loi dans l'espace à la souveraineté de la loi française. L'article 3 du Code civil de 1804 est donc, à l'origine, une déclaration de souveraineté, territoriale et personnelle, et il ressort de sa longue et difficile confection que c'était le seul sens et la seule portée que ses concepteurs avaient entendu lui assigner.

Pris isolément, l'alinéa 1^{er} se place, depuis ses premières formulations dans les projets de codification de Cambacérès sous la Convention et le Directoire jusqu'à sa rédaction définitive, en passant par les réécritures et les amendements qui lui furent apportés, sous les auspices de l'esprit de souveraineté/territorialité qu'avait exalté l'École Hollandaise et auquel l'esprit du siècle avait fait si bon accueil. Dans un environnement marqué par le légicentrisme unificateur et l'exaltation de la loi nationale, les divers rédacteurs ont cherché à inscrire dans le Code un principe général d'assujettissement de tous ceux, citoyens ou étrangers, qui se trouvaient sur le territoire. Il s'agit là d'un héritage, non revendiqué et sans doute inconscient, mais irréfutable dans son esprit comme dans sa lettre, du *strictum* ou du *summum jus* cher aux Hollandais, et qui concrétise, dans la réalité législative, les affirmations proclamées par les deux premiers axiomes de Ulrich Huber. Mais un principe aussi impérieux et absolu n'a pas semblé pouvoir être admis sans être affiné et réajusté à ses véritables finalités. Le principe premier et unitaire s'est donc fracturé en deux alinéas, les deux premiers, délimitant l'étendue de la souveraineté territoriale. L'alinéa 1^{er} aurait pu rester l'affirmation d'une souveraineté politique de l'État sur les personnes, projetant son avenir vers le droit administratif et le droit pénal, et les deux autres alinéas auraient pu se rejoindre pour former des règles unilatérales extraites de l'héritage statutiste réduit à son expression la plus sommaire. Mais leur réunion dans le troisième article d'un Code appelé à fixer les regards de la doctrine civiliste, puis internationaliste, les a condamnés à ne plus jamais se séparer et leur usage conjoint, tant par la jurisprudence que par la doctrine, a provoqué la seule conséquence possible : les lois de police et de sûreté, entraînées par le conflit de lois, ont basculé dans l'escarcelle du droit civil.

La Révolution et les débuts du régime napoléonien ont laissé une forte empreinte sur l'histoire des lois de police. A travers ces dernières, il s'agissait de consacrer l'idée de souveraineté de la loi française sur l'ensemble du territoire, et, par la même occasion, de définir la condition de l'étranger au regard de cette même loi. En effet, les assemblées révolutionnaires se sont distinguées par l'abondante production législative qui les a conduit à édicter des normes de police, en privilégiant désormais, non plus les règlements à caractère administratif, mais également, et surtout, en produisant des lois destinées à s'appliquer uniformément sur le territoire. A travers les formulations qu'en donne la période révolutionnaire, les lois de police restent dans la droite ligne de la conception que s'en faisait l'Ancien Régime, en intervenant essentiellement dans le domaine du droit public, en vue du maintien de la sûreté et de l'ordre, prérogatives qui, aux yeux des députés, incombent pleinement à un État souverain et législateur suprême. Les définitions, ainsi que les traductions concrètes qu'en donnent les assemblées successives, concourent ainsi à confier à l'État la mission de protection et de conservation des personnes et des biens, au besoin, à travers des prohibitions et cette finalité d'intérêt général explique aisément que la répression des délits soit comprise dans cette attribution. Les interventions législatives dans le domaine traditionnellement dévolu à la police donnent lieu à des réalisations remarquables, comme l'imposition d'une unité des

poinds et mesures à l'ensemble de la République¹⁷⁰⁶, mais elles se manifestent également en matière de circulation et d'exportation des grains¹⁷⁰⁷, des eaux et forêts, des transports, des cultes... Plus énergique encore se fait la police des étrangers, qui n'a pas uniquement pour but de traiter de la jouissance des droits de l'étranger, mais de l'assujettir à des mesures jugées nécessaires à la sûreté de l'Etat, de l'ordre public et de la tranquillité du corps social¹⁷⁰⁸. Au fur et à mesure que la générosité et l'humanité des débuts de la Révolution à l'égard de celui qui était encore perçu comme un frère se laissent entamer par la défiance et à la suspicion croissantes envers celui qui apparaît comme un agent de l'ennemi, la dimension répressive s'accroît davantage pour assujettir l'étranger aux lois relatives à la police et à la sûreté en vigueur sur le territoire de la République, conformément à la *lex loci delicti*¹⁷⁰⁹. Cette dernière obligation se traduit magistralement par le titre VI de la constitution des 3-14 septembre 1791, titre qui entend traiter des rapports de la nation française avec les nations étrangères, qui confirme la suppression du droit d'aubaine¹⁷¹⁰ et qui décline les droits qui ont été nouvellement reconnus aux étrangers et les place sous la protection de la loi française. Mais, à cela, une condition est posée *in fine*, qui ne sera jamais plus démentie par la suite :

[Constitution de 1791, titre VI] Les étrangers qui se trouvent en France sont soumis aux mêmes lois criminelles et de police que les citoyens français.¹⁷¹¹

Dans le cadre de l'entreprise de codification et d'unification du droit français, conforme à son esprit légicentriste et conçue comme l'expression de la volonté nationale, que le législateur a entamée sous la Législative et qu'il a commencé à traduire concrètement à partir de la Convention, les rédacteurs des différents projets qui se sont succédés de 1793 à 1796 se sont efforcés de délimiter le champ d'application, à la fois personnel et territorial, des dispositions de la loi civile française qu'ils étaient en train d'édicter. Ce double champ d'application a influencé les rédactions et les réécritures auxquels ont donné lieu les articles relatifs à la question, qui ont, au gré des

¹⁷⁰⁶ Les statuts édictant les poids et mesures font partie des statuts qui regardent la police, selon le président Bouhier : voir, *supra*, pp. 386-392.

¹⁷⁰⁷ Les statuts édictant une défense d'exporter les grains pour prévenir les cas de disette font partie des statuts qui regardent la police, selon le président Bouhier : voir, *supra*, pp. 384-385.

¹⁷⁰⁸ Sur la condition de l'étranger sous la Révolution, voir Jean PORTEMER, « L'étranger dans le droit de la Révolution Française », *Recueils de la société Jean Bodin*, tome IX, « L'étranger », 1^{ère} partie, Bruxelles, 1958, pp. 533-552, qui s'appuie sur les textes votés par les assemblées – et non sur les discours des révolutionnaires – pour dessiner un portrait nuancé, quoiqu'enthousiaste, de leur attitude à l'égard des étrangers, entre « idéal universaliste » hérité « de la philosophie cosmopolite du XVIII^e siècle » et la tradition « nationale » qui prolonge celle de l'Etat monarchique, soucieux de maintenir sa vigilance à l'égard des étrangers, particulièrement en cas de guerre. Sur la part d'ombre que revêt le discours révolutionnaire, déchiré entre les deux tendances qui inspirent ces hommes, voir Vida AZIMI, « L'étranger sous la Révolution », *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?, actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986*, Orléans, 1988, tome II, pp. 699-705.

¹⁷⁰⁹ L'existence des lois relatives à la police – prise dans l'acception publiciste du terme – et à la sûreté et la condition des étrangers, sous la Révolution, est une question que nous avons eu l'occasion de traiter plus en détail dans notre mémoire de Master 2 : *Genèse et développements de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil sur les lois de police et de sûreté, XVIII^e-XIX^e siècles*, Master 2 Histoire du Droit, Paris II Panthéon-Assas, 2007, pp. 50-60. Seuls les aspects directement relatifs au conflit de lois et à la condition des étrangers au regard des lois pénales seront évoqués ici, en rapport avec le processus de rédaction de l'article 3 du Code civil de 1804.

¹⁷¹⁰ Sur les vicissitudes du droit d'aubaine sous la Révolution, voir Jean IMBERT, « La capacité de l'étranger à succéder en France : concession humanitaire ou intéressée (1789-1804) ? », *Humanité et Droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, 1991, pp. 179-186.

¹⁷¹¹ Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat, de 1788 à 1830*, 2^e édition, t. 3, Paris, 1834, Constitution des 3-14 septembre 1791, titre VI « Des rapports de la nation française avec les nations étrangères », *in fine*, p. 254. Cette phrase se complète par la suivante : « leur personne, leurs biens, leur industrie, leur culte, sont également protégés par la loi ».

discussions et des critiques, souvent changé de place dans le Code à venir, pour, en certains cas, ne plus y reparaître. La poursuite de « l'impossible Code civil »¹⁷¹² a été fréquemment sujette aux aléas conjoncturels et aux revirements politiques qui ont caractérisé ce régime d'assemblée jusqu'au Consulat. Les difficultés rencontrées par les parlementaires, dont certains étaient pourtant des juristes de renom, à faire le départ entre la définition du domaine de la loi française dans ses rapports avec les lois étrangères et la condition de l'étranger à l'égard de la loi française (ou de sa loi nationale) expliquent les vicissitudes que la formalisation du futur article 3 a pu traverser. Ce dernier témoigne, dans sa rédaction définitive, du redimensionnement d'un principe général des plus ambitieux en une série de règles qui se proposent pour seul but de réglementer la souveraineté territoriale et personnelle de la loi française. En fin de compte, en faisant glisser en arrière-plan le terrain de la condition civile de l'étranger (qui n'est pas méconnue par l'article 3) pour promouvoir le champ d'application dans l'espace de la loi française, les membres de la commission de l'an VIII étaient guidés par leur attachement à l'esprit de souveraineté. Ils ont donc choisi de se placer dans une démarche *ab effectu*, qui se place sous les auspices de l'École hollandaise et peut s'autoriser des précédents doctrinaux qu'avaient constitués, au siècle précédent, en France, les œuvres de Boullenois et de Bouhier, et d'adopter une formulation unilatéraliste, plus appropriée à la finalité de la grande œuvre qu'ils étaient en train de concevoir.

En effet, les deux premiers alinéas de l'article 3 définitif semblent cristalliser cette souveraineté/territorialité d'inspiration hollandaise, dont l'alinéa 1^{er} semble, précisément, être l'expression la plus emblématique, tandis que le troisième et dernier viendrait trouver quelque renfort auprès de la *comitas*. S'est-il agi, pour les Rédacteurs, de s'inspirer de la théorie des statuts ou ont-ils voulu s'en détacher ? C'est par la compréhension générale de l'article et l'histoire de sa rédaction que doivent se déterminer le sens et la portée que les Rédacteurs entendaient conférer à l'alinéa 1^{er}. L'intérêt, mais également la complexité, de l'étude de l'article 3, dans son ensemble, tiennent à ce que les conditions mêmes de sa gestation interdisent à l'interprète d'être trop péremptoire sur sa paternité intellectuelle. Si l'influence des statutistes est manifeste, il ne faut pas y voir, de la part des codificateurs, un ralliement ouvertement revendiqué à une école doctrinale, ni d'une prise de position franche et massive en faveur de la théorie des statuts. Jamais ils n'ont prétendu, ni même pu imaginer, de condenser toute la richesse de la théorie des statuts en trois courts alinéas. Dans leur esprit, le premier alinéa n'a d'autre intention que d'exprimer la souveraineté/territorialité de la loi française exaltée par l'expérience révolutionnaire.

Eu égard à la renommée de l'article 3, devenu, depuis, la siège du futur « droit international privé », la question de savoir s'il était, ou non, la consécration législative de la théorie des statuts dans ses derniers avatars s'est posée à tous ceux qui l'ont étudié au cours des XIX^e et XX^e siècles. Précisément, parce que ses auteurs directs n'ont pas eu la témérité de faire œuvre de doctrinaires, mais aussi, inversement, parce que la théorie des statuts, dans son expression la plus réduite et la plus simplifiée, était le seul recours dont ils disposaient au moment de rédiger les articles du Code relatifs au droit international privé¹⁷¹³, la réponse ne peut se faire catégorique que si elle prend la

¹⁷¹² Pour reprendre l'expression consacrée par Jean-Louis HALPERIN, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992, qui retrace les différentes tentatives de codification du droit civil français sous les assemblées révolutionnaires jusqu'au Consulat.

¹⁷¹³ L'article 3, pour être devenu le siège de la matière des *conflits de lois*, n'est pas la seule disposition relative au droit international privé. Il faut ainsi citer, parmi les dispositions générales, les articles 11 et 13 (dans sa rédaction originelle) relatifs à la *condition des étrangers*, qui ne sont pas sans entretenir quelques liens avec l'histoire de l'article 3 et les articles 14 et 15 sur les *conflits de juridiction* et instaurant le fameux « privilège de nationalité » (sur ces articles, voir Hélène

peine de retracer tout le processus de rédaction et les accidents qui l'ont marqué. A la question posée, qui avait suscité jusqu'alors des réponses antagoniques¹⁷¹⁴, Armand Lainé a répondu par un article magistral paru en 1905, dans la *Revue de droit international privé*, et qui repose sur une analyse fine et nuancée des sources de l'époque¹⁷¹⁵. Cette reconstitution des événements a fait autorité depuis lors¹⁷¹⁶. Avec le recul qu'autorise désormais l'écoulement d'un siècle, il nous appartient, dès à présent, de mettre nos pas dans ceux de notre guide, tout en gardant à l'esprit les enseignements que notre parcours a permis, jusqu'ici, d'engranger. Lainé avait identifié quatre phases de rédaction des différentes dispositions relatives au droit international privé dans le Code civil ; la genèse immédiate du futur alinéa 1^{er} du Code civil connaît, pour sa part, deux séquences importantes : les travaux préparatoires qui courent jusqu'au projet de l'an VIII, où prédomine un principe général de territorialité absolue de la loi française à l'égard de la loi française (section 1^{ère}), puis l'affinement du principe à partir des projets de l'an IX jusqu'à sa rédaction définitive dans le projet de loi du 29 vendémiaire an XI (section 2nde). C'est à partir de cette seconde séquence, avec les projets de l'an IX, qu'apparaissent, dans la lettre des textes, ces « lois de police et de sûreté » qui présentent l'avantage de cerner de manière plus rigoureuse un principe général qui avait, à ce moment-là, semblé trop radical et trop impérieux pour se maintenir en l'état dans le futur Code civil des Français.

GAUDEMET-TALLON, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil*, *op. cit.*, et la préface de Pierre-Clément Timbal, pp. VII-VIII), voir l'article 2123, alinéa 2 sur *l'hypothèque judiciaire*.

De même, parmi les dispositions spéciales, il faut dénombrer les articles 47 et 48 sur les actes de l'état civil dressés à l'étranger ; l'article 170 et 171, qui renforcent la compétence de la *lex loci celebrationis* pour ce qui est des formes du mariage par des solennités propres de publicité et rappellent la soumission des conditions de fond à la loi personnelle (française) des futurs époux ; l'article 999 sur les formes du testament ; et, enfin, l'article 2128, subordonnant l'exécution d'une hypothèque consentie sur les biens, consécutivement à un contrat passé à l'étranger, à la compétence exclusive des officiers publics français, vestige du caractère de police que pouvait revêtir le statut réel immobilier dans l'Ancien Droit (sur cette question, voir les critiques de Bouhier envers cette souveraineté territoriale impérieuse que réclament les lois royales, *supra*, pp. 396-400). Sur l'ensemble de ces dispositions, article 3 y compris, voir Bertrand ANCEL, *Éléments*, *op. cit.*, pp. 516-528.

¹⁷¹⁴ Le débat mérite d'être étudié dans une perspective historique, car rares sont ceux qui, dans les deux siècles et demi qui ont suivi sa rédaction, n'ont pas émis leur opinion dans un sens ou dans un autre. Aux juristes qui prenaient prétexte du silence du législateur pour plaider dans le sens d'un maintien du système traditionnel (Jean-Jacques-Gaspard Foelix, Charles Aubry et Charles Rau, Louis Barde, François Laurent, Gabriel de Vareilles-Sommières...), d'autres ont interprété son attitude comme un rejet implicite d'un système ancien, obsolète et empesé. Le représentant le plus éminent de cette tendance est, paradoxalement, un bon connaisseur de l'histoire de sa discipline, André WEISS, *in* « Le Code civil et le conflit de lois », *Livre du Centenaire du Code civil (1804-1904)*, rééd. Paris, 2004, pp. 249-262.

¹⁷¹⁵ Armand LAINE, « La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé », *Revue de droit international privé*, n°1, 1901, pp. 21-60 et 442-479. Ce long article historique est le prolongement direct de son *Introduction au droit international privé*. Voir une ébauche de cet article dans son « Etude sur le titre préliminaire du projet de révision du Code civil belge », *Bulletin de la Société de législation comparée*, Paris, 1890, pp. 1-121, spéc. pp. 5-23.

¹⁷¹⁶ Raymond VANDER ELST, qui ne cite pas l'article de Lainé, aboutit à des conclusions relativement similaires dans son article « Conflits de lois et conflits de souverainetés », tiré à part de *Revue de droit international et de droit comparé*, n°2-3, 1954, pp. 3-21.

Section 1^{ère}. Les discussions autour du futur article 3, alinéa 1^{er} : les travaux préparatoires, des projets Cambacérés jusqu'au projet de l'an VIII.

Comme les autres dispositions de l'article 3, le futur alinéa 1^{er} fut l'objet d'une gestation laborieuse, scandée par des discussions courtes, mais nombreuses, qui ont suscité maintes rédactions différentes. Ces nombreuses hésitations et incertitudes expliquent l'été de la version finale de l'article et l'alinéa 1^{er} n'a pas échappé à ce phénomène de rétrécissement. Dans les projets de codification menés par Cambacérés sous les assemblées révolutionnaires¹⁷¹⁷ figure un principe général qui proclame l'empire absolu de la loi française sur l'étranger (§ 1.). Or, la confusion latente entre empire de la loi française (qui s'inscrit dans le cadre du conflit de lois) et jouissance des droits civils par l'étranger, qui est déjà au cœur de cet article, va s'avérer une constante qui sera plus ou moins bien gérée par la suite par les projets de loi successifs, souvent handicapés par l'indécision sur la manière d'ordonner ces matières et sur la portée à accorder aux règles qui y font référence. Le projet de l'an VIII tente d'apporter les tempéraments et les nuances qu'il estime nécessaires à un principe qui s'exprime de manière aussi radicale et parvient à distinguer conflit de lois et participation des étrangers au droit civil français. Malgré des imprécisions dans sa rédaction, il comprend une formulation proche de celle qu'adoptera, *in fine*, l'article 3 du Code civil et en y insérant des règles, ultérieurement supprimées, sur le sort des meubles et sur la forme des actes. Mais les tribunaux, s'inquiétant de l'extension de la loi française au statut personnel de l'étranger, que semble encourager le projet de l'an VIII, forcent ainsi la Commission de rédaction à revoir sa copie et à affiner davantage sa réflexion, afin de délimiter les cas où l'étranger est soumis à la loi française et les cas où il est soustrait à son pouvoir (§ 2.). A ce moment se situe le véritable point de bascule pour le futur alinéa 1^{er} : ici s'achève la séquence consacrée à un principe exclusif d'inspiration hollandaise et, désormais, à partir des projets de l'an IX, s'ouvre une période où le principe initial se circonscrit à la simple territorialité de la loi française et où les notions de « police » et de « sûreté » font leur entrée en scène.

§ 1. Les projets de codification de Cambacérés : l'empire absolu de la loi française sur l'étranger.

L'Assemblée constituante décrète, dès le 16 août 1790, que « les lois civiles seront revues et réformées par les législatures et [qu']il sera fait un Code général des lois, simples, claires et appropriées à la Constitution »¹⁷¹⁸, intention qu'exprimait aussi formellement la Constitution de 1791 : « Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume », à la fin du titre premier sur les dispositions générales garanties par la Constitution¹⁷¹⁹. Mais, en dépit des velléités de la Législative, ce n'est que le 9 août 1793, sur l'initiative de la Convention, que Jean-Jacques-Régis Cambacérés¹⁷²⁰, porté à la présidence du Comité de législation, présente son premier projet de Code civil, qu'il n'avait eu qu'un mois pour rédiger. Dans le premier livre sur l'état des personnes,

¹⁷¹⁷ Sur cette première phase, voir Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 24-32.

¹⁷¹⁸ Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat, de 1788 à 1830*, 2^e édition, t. 1, Paris, 1834, loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, titre II « Des juges », article 19, pp. 312-313.

¹⁷¹⁹ Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat, de 1788 à 1830*, 2^e édition, t. 2, Paris, 1834, Constitution française des 3-14 septembre 1791, titre 1^{er}, p. 241.

¹⁷²⁰ Olivier DEVAUX, « CAMBACERES (de), Jean-Jacques-Régis », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 199-200.

et au titre premier comportant les « dispositions générales », figure un article qui inscrit dans le cœur de la législation civile le titre VI *in fine* de la Constitution des 3-14 septembre 1791 :

[Premier projet - Livre 1^{er} « De l'état des personnes », titre premier « Dispositions générales », article 1^{er}, alinéa 8]. Les étrangers, pendant leur résidence en France, demeurent soumis aux lois de la République. Ils sont capables de toutes les transactions sociales qu'elles admettent, leurs personnes et leurs biens sont sous la protection des lois.¹⁷²¹

En dépit de l'adoption, par la Convention, de cet article le 22 août 1793¹⁷²², le projet est rejeté dans son ensemble par l'assemblée, forçant Cambacérès à remettre l'ouvrage sur le métier. Dans les deuxième et troisième projets qu'il présente par la suite, l'un devant la Convention en sa qualité de président du Comité de législation, lors de la séance du 23 fructidor an II (9 septembre 1794) et l'autre devant le Conseil des Cinq-Cents en qualité, cette fois-ci de président de la Commission de simplification des lois, le 24 prairial an IV (12 juin 1796), sous le Directoire, l'article relatif à la condition des étrangers est repris du premier projet, dans une version légèrement modifiée et raccourcie :

[Deuxième projet – Livre 1^{er} « Des personnes », titre premier « Dispositions générales », article 5]
[Troisième projet – Livre 1^{er} « Des personnes », titre premier « De l'état civil », paragraphe 1^{er} « Dispositions générales », article 8]
Les étrangers, pendant leur résidence en France, sont soumis aux lois de la République. Ils sont capables de tous les actes qu'elles admettent.¹⁷²³

L'article 5, issu du deuxième projet, est voté, comme cela avait déjà été le cas pour le premier projet, sans guère de discussion¹⁷²⁴. Mais le projet subit, ensuite, le même sort que le premier et il n'y est pas donné suite. Quant à l'article 8, il n'a même pas le temps d'être discuté, puisque l'enchaînement des événements politiques contraint à l'abandon du projet dans son ensemble¹⁷²⁵. Le projet Jacqueminot, présenté au nom de la section de législation à la commission législative du Conseil des Cinq-Cents, le 30 frimaire an VIII (21 décembre 1799), quant à lui, ne contient aucune disposition sur le sujet.

Les articles contenus dans les différents projets Cambacérès, s'ils n'ont suscité aucune opposition, prêtent néanmoins le flanc aux critiques¹⁷²⁶. La première est très bien exprimée par Armand Lainé, qui souligne la confusion qui en vicie la rédaction : « en réunissant, dans un même article, une phrase pour l'étendue d'application de la loi française et une autre pour la participation des étrangers au droit civil français, Cambacérès pouvait donner à croire, et croyait peut-être lui-même, que ces deux ordres d'idées, non seulement sont en étroite relation l'un avec l'autre, ce qui est vrai, mais, en outre, sont l'un et l'autre commandés par un principe supérieur et commun, celui

¹⁷²¹ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, p. 17.

¹⁷²² Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, précis historique sur la confection du Code civil, pp. XXXV-CXXXVIII, spéc. p. XXXVII.

¹⁷²³ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, p. 110 et p. 179, respectivement.

¹⁷²⁴ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, précis historique sur la confection du Code civil, pp. XXXV-CXXXVIII, spéc. pp. XLVI-XLVIII, spéc. p. XLVII.

¹⁷²⁵ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, précis historique sur la confection du Code civil, pp. XXXV-CXXXVIII, spéc. pp. XLIX-LVIII.

¹⁷²⁶ Pour les éléments de discussion qui suivent, voir les réflexions avancées par Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 25-32.

de l'empire absolu de la loi française dans les limites du territoire »¹⁷²⁷. En effet, Cambacérès semble se méprendre en voulant assortir un principe aussi absolutiste et souverainiste – la soumission inconditionnelle des étrangers à la loi française – d'un tempérament beaucoup plus bienveillant et humaniste, qui consiste à inviter les étrangers à participer au droit civil français, en leur offrant la jouissance des mêmes droits que les Français. Mais il n'y a pas ici de rapport de principe à tempérament ou à exception. La phrase qui ouvre l'article, dans les trois projets, ne se situe pas sur le même plan que celle ou celles qui lui succèdent. Les étrangers n'ont pas accès aux facultés juridiques déterminées par les lois françaises parce que la loi française s'imposerait à eux de la manière la plus absolue. Mais la loi française doit d'abord décider si, ou non, elle leur reconnaît une existence juridique lorsqu'elle les accueille sur son territoire puis elle détermine dans quelle mesure ses dispositions ont vocation à s'étendre, ou non, à l'étranger. Prise littéralement, la formulation retenue par Cambacérès, dans les deuxième et troisième projets, revient à assimiler purement et simplement, sur tous les points, l'étranger au citoyen de la République française. Les rapports qui introduisent les différents projets devant les assemblées ne fournissent aucune indication sur la pensée qui a mû le député et juriste au moment de composer cet article. Mais tout donne à croire qu'il n'a jamais eu l'intention de pousser aussi loin l'assimilation. La formulation du premier article, qui comportait une référence aux « biens » et à la « personne » de l'étranger qui sont placés « sous la protection des lois », ainsi que l'insistance sur la « capacité » des étrangers, sans qu'il soit prononcé sur leur état et la limitation que se fixe le législateur en n'ayant en vue que les étrangers « durant leur résidence », ne laisse guère de doute sur la malfaçon dont ont été victimes ces articles. L'idée semble avoir été juste de rappeler, au sein d'un code civil, que l'étranger, qui, en s'installant sur le territoire, a intégré le corps social français, voit sa capacité civile alignée sur celle des Français et que les lois contenues dans le Code en question lui sont ouvertes. Par contraste, il s'en déduit qu'il n'est pas question de lui ouvrir les droits politiques attachés à la seule personne des citoyens.

La seconde critique qui est susceptible d'être adressée à Cambacérès porte sur l'ambiguïté dans laquelle le rapporteur des projets est resté cantonné, tout au long de son œuvre, en érigeant en principe de résolution des conflits entre la loi française et les lois étrangères l'idée que « les étrangers, pendant leur résidence, sont soumis aux lois de la République ». Or, par sa formulation très générale et inconditionnelle, ce principe s'inscrit dans le droit fil des enseignements de l'École Hollandaise et semble traduire en législation les postulats que formulait Ulrich Huber sous la forme des deux premiers axiomes du *De his quae exteri sibi invicem debent* et du *De conflictu legum*¹⁷²⁸. Mais, à la différence des Hollandais, qui ont su injecter à la rigueur du principe la souplesse de la *comitas*, la rédaction des articles se fait beaucoup plus incertaine ou beaucoup plus rigoureuse sur ce dernier point, en semblant exclure toute dérogation.

En réalité, quel qu'ait été le champ d'application que le législateur Cambacérès a eu en tête, il apparaît d'ores et déjà nettement que, dans cette proposition qui place les étrangers résidents sous l'empire de la loi française, la volonté de les soumettre aux « lois de police et de sûreté », telle qu'elle se cristallisera dans l'article 3, alinéa 1^{er} en 1804, est bel et bien présente dans l'esprit des assemblées révolutionnaires. La règle est encore implicite, mais elle peut s'autoriser de quelques indices qui vont dans ce sens. Premièrement, dans ses trois versions, la règle se restreint systématiquement aux étrangers qui résident sur le territoire, au même titre que l'alinéa 1^{er} s'impose à « tous ceux qui habitent le territoire ». Deuxièmement, la version de 1793 est, pour rappel, une

¹⁷²⁷ *Ibid.*

¹⁷²⁸ Sur les deux premiers axiomes formulés par Ulrich Huber à deux reprises dans son œuvre, voir, *supra*, pp. 218-224.

transposition législative de la règle constitutionnelle contenue dans la Constitution de 1791, dans son titre VI, qui, lui, évoque explicitement « les lois criminelles et de police »¹⁷²⁹. Troisièmement, dans la version la plus explicite, celle de 1793, l'une des préoccupations du législateur est de préciser, toujours dans la lignée du titre VI de la Constitution de 1791, que les « biens » et les « personnes » de l'étranger sont « sous la protection des lois »¹⁷³⁰. Il est possible d'y voir une marque de l'assujettissement plein et entier à ces lois, conformément aux canons de l'Ecole Hollandaise¹⁷³¹. Mais il est loisible, plus positivement, de l'interpréter comme une garantie apportée par la loi française à l'étranger, en contrepartie de quoi il est exigé qu'il respecte les prescriptions élémentaires de l'Etat. En effet, la présence, parmi les « dispositions générales » du Code civil, d'un principe aussi fondamental – parce que constitutionnel – semble conforter l'hypothèse selon laquelle il s'agirait d'une allusion transparente aux règles relatives à la police et à la sûreté, en dehors de toute considération civile, dans la mesure où les Législateurs ne se sont pas interdits, par la suite, de faire figurer de telles règles au premier alinéa de l'article 3 du Code civil de 1804.

Par conséquent, il est réaliste d'admettre que la règle de l'impérativité absolue de la loi française, telle qu'elle figure dans les projets de Cambacérés, a un champ d'application absolument général, mais qu'au-delà des lois civiles qui sont au cœur du Code, c'est bien les lois de police et de sûreté que le législateur révolutionnaire avait en tête. Pour apprécier, comme se le proposent les projets de Code, dans quelle mesure l'étranger est soumis aux lois civiles françaises, il importe, d'abord, et avant tout, de déterminer dans quelle mesure il est assujéti aux lois françaises en général.

En résumé, Cambacérés a cherché à ériger en principe législatif que la loi française s'impose à l'étranger qui s'intègre à la société française et que sa condition civile (biens, personne, actes juridiques et actions en justice) est placée, du seul fait de sa résidence, sous l'empire de cette loi française. L'étranger doit donc s'y conformer, tout comme il doit observer les lois relatives à l'ordre public. A cette fin, le rapporteur des projets a recours à un principe supérieur hérité des enseignements de l'Ecole Hollandaise et diffusé dans la culture juridique du XVIII^e siècle sous couvert du concept de souveraineté. Pour autant, ainsi que le laissent entendre certains choix de plume, il n'a pas prétendu effacer la distinction entre étranger et citoyen français, ce que

¹⁷²⁹ Sur le titre VI de la Constitution des 3-14 septembre 1791, voir, *supra*, p. 668.

¹⁷³⁰ C'est là encore un rappel explicite de la phrase finale du titre VI de la Constitution de 1791 : « leur personne, leurs biens, leurs industries, leur culte sont également protégés par la loi » (voir, *supra*, p. 668, note 1711). C'est en cela qu'il importe de ne pas juger les projets de Cambacérés au seul regard de la formulation des deuxième et troisième projets, mais de garder également en mémoire la lettre du premier projet : dans le même sens, voir Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, pp. 113-114.

¹⁷³¹ Comme le fait Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 30-32. Pour l'éminent professeur de droit international privé, et historien de sa discipline, l'erreur de Cambacérés fut de raisonner comme les Voet et « comme d'Argentré, plus encore que lui, puisqu'il proposa une formule tout à fait absolue et confondit l'étendue d'application que doit avoir la loi française, lorsque, sur le territoire français, le concours s'établit entre elle et les lois étrangères, avec le caractère du pouvoir appelé à régler ce conflit de compétence », c'est-à-dire le caractère souverain de l'Etat. Le diagnostic de la confusion est fort juste, mais l'explication insiste à l'excès sur l'inaptitude supposée de tous ces juristes à percevoir ce qu'un territorialisme inconditionnel aurait d'outrancier et à mesurer les conséquences que cela produirait. Il ne semble pas juste de croire qu'ils aient cherché à se bander les yeux pour se plonger dans un aveuglement volontaire.

Lainé – dont la doctrine internationaliste est encore très mal connue – est encore moins tendre envers le système de la personnalité du droit (*eod. loc.*, pp. 31-32). Sur Armand Lainé, voir Jean-Louis HALPERIN, « LAINE, Jules-Armand », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 592-593 et Dominique FOUSSARD, « Armand Lainé, 1841-1908 », *Galerie des internationalistes francophones*, sur le site de la Société française pour le Droit International (SFDI), septembre 2018 : <http://www.sfdi.org/internationalistes/laine/>. Lainé n'est guère loquace sur les lois de police et de sûreté, et guère davantage sur les lois d'ordre public, qu'il distingue des premières : voir Armand LAINE, « Étude sur le titre préliminaire du projet de révision du Code civil belge », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890, pp. 1-121.

L'humanisme des débuts de la Révolution aurait pu laisser espérer, mais que la dure réalité de la patrie en danger, à l'époque du Comité de salut public, interdisait radicalement. En réalité, il n'a jamais eu en vue que sa condition juridique, non son état civil. La formulation absolutiste et radicale ne s'explique pas uniquement et simplement, comme le croit Lainé, trop concentré sur l'héritage hollandais, par le patriotisme juridique et l'exaltation des bienfaits de la loi de la Nation, enfin unifiée et codifiée. Elle est l'expression d'un principe qui appelait de ses vœux les tempéraments qui devaient en atténuer la rigueur. C'est sans doute l'un des apports les plus fondamentaux de Cambacérès à la rédaction de l'article 3, puisque le futur article 4 du titre IV du Livre préliminaire du Code civil va, précisément, reprendre le même principe et l'assortir des précisions nécessaires.

§ 2. Le projet de l'an VIII et les observations des tribunaux : l'empire de la loi française réduit aux biens et à « sa personne ».

Le premier Consul, arrivé au pouvoir par l'intermédiaire du coup d'Etat du 18 brumaire an VIII (9 novembre 1799), inscrit la rédaction et la promulgation du Code civil au cœur de son projet politique : restaurer l'unité nationale du pays autour d'un pouvoir fort, qui saurait, à la fois, préserver les acquis de la Révolution, consolider l'Etat et garantir les libertés civiles, toutes ces finalités que l'instabilité politique et les menaces aux frontières avaient empêché le régime républicain d'accomplir. Après l'échec de la tentative Jacqueminot, il confie, par un arrêté consulaire du 24 thermidor an VIII (12 août 1800), à une Commission gouvernementale supervisée par le Ministre de la Justice Abrial et composée de François-Denis Tronchet, Félix Bigot de Préameneu, Jean-Etienne-Marie Portalis et Jacques de Malleville¹⁷³², le soin de préparer le projet de Code civil¹⁷³³.

Au bout de quatre mois de travail, la Commission est en mesure de présenter un nouveau projet au gouvernement le 1^{er} nivôse an IX (21 janvier 1801) et d'en exposer les motifs par l'intermédiaire du célèbre Discours préliminaire prononcé par Portalis¹⁷³⁴. Celui-ci contient, cette fois-ci, un « Livre préliminaire », intitulé *Du droit et des lois* et constitué de trente-neuf articles, répartis en six titres, qui ont vocation à servir de dispositions générales pour l'ensemble de la législation française¹⁷³⁵. La Commission semble avoir ressenti le besoin de prolonger les dispositions générales qui figuraient en tête des projets Cambacérès, et qui se limitaient aux seules lois civiles, en plaçant des considérations d'ensemble sur les lois, applicables transversalement au Code civil et aux futurs codes envisagés par l'ardeur codificatrice du nouveau régime. Cette innovation formelle doit être d'autant plus relevée qu'elle s'inscrit, en réalité, suivant notre

¹⁷³² Tronchet, ancien avocat au Parlement de Paris, est alors président du Tribunal de cassation ; Bigot de Préameneu, ancien avocat au Parlement de Rennes, puis de Paris, est alors commissaire du gouvernement près ce Tribunal ; Portalis, ancien avocat au Parlement d'Aix, est alors commissaire du gouvernement auprès du Conseil des prises maritimes ; Malleville, ancien avocat au Parlement de Bordeaux, est alors juge au Tribunal de cassation. Sur les quatre Rédacteurs, voir Jean-Louis HALPERIN, « TRONCHET, François-Denis » ; Gérard D. GUYON, « BIGOT DE PREAMENEU, Félix-Julien-Jean de » et « MALLEVILLE, Jacques de » ; Catherine DELPLANQUE, « PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, dit Portalis l'Ancien », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, respectivement, pp. 981-983, 111-112, 689-691, 829-831.

¹⁷³³ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, précis historique sur la confection du Code civil, pp. XXXV-CXXXVIII, spéc. pp. LXII-LXIII.

¹⁷³⁴ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du gouvernement par Jean-Etienne-Marie Portalis, pp. 463-523.

¹⁷³⁵ *Ibid.*

hypothèse, dans la continuité des articles présents dans les trois projets de Cambacérés, devenu entre-temps deuxième Consul, et dont il n'y a pas lieu de douter qu'il se soit montré soucieux de suivre de près les travaux de la Commission, sur laquelle il a pu exercer une influence certaine¹⁷³⁶ dans la mesure où elle s'est beaucoup appuyée sur les tentatives qui ont précédé la sienne.

La vie du projet de l'an VIII ne s'arrête pas à sa présentation au gouvernement (A.) : il doit également être soumis aux observations des tribunaux qui ont mission d'apporter les remontrances qu'elles jugeront nécessaires sur le fond et sur la forme. L'article 4 relatif au conflit de lois, successeur direct des précédents articles proposés par Cambacérés, va ainsi appeler une double critique de la part du tribunal d'appel de Grenoble et du Tribunal de cassation lui-même (B.), que les membres de la Commission – en particulier, Tronchet – vont faire leur et, ensuite, intégrer dans leur réécriture du projet.

A. Le projet de l'an VIII : l'article 4 du Livre préliminaire du Code civil.

Au titre IV « Des effets de la loi » du projet de la Commission, les règles chargées de trancher le conflit entre la loi française et les lois étrangères figurent aux numéros 4, 5 et 6. Ces dispositions, avec leurs rectifications et leurs retranchements, préfigurent, en des termes très proches, les trois alinéas de l'article 3 de 1804¹⁷³⁷. Or, l'article 5 traitant du statut personnel du Français et des meubles et de l'extraterritorialité que connaît la loi française dans les deux cas et l'article 6 réglant la forme des actes selon la maxime *Locus regit actum*¹⁷³⁸, seul l'article 4 doit retenir l'attention, dans la mesure où il envisage l'empire de la loi française, cette fois-ci, sous l'angle de la souveraineté/territorialité :

[Projet de la Commission, an VIII] 4. La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire : l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède, et pour sa personne pendant sa résidence.¹⁷³⁹

S'il faut la comparer à celles des articles contenus dans les projets Cambacérés, cette nouvelle rédaction fait état d'avancées significatives, en dissipant bien des confusions. La participation des étrangers à la jouissance des droits civils n'est plus confondue avec le conflit de lois et elle est transférée au livre 1^{er} *Des personnes*, titre premier, chapitre II « Des étrangers »¹⁷⁴⁰. Comme le remarque Lainé, « l'article 4 est, à la fois, la reproduction et le développement de la formule proposée par Cambacérés ». Elle en est également la réécriture. Le texte de l'article 4 se

¹⁷³⁶ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du gouvernement par Jean-Etienne-Marie Portalis, p. 467.

¹⁷³⁷ Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 33-35. En effet, cet article, couplé à l'article 5 sur l'état et la capacité du Français (futur alinéa 3), va former l'article 3 dans sa forme définitive.

¹⁷³⁸ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Paris, 1836, projet de la Commission du gouvernement présenté le 24 thermidor an VIII, livre préliminaire, titre 1^{er} « Dispositions générales », titre IV « Des effets de la loi », articles 5 et 6, p. 6. Voir Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 33-35.

¹⁷³⁹ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Paris, 1836, projet de la Commission du gouvernement présenté le 24 thermidor an VIII, livre préliminaire, titre 1^{er} « Dispositions générales », titre IV « Des effets de la loi », article 4, p. 6.

¹⁷⁴⁰ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Paris, 1836, livre 1^{er}, titre 1^{er}, chapitre II, section 1^{ère} « Des étrangers en général », article 5 : « Les étrangers jouissent en France de tous les avantages du droit naturel, du droit des gens et du droit civil proprement dit, sauf les modifications établies par les lois politiques qui les concernent ». La réserve finale est intéressante, en ce qu'elle est une résurgence des articles issus des projets Cambacérés. L'article 5 prélude aux futurs articles 11 et 13 du Code civil, sur lesquels voir Bertrand ANCEL, *Eléments*, *op. cit.*, pp. 521-523.

place, désormais, du point de vue de la loi française et non plus de l'étranger. Elle s'adresse désormais à « tous ceux qui habitent le territoire » et non plus à une catégorie de personnes précisément identifiées. Mieux encore : c'est la première fois qu'il est fait expressément mention du territoire. De ce fait, l'étranger qui y est visé ne peut être que celui qui est présent sur ledit territoire, soit par la propriété d'un immeuble sur le sol français¹⁷⁴¹, soit par sa résidence à l'intérieur des frontières. La projection sur le plan du conflit de lois est bien plus riche en enseignements encore : l'article 4 fait évocation du statut réel et du statut personnel. Ainsi, l'étranger est soumis à la *lex rei sitae* pour les questions de droit relatives aux biens qu'il y possède et à la « loi du lieu de résidence » pour les questions de droits relatives à sa personne.

Cette dernière solution prête indiscutablement à discussion. Elle semble s'orienter dans le sens de la consécration légale du principe d'inspiration hollandaise de soumission de l'étranger aux lois françaises, principe qu'aurait défendu Cambacérès dans ses projets. La filiation avec les articles qui figuraient dans ces derniers est avérée, particulièrement avec la première rédaction, celle de 1793, qui consacrait cette fameuse idée générale dans le domaine civil, tout en précisant, par une formule ambiguë, que ses biens et sa personne sont « sous la protection des lois ». Cette fois-ci, la rédaction même de l'article 4 et, surtout, son insertion dans un Livre préliminaire qui ne se circonscrit plus au champ du droit civil, mais entend désormais rayonner sur l'ensemble de la législation passée et à venir, énoncent, de la manière la plus vigoureuse, que les lois de police, au sens publiciste du terme, et les lois criminelles sont visées au même titre que les matières civiles.

A cet égard, le *Discours préliminaire* du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) apporte une justification des plus décisives, que Lainé a eu tort de ne pas percevoir¹⁷⁴², et qui traduit, par la bouche de Portalis, l'opinion qui semble avoir guidé la plume de la Commission au moment de mettre par écrit l'article 4 du Livre préliminaire. Celui-ci est, explicitement, évoqué en ces termes concis et éclairants, qui semblent placés sous le sceau de l'évidence dans l'esprit de l'orateur :

Nous avons déterminé les divers effets de la loi. Elle permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense. Elle oblige indistinctement tous ceux qui vivent sous son empire ; les étrangers, même pendant leur résidence, sont les sujets casuels des lois de l'État. Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté.¹⁷⁴³

Portalis prend garde de se restreindre aux seules lois civiles : c'est la loi, en général, qui « permet, défend, ordonne, établit, corrige, punit ou récompense »¹⁷⁴⁴ et c'est donc la loi, en

¹⁷⁴¹ L'article 4 ne fait mention, *ad litteram*, que des « biens » que possède l'étranger sur le territoire français. Mais la longue tradition du statut réel immobilier, qui suppose l'assujettissement de tous ceux, ressortissants locaux ou étrangers, qui possèdent un fonds à la loi du lieu de situation, ne laisse aucun doute sur l'intention de cette règle, destinée à se cristalliser, plus tard, dans l'alinéa 2 de l'article 3 du Code civil. De surcroît, la mention des biens, dans l'article 4, doit se lire directement en contemplation du second alinéa de l'article 5, qui réserve un sort spécial au « mobilier ».

¹⁷⁴² Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, p. 35 : sur le « Discours préliminaire, dû à Portalis, écrit dans un très beau langage et plein d'idées judicieuses », il relève – à tort – que : « l'on ne trouve rien qui soit relatif au conflit de la loi française avec les lois étrangères ».

¹⁷⁴³ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du gouvernement par Jean-Etienne-Marie Portalis, le 1^{er} pluviôse an IX, p. 479.

¹⁷⁴⁴ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Paris, 1836, projet de la Commission du gouvernement présenté le 24 thermidor an VIII, livre préliminaire, titre 1^{er} « Dispositions générales », titre I « Définitions générales », article 7, alinéa 1^{er}, p. 4 : « Elle ordonne, elle permet, elle défend, elle annonce des récompenses et des peines ».

général, qu'elle soit civile, publique, ou criminelle, qui « oblige *indistinctement tous ceux* qui vivent sous son empire », comme le souligne à l'envi la tautologie dont use volontiers l'orateur pour renforcer son propos. Le corollaire de cette pétition de principe est que les étrangers deviennent les « sujets casuels des lois de l'Etat ». L'emploi de cette formulation suggestive joue un rôle essentiel dans l'interprétation de l'esprit qui a guidé la Commission lors de la genèse du futur article 3. Trois remarques, au moins, peuvent être soulevées à propos de cette seule expression :

1° L'étranger a vocation, par sa résidence, à devenir un sujet de l'Etat. Portalis, consciemment ou non, renoue avec l'héritage intellectuel de toute une tradition statutiste qui, depuis les civilistes du Moyen-Âge jusqu'à Bouhier et Boullenois, en passant par Dumoulin et les Hollandais, voire l'Ecole du Droit naturel, interprète la soumission de l'étranger à certaines règles de conflit territoriales comme une sujétion volontaire et tacite. Le simple fait matériel de sa présence physique sur le territoire – l'ampleur de sa « résidence » restant encore à préciser – suffit à présumer son acceptation des lois qui y ont cours, particulièrement celles qui sont relatives à l'ordre public, puisque l'idée est née et s'est perpétuée à propos de la *lex loci delicti*. La solution, généralisée, s'est forgée en principe.

2° L'étranger est un « sujet casuel ». Il importe à la Commission de rappeler que l'étranger n'est pas un de ces sujets permanents que l'on désigne sous le nom de « citoyens », car son état civil et son état politique ne sont pas déterminés par la loi française. Ce sont donc les aléas de sa vie juridique qui placent l'étranger dans une situation de sujétion à l'égard de cette dernière. Mais il ne doit pas sa personnalité juridique à l'Etat français, puisqu'il ne perd pas les qualités que sa loi d'origine, sur laquelle le Code civil n'a pas à se prononcer, lui imprime dès sa naissance.

3° La sujétion casuelle s'exerce envers les « lois de l'Etat ». Ainsi que le précise l'épiphraise qui conclut l'extrait, par sa participation à la vie sociale, l'étranger contracte ainsi des devoirs envers la souveraineté étatique : « habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté ». La phrase semble provenir tout droit du *Contrat social* de Rousseau¹⁷⁴⁵. Il n'en demeure pas moins que, du point de vue purement juridique, cet aveu est, certainement, le plus bel hommage qui se puisse rendre à l'Ecole Hollandaise et à la souveraineté/territorialité. En effet, l'extrait, à travers ses deux dernières phrases, n'est, au fond, qu'une réécriture et un approfondissement des deux premiers axiomes de Ulrich Huber¹⁷⁴⁶. La seule différence tient à ce que Portalis n'a en vue que la résidence de l'étranger, là où Huber rassemble dans une même sujétion les étrangers résidents permanents et ceux qui ne sont que de passage sur le territoire.

La question qui se pose alors est de savoir si la thèse exposée par Portalis, et que semblait déjà admettre Cambacérès, doit s'appliquer, d'une manière absolue, à tous les effets civils applicables à l'étranger. Mais, de même que pour les projets révolutionnaires, le projet de la Commission n'a jamais eu, pour intention consciente, de décider discrétionnairement de l'état civil de l'étranger ; le problème de sa capacité n'a pas encore reçu de réponse claire et satisfaisante. En

¹⁷⁴⁵ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, 1762, livre IV, chapitre II : « Quand l'Etat est institué, le contentement est dans la résidence ; habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté ».

¹⁷⁴⁶ Pour servir d'élément de comparaison, les deux premiers axiomes formulés par Ulrich Huber dans sa dissertation *De conflictu legum* (donc dans leur dernier état de rédaction) doivent être rappelés :

« 1. Les lois de chaque Etat ont autorité dans les limites de son territoire et obligent tous ses sujets, mais pas au-delà, selon la loi *Extra territorium* (D. 2, 1, 20) ;

2. Sont réputés sujets d'un Etat tous ceux qui se trouvent à l'intérieur de ses frontières, qu'ils y demeurent à titre permanent ou à titre temporaire, selon le paragraphe *Interdicere* de la loi *Relegatorum, in fine* (D. 48.22.7.10 *in fine*) » (traduction Bertrand ANCEL révisée). Sur ces deux axiomes comme emblèmes de la souveraineté/territorialité, voir, *supra*, pp. 218-224.

revanche, avec l'article 4 du Livre préliminaire du projet de l'an VIII, un point semble acquis, qui ne sera plus jamais démenti par la suite : la sujétion de l'étranger s'exerce indiscutablement à l'égard des lois de police et de sûreté. Le doute est encore permis en matière civile, là où la certitude s'impose pour les lois de droit public et de droit pénal.

Il apparaît, en conclusion, que le législateur de l'an VIII a entendu imposer l'assujettissement aux lois françaises aux Français comme aux étrangers – l'adjonction de l'adverbe « indistinctement » ne laisse pas place au doute sur ce point – et en décliner les principales conséquences du point de vue des biens et de la personne. Les règles qui en font évocation ne sont, comme l'atteste la construction de la phrase, que des précisions et non des atténuations. Mais le seul fait d'avoir ressenti le besoin de les insérer au cœur de l'article montre que le principe, dans sa radicalité brute, ne peut être accepté sans discussion. Il est donc permis de supposer que la Commission, toute entière à sa tâche, n'a voulu raisonner que de manière simplement unilatérale, sans songer aux incidences que sa rédaction induisait en cas de bilatéralisation. L'ambition des Rédacteurs est de définir le champ d'application de la loi française et d'en fixer les effets sur le territoire et sur les personnes qui s'y trouvent. Mais, en ne se préoccupant des étrangers, du point de vue civil, qu'au regard de leur titre de propriété ou de leur résidence, ils n'ont pas mesuré les risques que représentait l'application indifférenciée de la loi française à l'état et à la condition des personnes. C'est, d'ailleurs, une des faiblesses de la rédaction que les tribunaux ne manqueront pas de relever dans leurs observations.

B. Les observations des tribunaux sur le projet de l'an VIII : les interventions du Tribunal d'appel de Grenoble et du Tribunal de cassation.

Conformément à la volonté des commissaires de prendre l'avis des juridictions avant de poursuivre la procédure de rédaction du Code civil, le projet de l'an VIII, en compagnie du Discours préliminaire de Portalis, est soumis aux observations du Tribunal de cassation et à l'ensemble des tribunaux d'appel de France et de Belgique¹⁷⁴⁷. De cette consultation, il ressort que les magistrats n'émettent que peu de remarques ou de réserves sur la formulation des articles relatifs aux conflits de lois et que la question n'est pas essentielle à leurs yeux : elle ne leur est, vraisemblablement, pas plus familière qu'elle ne l'est aux membres de la Commission et, au sujet d'un *Livre préliminaire* qui se destine à parler de la loi française en général, il n'y a pas lieu, semble-t-il, selon eux, d'entrer dans le détail des questions de droit international privé à l'occasion des remarques qu'il peuvent faire. L'attitude des législateurs et des magistrats est bien celle d'une sensibilité particulariste qui se préoccupe, avant tout, de la grande œuvre en cours de confection, et non de sa projection dans le domaine du droit international¹⁷⁴⁸.

Malgré cette réaction le plus souvent indifférente de la part des tribunaux, cette étape marque, néanmoins, un tournant décisif dans l'évolution de la rédaction du futur article 3. Le

¹⁷⁴⁷ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, précis historique sur la confection du Code civil, pp. XXXV-CXXXVIII, spéc. pp. LXIII-LXIV. Les observations du Tribunal de cassation sont rapportées au deuxième tome du Fenet, pp. 415-755, et celles des tribunaux d'appel sont imprimées, dans leur ordre alphabétique, dans les troisième, quatrième et cinquième tomes (*Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2 à 5, Paris, 1836).

¹⁷⁴⁸ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Paris, 1836, projet de la Commission du gouvernement présenté le 24 thermidor an VIII, livre préliminaire, titre 1^{er} « Dispositions générales », titre I « Définitions générales », article 6, p. 4 : « La loi, chez tous les peuples, est une déclaration solennelle du pouvoir législatif sur un objet de régime intérieur et d'intérêt commun » (souligné par nous).

projet de l'an VIII a ainsi soulevé deux observations, l'une de la part du Tribunal de cassation, l'autre de la part du Tribunal d'appel de Grenoble, qui portent, toutes deux, sur l'état et la capacité des étrangers résidant en France¹⁷⁴⁹. Ces deux critiques, qui sont fondamentales pour l'histoire de l'alinéa 3 de l'article 3, vont avoir une incidence, indirecte mais importante, sur la destinée du principe général rappelé par l'article 4 du titre IV du *Livre préliminaire* et, donc, sur la genèse du futur alinéa 1^{er}. Les deux juridictions concordent pour aborder le problème que suscite la soumission de l'étranger à la loi française « pour sa personne pendant sa résidence », qui est, rappelons-le, un prolongement des formules employées par Cambacérès, notamment dans son premier projet.

Le Tribunal de cassation, dont plusieurs membres font, en parallèle, partie de la Commission, s'il ne dit rien sur l'article 4 du titre IV du *Livre préliminaire*, émet son observation à propos du chapitre II « Des étrangers » du titre premier et de sa section première qui traite « des étrangers en général », en son article 5. La haute juridiction estime qu'il faut réserver la jouissance de certains droits aux Français seuls, en ne laissant aux étrangers que les droits civils de la seconde classe, c'est-à-dire issus du droit naturel. Il motive son avis en se basant, de manière étrange, sur la justification traditionnellement donnée par les statutistes à l'extraterritorialité des statuts personnels, considérant que l'état et la capacité d'une personne, fixés par la loi de son domicile d'origine, doivent pouvoir s'exporter en tout lieu et être reconnus partout :

[Livre premier, titre 1^{er}, chapitre 2nd, section 1^{ère} article 5 du projet.] Il ne paraît pas possible d'étendre aux étrangers les droits civils qui tiennent à l'état et la capacité des personnes, pas plus que l'état et la capacité d'un Français ne peuvent être modifiés par les lois étrangères.¹⁷⁵⁰

Ainsi que l'a très bien repéré Armand Lainé, les juges de cassation ont déduit de ce que l'état et la capacité d'une personne sont régis, en tous lieux, par les lois de leur domicile d'origine ou de leur nationalité (selon l'optique nouvelle adoptée par l'article 5 du titre IV du *Livre préliminaire*) pour soutenir que les étrangers n'ont pas vocation à être soumis, en France pour tous leurs droits civils, à la loi française. Réciproquement, les Français ne sont pas soumis, à l'étranger, pour tous leurs droits civils, à la loi étrangère. De manière confuse, le Tribunal de cassation reproduit le même raisonnement que celui qu'avait tenu Cambacérès dans ses projets de Code civil, en amalgamant sans distinction la jouissance du droit civil français et l'application de la loi française. Mais c'est précisément à cet endroit qu'il pointe du doigt une gêne, qui n'est pas nouvelle puisqu'elle est déjà latente depuis les premières tentatives de codification : celle tenant à l'état et à la condition des personnes. Est-il juste de refuser à la loi personnelle étrangère de produire tout effet en France ? La réflexion s'impose d'autant plus que l'article 5 du titre IV du *Livre préliminaire* dispose, entre autres, que l'état et la condition du Français, fixés par la loi française, le suit partout, même s'il fixe sa résidence en pays étranger¹⁷⁵¹. Par là, c'est l'absoluité de la loi française et

¹⁷⁴⁹ Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁷⁵⁰ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Paris, 1836, observations du Tribunal de cassation sur le projet présenté par la commission du gouvernement, livre premier « Des personnes », titre 1^{er} « Des personnes qui jouissent des droits civils, et de celles qui n'en jouissent pas », chapitre 2nd « Des étrangers », section 1^{ère} « Des étrangers en général », article 5 du projet, p. 422.

¹⁷⁵¹ Pour rappel, l'article 5 du titre IV du Livre préliminaire est rédigé de la façon suivante, sous une tournure caractéristiquement unilatéraliste et particulariste : « Le Français résidant en pays étranger continue d'être soumis aux lois françaises pour ses biens situés en France et pour tout ce qui touche à son état et à la capacité de sa personne.

l'exclusivisme que celle-ci réclame en matière de souveraineté personnelle au sein du territoire français qui suscitent le scepticisme des juges de cassation.

Le Tribunal de Grenoble, pour sa part, aborde la question de l'état et de la capacité des personnes de manière beaucoup plus frontale, à propos de la formule comprise dans l'article 4 du titre IV du Livre préliminaire, qui soumet l'étranger résidant en France à la loi française « pour sa personne ». Les magistrats grenoblois font ainsi savoir qu'il existe, à leur sens, une dissonance entre l'affirmation de l'article 4 sur les étrangers et la règle contenue dans l'article 5, qui établit que le Français de l'étranger continue à être soumis à sa loi nationale pour « tout ce qui touche à son état et à la capacité de sa personne ». C'est à ce titre qu'ils demandent des clarifications sur la portée de l'affirmation de l'article 4 :

[Livre préliminaire, titre IV] Article 5. L'étranger, pendant sa résidence en France, est-il soumis aux lois françaises pour la capacité de sa personne ? Le rapprochement des articles 4 et 5 de ce titre présente des doutes à cet égard ; il serait convenable de s'expliquer d'une manière plus précise sur sa capacité ou incapacité de disposer de ses biens situés en France.¹⁷⁵²

Malgré la difficulté ainsi soulevée, le Tribunal de Grenoble se garde bien de suggérer une solution et il n'y a pas lieu de lui attribuer une pensée qu'il n'a pas eue. Il ne faut pas y voir une position de principe en faveur de la bilatéralisation du statut personnel. L'approche des deux juridictions, même formulée en des termes encore unilatéralistes et particularistes, a, au moins, le mérite de réveiller les questionnements de la Commission du gouvernement sur les règles qu'elle propose pour résoudre les conflits de loi et de la forcer à reprendre ses formulations, en promouvant des affirmations moins radicales et plus nuancées. C'est vers le projet du 4 thermidor an IX qu'il faut se tourner pour y trouver la première mention des lois de police en rapport avec la sujétion de l'étranger à l'égard de la loi française.

Section 2nde. La rédaction définitive de l'article 3, alinéa 1^{er}, des projets de l'an IX à la loi du 14 ventôse an XI (5 mars 1803).

Les péripéties qu'ont connues jusqu'ici, et que connaîtront encore, les rédactions successives du principe général qui sera consacré dans l'alinéa 1^{er} de l'article 3 du Code civil de 1804 tiennent autant à l'hésitation méthodologique qu'elle traduit du point de vue de la légistique qu'à l'hésitation sur l'opportunité d'une codification portant sur une discipline, semble-t-il, fort méconnue. A partir des projets de l'an IX, et à la suite des observations des tribunaux, Rédacteurs et membres des assemblées fluctuent au moment de tracer une frontière entre les règles de droit civil, qu'ils s'autorisent à codifier, et les règles de droit des gens, qu'ils préfèrent, pour beaucoup, laisser en dehors du Code. Cette prudence presque timorée explique non seulement le laconisme de l'article 3, dans sa rédaction finale, mais, également, l'aridité des explications avancées par les uns et les autres pour justifier leurs vues. La sagesse les appelle donc à réduire la voilure de leurs ambitions et à se contenter, pour le futur article 3 comme pour les autres dispositions, de fixer

Son mobilier est réglé par la loi française comme sa personne », in Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Paris, 1836, projet de la Commission du gouvernement présenté le 24 thermidor an VIII, livre préliminaire, titre IV, article 5, alinéas 1 et 2, p. 6.

¹⁷⁵² Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 3, Paris, 1836, observations présentées par la commission nommée par le Tribunal d'appel séant à Grenoble, Livre préliminaire, titre IV, article 5, p. 529.

quelques règles qui définissent unilatéralement le champ d'application dans l'espace de la loi française. De fait, l'alinéa 1^{er} sur les « lois de police et de sûreté », dans sa version finale, est l'archétype de cet unilatéralisme, dans la mesure où il est de l'essence même de ces lois de s'appliquer discrétionnairement aux Français et aux étrangers.

Le projet présenté au Conseil d'Etat par Portalis, au nom de la Section de législation, le 4 thermidor an IX (23 juillet 1801) contient, à cet égard, une innovation formelle qui ferme autant la porte du chapitre précédent qu'elle ouvre celle d'un chapitre nouveau (§ 1.) : celui de l'affinement progressif d'un principe général de souveraineté/territorialité d'inspiration hollandaise, dont les limites ont été éprouvées par les rédactions précédentes et les réactions qu'elles ont pu susciter. Les lois de police, que le projet de l'an VIII incluait dans cette législation française qui « oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire », sont, désormais, expressément évoquées comme une déclinaison majeure de ce principe premier. Mais le chemin vers la rédaction du futur article 3 subit un nouvel accident, toujours en l'an IX, en raison de la division du projet, décidée par le premier Consul, en autant de lois séparées que comprend la matière du droit civil et de la disparition du Livre préliminaire. L'article 4 ancien est ainsi éclaté en deux : le principe premier se maintient dans l'article 3 du projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général, mais ses déclinaisons se trouvent transférées à l'article 7 du projet de loi relatif aux personnes qui jouissent des droits civils et à celles qui n'en jouissent pas. Cette complication, due à la scission en deux articles (§ 2.), qui est surtout le fruit accidentel d'un choix de légistique, n'a pas empêché les discussions sur l'article 7 du projet de loi sur la jouissance des droits civils, où les lois de police et de sûreté ont trouvé refuge. Mais ce n'est que les 19 et 20 messidor an X (8 et 9 juillet 1802) qu'un compromis est atteint grâce à l'intervention du Tribunat et que les deux articles sont réunis à nouveau dans l'article 3 du Code civil. Ce dernier, inscrit dans le projet de loi du 29 vendémiaire an XI (21 octobre 1802), marque le retour à l'unité des éléments composites qui forment l'essence de l'alinéa 1^{er} (§ 3.). Cet alinéa ayant été l'une des principales victimes de l'histoire compliquée de la rédaction de l'article 3 du Code civil, c'est donc à travers ce cheminement heurté et chaotique qu'il convient de discerner les évolutions et les réflexions dont il a été l'objet.

§ 1. Le projet de la Section de législation du Conseil d'Etat du 4 thermidor an IX (23 juillet 1801).

La décision du premier Consul, prise lors d'une séance du Conseil d'Etat et fixée par l'arrêté du 28 messidor an IX (17 juillet 1801), de diviser le projet de Code « en autant de lois que la matière pourrait en comporter » et de faire en sorte que « les dispositions du *Livre préliminaire* qui appartenaient à la législation seraient rédigées en un seul projet de loi » fait immédiatement suite à l'étude par la Section de législation du Conseil d'Etat des observations des tribunaux de cassation et d'appel¹⁷⁵³. L'arrêté du 28 messidor redonne ainsi l'initiative du processus de rédaction au gouvernement et au Conseil d'Etat.

Lors de la séance suivante, le 4 thermidor an IX (23 juillet 1801), Portalis, au nom de la Section de législation du Conseil d'Etat, dont il fait partie¹⁷⁵⁴, présente au Conseil un « projet de loi

¹⁷⁵³ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, précis historique sur la confection du Code civil, pp. XXXV-CXXXVIII, spéc. LXVIII.

¹⁷⁵⁴ Jacques de MALLEVILLE, dans la préface qu'il consacre à la première édition de son *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, tome 1^{er}, Paris, 1805, pp. XIII-XV, donne la liste complète de tous les conseillers d'Etat, toutes sections confondues, ayant participé, à un moment ou à un autre, au Code civil.

relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général » directement inspiré du *Livre préliminaire* de l'an VIII, composé de neuf articles. S'il ne perd pas son caractère de généralité, il est destiné à devenir un titre parmi les autres au sein du futur Code civil et l'idée d'un livre préliminaire s'efface désormais¹⁷⁵⁵.

Dans ce projet de loi, les trois articles consacrés au conflit de lois, et qui correspondaient aux articles 4 à 6 du titre IV du défunt *Livre préliminaire*, sont repris sous une nouvelle rédaction et portent, désormais, les numéros 3 à 5¹⁷⁵⁶. L'article 3, successeur de l'ancien article 4, s'exprime désormais en ces termes :

[Projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général, 4 thermidor an IX, article 3.] La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire. L'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et, personnellement, en tout ce qui concerne la police, pendant sa résidence.¹⁷⁵⁷

Les changements qui ont été apportés à la formulation de l'ancien article 4 ne sont pas de pure forme. Si le principe général qui veut que « la loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire » est demeuré inchangé, le nouvel article 3 y apporte la précision qui lui avait fait jusqu'ici gravement défaut, et qui avait contribué à jeter l'incertitude sur l'emprise que la loi française prétendait exercer sur la personne de l'étranger : la personne de l'étranger résidant en France est assujettie à la loi française « en tout ce qui concerne la police », ce qui, ajouté à la règle concernant les biens, contribue fortement à limiter la portée du principe général sus-énoncé. Par cette refonte de l'ancien article 4, la Section de législation, qui a examiné de près les observations portées par les tribunaux, a pris en considération la remarque formulée, conjointement, par le Tribunal de cassation et, plus certainement encore à propos de cet article, par le Tribunal de Grenoble. L'article 3 montre ainsi que la Section de législation a entendu apporter une double restriction à l'égard de l'empire de la loi française :

Selon Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, précis historique sur la confection du Code civil, pp. XXXV-CXXXVIII, spéc. p. LXIV, note 2, la Section de législation, au commencement de la période de discussion du Code civil, est composée de Antoine-Jacques-Claude-Joseph Boulay de la Meurthe, Théophile Berlier, Jean-Louis Emmercy, Jean-Etienne-Marie Portalis, Pierre-François Réal et Antoine-Claire Thibaudeau. Tous sont des anciens avocats, voire magistrats (pour Emmercy), sauf Réal, qui a davantage occupé des fonctions de police.

De surcroît, Jean-Guillaume LOCRE, secrétaire général du Conseil d'Etat, assiste à toutes les séances, puisqu'il est chargé d'en dresser procès-verbal : ce témoin de premier plan a pu ainsi nourrir le tome 1^{er} de sa *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, paru à Paris en 1827, qui traite, entre autres, du processus d'adoption des lois à l'époque de la codification, de l'histoire des Codes, et, particulièrement, du Code civil, des discours qui furent prononcés lors de la phase de rédaction et, enfin, de la genèse du titre préliminaire « De la publication, des effets et de l'application des lois en général ». Le Locré constitue, avec le Fenet, la source essentielle sur cette époque.

¹⁷⁵⁵ Sur ce projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général, tel qu'il fut discuté au Conseil d'Etat, voir Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome 1^{er}, Paris, 1827, pp. 365-617, spéc. pp. 374-375 et 399-400 (sur l'article 3), et Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, Discussions, motifs, rapports et discours sur le futur titre préliminaire « De la publication, des effets et de l'application des lois en général », pp. 3-32, spéc. pp. 15 et 19-20 (sur l'article 3).

¹⁷⁵⁶ Dans le projet de l'an IX, l'article 3 est indissociable des deux articles qui le suivent : l'un (article 4) réglant le champ d'application de la loi française à l'égard des Français quant à ses biens immobiliers et, semble-t-il, mobiliers (il n'est plus fait mention d'une réglementation spécifique pour les meubles et l'article vise les « biens » en général), et à son état et à sa capacité ; l'autre (article 5) réglant la forme des actes. Sur la lettre des ces articles, voir la référence à la note suivante.

¹⁷⁵⁷ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, Discussions, motifs, rapports et discours sur le futur titre préliminaire « De la publication, des effets et de l'application des lois en général », p. 15.

1) Les étrangers sont soumis, à titre personnel, aux seules dispositions de « police » que comporte la législation française. Cette précision de fond est indissociable de la précision sémantique, puisque le terme fait, par la même occasion, son apparition pour la première fois dans les travaux préparatoires ;

2) Les étrangers ne sont, *a contrario* et *a fortiori*, plus régis par la loi française quant à leur état civil et à leur capacité. Toutefois, approche unilatéraliste oblige, la Section de législation se retient d'affirmer ce qu'elle croit n'être pas de sa compétence, en décidant en vertu de quelle loi les étrangers sont soumis quant à leur statut personnel¹⁷⁵⁸.

La règle concernant la soumission de la personne de l'étranger à la « police » du territoire est une expression très pure de la souveraineté de la loi française, qui renoue avec les principes généraux de Boullenois et, par-delà, avec les axiomes de la souveraineté érigés en principe par les Hollandais. Mais, surtout, elle renoue avec l'esprit de la Révolution. Celle-ci, sans jamais s'être prononcée sur le conflit des lois civiles, n'a eu de cesse de réaffirmer l'obligation pour l'étranger de se conformer aux lois françaises de police et de sûreté. A la suite du fameux titre VI de la Constitution de 1791, les circonstances conduisirent les assemblées révolutionnaires – et, au premier chef, la Convention – à resserrer l'étreinte sur les étrangers, notamment en renforçant les mesures de surveillance, et, plus particulièrement, sur les étrangers ressortissants des pays en guerre avec la France¹⁷⁵⁹. La répression des délits civils et pénaux est l'un des aspects les plus saillants de la police et de la sûreté publique, comme en témoigne la définition suggestive que donne la Constituante, dans un de ses décrets, des délits civils : « les délits civils sont ceux commis en contravention aux lois générales du Royaume, qui obligent indistinctement tous les habitants de l'empire »¹⁷⁶⁰. L'Assemblée Législative va dans le même sens, lorsqu'elle prend un décret pour réprimer les violences commises par des Espagnols de Roncevaux sur le territoire français et justifier leur soumission à la *lex loci delicti*¹⁷⁶¹ ou, *a contrario*, lorsqu'elle rappelle le principe de la territorialité de la loi pénale, en défendant de retenir sur les galères de France aucun étranger pour les délits commis hors du Royaume¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁸ Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 37-38.

¹⁷⁵⁹ Jean PORTEMER, « L'étranger dans le droit de la Révolution Française », *op. cit.*, pp. 533-552, spéc. pp. 546-549, et, en complément, notre mémoire précité, *Genèse et développements de l'article 3, alinéa 1^{er}*, *op. cit.*, pp. 50-60, spéc. pp. 58-60.

¹⁷⁶⁰ Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat, de 1788 à 1830*, 2^e édition, t. 1, Paris, 1834, p. 429, décret des 22 septembre et 29 octobre 1790, qui fixe la compétence des tribunaux militaires, leur organisation et la manière de procéder devant eux, article 2.

¹⁷⁶¹ Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat, de 1788 à 1830*, 2^e édition, t. 4, Paris, 1834, p. 86, décret en date des 25 février et 16 mars 1792 relatif aux violences commises par des Espagnols de Roncevaux sur le territoire français : « Considérant que des excès aussi graves, portant l'empreinte d'une violation du territoire français par les Espagnols, ne sauraient être tolérés, et qu'il ne serait pas juste que des citoyens français, habitants paisibles des frontières, en fussent les victimes... », en conséquence de quoi l'Assemblée fait part de son intention de faire connaître aux tribunaux français des délits commis par des étrangers sur le territoire du Royaume, qui plus est, à l'encontre de citoyens français dont la sécurité a été ainsi troublée.

¹⁷⁶² Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat, de 1788 à 1830*, 2^e édition, t. 4, Paris, 1834, p. 482, décret des 3 et 7 septembre 1792 qui défend de retenir sur les galères de France aucun étranger pour les délits commis hors du Royaume. Considérant « que les étrangers, prévenus de délits commis dans leur patrie, n'ont pu être légalement jugés que selon les lois de leur pays et par leurs magistrats ; que les peines ne doivent avoir lieu que là où les crimes ont été commis, et que ce serait tolérer une atteinte à la souveraineté des peuples pour laquelle la France donnera toujours l'exemple du respect, que de retenir sur ses galères des étrangers qui n'ont point blessé ses lois », l'Assemblée réaffirme la compétence de la *lex loci delicti*. Pour les délits dont se sont rendus coupables les étrangers en dehors du territoire, la loi et les juges français sont incompétents pour punir ces étrangers, car seuls « les lois de leur pays et (...) leurs magistrats » sont habilités à leur demander justice. Si la loi française décline sa compétence, c'est par respect pour la « souveraineté » de la loi étrangère normalement applicable. *A contrario*, pour que la loi française prétendit s'appliquer, il faudrait que les étrangers aient « blessé ses lois » et que sa souveraineté s'en soit trouvée atteinte.

De cette rétrospective rapide et non exhaustive, il ressort que les Législateurs n'ont nullement prétendu innover en insérant la précision relative aux lois de « police », à laquelle ils ne vont pas tarder à joindre les lois de sûreté. Leur acte ne doit rien au hasard. Ils n'ont, en réalité, jamais perdu de vue ces lois qu'évoquaient déjà les assemblées révolutionnaires. La meilleure preuve en est que le projet de l'an VIII y faisait déjà référence, au moment d'établir, dans son *Livre préliminaire*, la catégorie des lois qui règlent le rapport de l'homme à la loi :

[Projet de la Commission, an VIII] 1. Les troisièmes [espèces de lois] règlent les rapports de l'homme avec la loi. Cette partie de la législation est la garantie et la sanction de toutes les lois : elle se compose des lois relatives à l'ordre judiciaire, des lois criminelles, des lois concernant la police, et de toutes celles qui ont directement les mœurs ou la paix publique pour objet.¹⁷⁶³

Toutes ces lois, considérées du point de vue de leur effet, ont pour vocation naturelle à « obliger indistinctement ceux qui habitent le territoire ». La disparition subséquente du *Livre préliminaire* autorise à croire, non pas que ces lois sont passées par pertes et profits, mais plutôt qu'elles ont été transférées, par l'entremise de l'article 3, au sein du projet de loi sur « la publication, aux effets et à l'application des lois en général ». Il semble peu probable, si l'on se place sur le terrain de l'hypothèse, qu'en l'espace de dix ans, depuis la Constitution de 1791 jusqu'au projet de l'an IX, ces notions, et les définitions qui y sont alors attachées, aient pu être oubliées, méprisées ou détournées de leur sens, par des juristes qui, tous, ont participé de près ou de loin à l'épisode révolutionnaire et qui en conservaient bonne mémoire.

L'article 3 est destiné à régler l'étendue de la loi quant aux personnes et aux biens. S'il ne fait aucun doute que les sujets de l'Etat sont soumis aux dispositions du droit français, puisque telle est l'intention première de la règle, le problème de la loi applicable à la personne et aux biens de l'étranger présent sur le territoire, et de sa délimitation matérielle, ne manque pas de perpétuer le débat qui s'est installé, à ce sujet, parmi les législateurs, quant à sa rédaction et explique ainsi les variations qu'il va connaître par la suite¹⁷⁶⁴.

§ 2. Les projets de l'an IX et la scission en deux articles : l'article 3 du projet concernant la publication, les effets et l'application des lois en général et l'article 7 du projet relatif à la jouissance des droits civils.

La décision, essentiellement prise en vue de faciliter le travail des Rédacteurs et des législateurs, de diviser le projet de l'an IX en une multiplicité de projets de lois qui auraient vocation à constituer les différents titres du Code à venir n'imposait pas nécessairement, *a priori*, de briser l'unité de l'article 3, ni même de le séparer des articles 4 et 5, qui étaient ses compagnons naturels. L'article 3, dans sa version finale, n'est, au fond, que la fusion des articles 3 et 4 de ce projet, l'article 5 ayant été laissé en dehors du Code sans que la règle s'en trouve invalidée pour autant. Pourtant, c'est la décision que va prendre le Conseil d'Etat lors des séances des 4 thermidor

¹⁷⁶³ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Paris, 1836, projet de la Commission du gouvernement présenté le 24 thermidor an VIII, livre préliminaire, titre II « Division des lois », article 1^{er} alinéa 5, pp. 4-5.

¹⁷⁶⁴ C'est pour cela qu'il est important de recueillir le témoignage de première main de Philippe-Antoine Merlin de Douai, qui fut un « spectateur actif » de la rédaction du Code, et qui livre son sentiment, quelques années plus tard, dans son *Répertoire de jurisprudence* sur une question qui lui est, semble-t-il, très chère et à propos de laquelle il est peut-être intervenu lors des débats de l'époque : sur le sentiment de Merlin de Douai, voir, *infra*, pp. 723-727.

an IX (23 juillet 1801), consacrée à la discussion du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois : le transfert des articles 3 (en partie) et 4 dans le projet de loi sur la jouissance des droits civils¹⁷⁶⁵. Jean-Guillaume Locré, qui a dressé le procès-verbal de ces séances, est extrêmement peu loquace sur les motivations qui ont conduit à déporter les articles 3 et 4 vers le projet de loi sur la jouissance des droits civils :

[Conseil d'Etat, procès-verbal de la séance du 4 thermidor an IX.] M. Portalis fait lecture des articles 3 et 4. Après une légère discussion, ces articles sont renvoyés au projet de loi relatif aux personnes qui jouissent des droits civils et à celles qui n'en jouissent pas.¹⁷⁶⁶

Or, lorsque Portalis présente, dans la foulée, la seconde rédaction du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois, lors de la séance du 6 thermidor an IX (25 juillet 1801), l'article 3 s'y trouve maintenu pour partie, mais il doit ce maintien au fait qu'il se réduit désormais à faire mention d'un principe territorialiste qui est formulé de la manière la plus absolue. C'est cette formulation qui est soumise à discussion lors de la séance du 14 thermidor an IX (2 août 1801) :

[Conseil d'Etat, procès-verbal de la séance du 14 thermidor an IX.] L'article 3 est soumis à la discussion ; il est ainsi conçu :
« La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire ». ¹⁷⁶⁷

Si la Commission du gouvernement ne s'est pas expliquée sur son choix de maintenir l'article 3, réduit à sa substantifique moelle, il semble qu'elle ait ressenti, lors de la seconde rédaction, l'impossibilité de s'en défaire totalement dans le corps de ce projet de loi. En effet, l'article 3 détermine le champ d'application de la loi française dans l'espace, par le rappel de son effet territorial, en complément de l'article 2 qui se prononce sur son empire dans le temps, en lui interdisant d'avoir un effet rétroactif. Ce faisant, elle retombe dans la situation qu'avaient connue les projets Cambacérès sous la Révolution, en reconduisant, dans toute sa rigueur, un principe – celui de la soumission de l'étranger à la loi française, constamment répété par les projets de Code successifs – sans réserver, dans le même article, les tempéraments et précisions qui doivent y être apportés. Ceux-ci existent, mais ils sont dorénavant exilés dans l'article 7 du projet de loi suivant

¹⁷⁶⁵ Sur cette phase de la rédaction de l'article 3, voir Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 37-29.

¹⁷⁶⁶ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, procès-verbal de la séance du 4 thermidor an IX, pp. 380 et 393 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 4 thermidor an IX, p. 15.

¹⁷⁶⁷ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 14 thermidor an IX, p. 19. La seconde rédaction de l'article 3, contenu dans le projet de l'an IX sur la publication, les effets et l'application des lois, se déduit logiquement des procès-verbaux des 6 et 14 thermidor an IX (25 juillet et 2 août 1801) et seul Fenet la rapporte avec exactitude.

En effet, le procès-verbal de la séance du 6 thermidor débute par la lecture par Portalis du second projet, mais, de ce second projet, le procès-verbal, fort bref, ne contient aucune trace. Dans le procès-verbal de la séance du 14 thermidor, la discussion s'engage sur ce second projet. Or, Locré rapporte une rédaction erronée de l'article 3 en anticipant sur les modifications que la séance va y apporter et livre, par précipitation, la version qui sera, en fait, intégrée dans la troisième version : « La loi oblige ceux qui habitent le territoire ». D'où l'incohérence entre l'article 3 qu'il énonce et la discussion subséquente sur la teneur dudit article. En revanche, Fenet donne la véritable formulation de l'article 3 qui fut discutée et amendée lors de cette même séance du 14 thermidor. Sur cette incohérence de Locré, voir Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, procès-verbaux des séances des 6 et 14 thermidor an IX, pp. 394-407, spéc. pp. 398-399.

sur la jouissance des droits¹⁷⁶⁸, appelant, désormais, de la part des Rédacteurs, du Conseil d'Etat et des Assemblées, une coordination nécessaire entre les deux articles dont l'article 3 ancien, dans la configuration unitaire de sa rédaction primitive, aurait permis de faire l'économie.

Le Conseil d'Etat a donc reproduit une erreur ancienne, que l'expérience des projets Cambacérés aurait dû lui épargner, et a persisté dans la confusion qui avait eu raison des premières formulations du futur article 3. Armand Lainé relève, à juste titre, la confusion entre la jouissance des droits qui est accordée aux étrangers par la loi française et les lois applicables aux étrangers en France, et qui conditionnent l'exercice des droits dont ils se sont vus reconnaître la jouissance¹⁷⁶⁹. Or, cette confusion conduit, paradoxalement, à la disjonction d'un article écrit de manière encore maladroite, mais parfaitement cohérent. Dans cet article, le principe guidait directement les conséquences et s'affinait par les contours qu'elles lui apportaient. En raison d'une maîtrise malhabile et insuffisante de la matière, le Conseil d'Etat a brisé l'unité logique qui existait au sein de l'article 3, d'une part, mais aussi entre l'article 3 et l'article 4 pour faire basculer celui-ci, devenu article 9 du projet sur la jouissance des droits civils, dans un chapitre du Code où il n'a absolument pas sa place¹⁷⁷⁰.

Le choix d'éclater le projet du 4 thermidor IX en plusieurs « projets de lois » rend, par conséquent, la tâche des Législateurs bien plus compliquée, au moment de saisir ensemble l'article 3 du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général et l'article 7 du projet de loi sur la jouissance des droits civils, là où ils avaient cherché à la simplifier. Il a donc une incidence directe sur l'article 3 ancien, en imposant désormais un double examen séparé : celui des deux projets de lois, à travers l'article 3 nouveau (A.) et l'article 7 (B.). La durée de vie de ces deux articles va s'avérer plutôt brève : ils n'auront le droit qu'à cinq mois d'existence à peine, de juillet à décembre 1801.

A. La destinée de l'article 3 du projet concernant la publication, les effets et l'application des lois en général : 6 thermidor an IX (25 juillet 1801) – 24 frimaire an X (15 décembre 1801).

L'article 3, dans la rédaction qui est arrêtée lors de la séance du 6 thermidor an IX : « la loi oblige indistinctement ceux qui habitent sur le territoire », constitue une claire réminiscence de la formule qu'employait déjà Cambacérés dans ses projets sous la Révolution et semble marquer un retour en force de l'esprit unilatéraliste et absolutiste de la loi française, cette fois-ci passé au filtre de la territorialité la plus intransigeante. L'influence du Deuxième consul dans le démantèlement de l'article 3 ancien, pour en conserver la substance la plus ouvertement impériale, s'est, sans nul doute, exercée de manière directe sur la rédaction de la Commission. Toutefois, la destinée de l'article 3 nouveau est fragile : à l'image du principe autrefois défendu par Cambacérés qui fut, peu

¹⁷⁶⁸ Sur la destinée de cet éphémère article 7, devenu 8, puis 16 au fil des renumérotations, voir, *infra*, pp. 696-702.

¹⁷⁶⁹ Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁷⁰ L'incohérence est si manifeste que les législateurs, un peu tardivement certes, finiront par s'en rendre compte. En effet, l'article 9 du projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et celles qui n'en jouissent pas, discuté par le Conseil le 6 thermidor an IX (25 juillet 1801), dispose que : « le Français résidant en pays étranger continuera d'être soumis aux lois françaises, pour ses biens situés en France et pour tout ce qui touche à son état et à la capacité de sa personne ». Or, il est placé parmi la première section du chapitre II, lui-même intitulé : « Des étrangers en général ». Cette aporie ne semble avoir été relevée par personne, puisque l'article est adopté sans discussion lors de la même séance. Voir Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et de celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 6 thermidor an IX, pp. 10-15.

à peu, amendé et mitigé par les retouches qui lui furent apportées, il semble illusoire de croire que son rétablissement puisse longtemps échapper aux objurgations et aux réécritures que sa trop grande rigueur n'allait pas manquer de soulever.

L'issue fatale qui attend l'article 3 nouveau est inscrite, depuis le départ, dans un processus logique implacable, dont le mouvement a été précipité, en parallèle, par le conflit politique qui oppose alors les Consuls aux Assemblées, processus dont il faut retracer les étapes. Dès le 14 thermidor an IX, Tronchet, par ses critiques, lui porte un coup sérieux qui, sans lui être fatal, en révèle les graves faiblesses (1). Ensuite, le passage devant les Assemblées – présentation du projet de loi devant le Corps Législatif et discussion devant le Tribunal – aggrave sa condition, sous le poids des réflexions sceptiques des Tribuns, en lui faisant atteindre un point critique (2). Enfin, le rejet de l'ensemble du projet de loi par le Corps Législatif, à la suite du vœu défavorable du Tribunal, ne fait qu'en couronner la mise à mort (3).

1) La discussion du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général devant le Conseil d'Etat : la séance du 14 thermidor an IX (2 août 1801).

Lors de la discussion du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général, le 14 thermidor an IX, Tronchet est le premier à s'élever contre l'esprit de Cambacérès et à faire part de ses objections sur la formulation trop définitive de l'article 3 nouveau. La discussion qui s'engage, et qu'il est nécessaire de retranscrire en entier, permet au président du Tribunal de cassation d'exposer ses arguments :

L'article 3 est soumis à la discussion.

M. TRONCHET dit que cette rédaction est trop générale. Elle contredirait l'article 7 du projet sur les droits civils, lequel ne soumet l'étranger qu'aux lois de police et de sûreté. On pourrait le rédiger ainsi : « La loi régit les propriétés foncières situées sur le territoire de la France, les biens meubles et la personne des Français. »

M. REGNAUD DE SAINT-JEAN-D'ANGELY fait observer que l'article ne s'entend que des lois civiles, en tant qu'elles prononcent sur les droits personnels et sur la propriété des étrangers.

M. TRONCHET répond que l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes.

M. REGNIER pense qu'on peut laisser subsister la rédaction générale, parce qu'ensuite, on établira les exceptions.

M. REGNAUD répond que l'on serait forcé d'aller plus loin, si l'on voulait énoncer ici toutes les exceptions : elles ne concernent pas les étrangers seuls, mais encore les femmes françaises mariées à des étrangers, les Françaises veuves d'étrangers, et plusieurs autres personnes. Il suffit donc ici de poser le principe ; les exceptions se trouveront dans les autres projets de loi.

M. TRONCHET propose de retrancher le mot *indistinctement*.

L'article est adopté avec cet amendement.¹⁷⁷¹

La contradiction soulevée par Tronchet a une répercussion directe et immédiate sur la rédaction de l'article 3, qui perd ainsi l'adverbe « indistinctement », présent depuis le projet de l'an VIII, et qui lui donnait cette coloration impérative et absolue que ses promoteurs entendaient lui conférer. Fidèle à la ligne adoptée par le Tribunal de cassation lors de la discussion du projet de

¹⁷⁷¹ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, procès-verbaux des séances du 14 thermidor an IX, pp. 399-400 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 14 thermidor an IX, pp. 19-20.

l'an VIII, Tronchet, qui en est le président, souligne la contradiction qu'il y aurait à ériger un principe trop rigoureux qui serait démenti par la lettre même de l'article 7, qui est lui-même le fruit des observations des tribunaux¹⁷⁷². Il précise sa pensée en faisant remarquer qu'il y a, au moins, un cas où la loi française ne s'applique pas aux étrangers : l'état des personnes. D'où sa proposition de restreindre l'empire absolu de la loi française au statut réel (mobilier et immobilier) et au statut personnel des Français. A l'exception du sort des meubles, sa suggestion est, précisément, celle que recueilleront les alinéas 2 et 3 du Code civil de 1804.

Le raisonnement de Tronchet mérite d'être approfondi : selon son point de vue, et conformément à la lettre même de feu l'article 4 du titre IV du Livre préliminaire de l'an VIII, les étrangers, en France, ne sont soumis, personnellement, qu'aux lois de police et de sûreté, ainsi que le dispose, dans le projet de loi suivant, l'article 7 du projet sur la jouissance des droits. Or, les adjonctions à l'article 3 qu'il préconise sont d'importance, puisqu'à cette soumission personnelle envers les lois de police, il veut que soit rappelé le respect que doit l'étranger aux lois réelles. Alors que Michel Regnaud de Saint-Jean-d'Angély lui oppose que les lois civiles françaises, réelles comme personnelles, doivent s'appliquer à l'étranger, comme c'est le cas pour le citoyen français, Tronchet lui répond, précisément, que « l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes ». Même exprimée avec une tournure négative, cette réplique n'autorise, en réalité, qu'une seule interprétation : le président de la Cour de cassation justifie, ici, que le législateur s'abstienne de se prononcer sur l'état et la capacité des étrangers, parce que ceux-ci ne sont pas de son ressort. C'est dire, de manière détournée, que l'état et la capacité des étrangers sont soumis à la loi de leur pays d'origine.

Les arguments invoqués par Tronchet semblent avoir produit une impression suffisamment forte pour que ses contradicteurs se contentent, désormais de parler d'un principe qui autorisait des « exceptions » qui seraient évoquées dans d'autres parties du Code : eux-mêmes sentent bien que la règle de l'article 3, bien que nécessaire, ne peut être absolue. Cette discussion – l'une des rares qui nous permettent de cerner au mieux l'état d'esprit des Rédacteurs – livre des enseignements précieux sur les intentions qui présideront à la rédaction finale de l'article 3. La position défendue par Tronchet peut se résumer ainsi :

- 1) Les seules déclinaisons qui s'infèrent du principe de territorialité de la loi française, posé par cet article, tiennent aux lois de police et de sûreté et au statut réel, c'est-à-dire à des dispositions qui sont inscrites, pour l'instant, dans l'article 7. Ces déclinaisons sont autant d'atténuations portées à un principe jugé trop rigoureux. Si l'on suit son raisonnement *a contrario*, l'état civil et sa capacité juridique échappent à son empire, parce qu'ils sont, par essence, extraterritoriaux ;
- 2) La seule exception qu'admet le principe de territorialité de la loi française tient au statut personnel du Français. En effet, de même que l'état et la capacité de l'étranger sont déterminés, en France, par la loi de leur pays d'origine, réciproquement, l'état et la capacité du Français sont régis, à l'étranger, par la loi française, entendue comme sa loi nationale.

La réflexion des législateurs n'est pas encore parvenue à ce stade. L'article garde une rédaction à peine moins générale et imprécise qu'auparavant : « Le loi oblige ceux qui habitent le territoire ». Les idées émises par Tronchet sont, toutefois, riches de virtualités que seuls un long travail de maturation et les échanges répétés avec le Conseil d'Etat et les Assemblées permettront de fixer dans les trois alinéas que comprendra la version finale de l'article 3.

¹⁷⁷² Sur la discussion qui eut lieu le 14 thermidor an IX au Conseil d'Etat, voir Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 40-41.

2) La présentation et la discussion du projet de loi devant les Assemblées, du 3 au 21 frimaire an X (24 novembre – 12 décembre 1801).

Le projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général, dans la forme arrêtée à la suite de la séance du 14 thermidor an IX, est présenté au Corps législatif le 3 frimaire an X (24 novembre 1801) et Portalis en livre, une nouvelle fois, l'exposé des motifs¹⁷⁷³. Il y justifie le choix d'abandonner l'idée de faire un Livre préliminaire au profit d'un projet de loi destiné à devenir un simple titre dans le Code civil, choix qui paraît, de prime abord, moins ambitieux. Arrivant à l'article 3, disposition fort brève dont le but est de régler l'application de la loi française dans l'espace, l'orateur se contente de condenser les quelques orientations qu'il avait indiquées dans le *Discours préliminaire*, dix mois auparavant, le 21 janvier 1801, lors de la présentation du projet de l'an VIII, et de remarquer, à propos de l'un des principaux effets de la loi, que :

[La loi] oblige tous ceux qui vivent sous son empire. Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté.¹⁷⁷⁴

Le discours tenu n'est, au fond, que la reprise de celui que Portalis avait prononcé avant les observations des tribunaux, qui avaient permis d'amender le principe de territorialité de la loi dans ce qu'il avait d'excessif et dangereux. Il n'est même plus fait mention des étrangers, ceux-là mêmes qui devenaient, par leur simple présence sur le territoire, les « sujets casuels de l'Etat ». L'idée qui sert de fondement à l'article 3 semble se suffire à elle-même et, parce qu'elle ne semble pas prêter le flanc aux éventuelles critiques des membres du Tribunal, lorsqu'ils seront appelés à donner leur avis sur la teneur du projet de loi, elle n'a pas semblé, aux yeux des Rédacteurs, mériter de précisions supplémentaires. Mais la Commission n'a pas semblé retenir la leçon tirée des discussions devant le Conseil d'Etat, à savoir que le principe, exposé dans sa forme brute, c'est-à-dire sans les moindres exceptions qui en éclaireraient la portée, risquait fort de se heurter au scepticisme des Tribuns, qui ne manqueraient pas de demander des précisions supplémentaires.

Toutefois, c'est bien la souveraineté absolue de la loi française que les Rédacteurs ont entendu consacrer à travers l'article 3 : l'idée que tous les individus qui sont présents sur le territoire, qu'ils soient citoyens ou étrangers, sont tenus de respecter l'ordre public dont l'Etat est le garant est une constante qui ne s'est jamais démentie depuis 1791.

Le projet de loi est, ensuite, communiqué officiellement au Tribunal, accompagné de l'exposé des motifs, par le Corps Législatif. Le débat s'engage, à propos de ce texte, entre les Tribuns, appelés à le discuter et à formuler un vœu d'adoption ou de rejet sans pouvoir émettre de

¹⁷⁷³ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, notice historique sur le titre préliminaire, pp. 365-366, et premier exposé des motifs du projet de loi sur la publication, etc., présenté au Corps Législatif le 3 frimaire an X, pp. 316-336 et 415-418 (Locre a distingué la partie générale sur le Code et la partie propre au projet de loi, là où Fenet conservera l'unité du discours) ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, précis historique sur la confection du Code civil, p. LXXVII, et t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté au Corps Législatif le 3 frimaire an X, pp. 33-52 (pour l'intégralité du discours).

¹⁷⁷⁴ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, premier exposé des motifs du projet de loi sur la publication, etc., présenté au Corps Législatif le 3 frimaire an X, p. 416 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté au Corps Législatif le 3 frimaire an X, exposé des motifs par Portalis, p. 51.

vote à proprement parler, et la Commission de rédaction. C'est à cette période, à une phase critique de la procédure, que se font entendre les attaques les plus vives à l'encontre du projet, attaques exacerbées par les très fortes tensions qui traversent les relations entre l'assemblée et le pouvoir exécutif.

Afin de remplir sa tâche, le Tribunal institue, tout d'abord, une commission spéciale, chargée d'examiner le projet mis au point par le Conseil d'Etat et de livrer ses conclusions devant l'assemblée générale des tribuns. C'est au Tribun François Andrieux qu'il revient, le 12 frimaire an X (3 décembre 1801), de présenter le rapport issu des travaux de la commission spéciale et, partant, de sonner la charge contre le projet soumis par le gouvernement¹⁷⁷⁵. Dans les observations générales qu'il émet à son propos, il fustige l'abandon du *Livre préliminaire* et l'insertion d'un titre portant sur l'ensemble de la législation dans un Code civil. Il en veut pour exemple que l'article 3 fait partie de ces articles qui « ne sont pas des articles de lois ; ils ne contiennent point de dispositions expresses, prohibitives, impératives, ou même facultatives ; ce sont des principes énoncés, ce sont des axiomes de morale ou de jurisprudence »¹⁷⁷⁶. Ensuite, dans les observations particulières lors desquelles il passe en revue les articles qui figurent au projet, il livre le commentaire suivant sur l'article 3 :

Article 3. « La loi oblige ceux qui habitent le territoire.

La rédaction de cet article nous a paru extrêmement vicieuse.

En effet :

1°. Dire seulement *La loi oblige ceux qui habitent le territoire*, c'est dire, en d'autres termes, qu'elle n'oblige pas ceux qui ne l'habitent point, proposition fautive et démentie par le second projet de loi qui vous a été présenté, et qui statue qu'un Français résidant en pays étranger continue d'être soumis aux lois françaises, relativement à ses droits civils et aux biens qu'il possède en France.

2°. Il n'est pas vrai encore que la loi oblige sans exception ceux qui habitent le territoire, puisque les étrangers revêtus d'un caractère national, ceux qui composent leur famille et leur suite, ne sont point soumis aux lois civiles de la France, quoiqu'ils en habitent le territoire. La rédaction de l'article est donc, en cela, encore inexacte ; il fallait exprimer ou, du moins, indiquer les exceptions.

Enfin, l'article déplacé dans ce projet de loi se reporte naturellement à celui qui sera relatif aux personnes, et qui réglera la distinction des droits des Français et de ceux des étrangers.¹⁷⁷⁷

Si l'on s'épargne ce que le discours a de volontairement excessif ou de controuvé dans la bouche d'un opposant à la dérive personnelle du régime, l'argumentation d'Andrieux présente l'avantage de soulever certains des points de rupture qui fragilisent la stabilité de l'article 3 :

1) La première des trois observations qui la composent repose sur une argumentation *a contrario*

¹⁷⁷⁵ Sur la transmission au Tribunal et le rapport du Tribun Andrieux à l'assemblée générale, voir Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, notice historique sur le titre préliminaire, p. 366 et, présentation du rapport par le Tribunal François Andrieux, pp. 418-435 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Tribunal du 12 au 21 frimaire an X, présentation du rapport par le Tribun François Andrieux le 12 frimaire an X, pp. 52-68. Sur François Andrieux, voir Jean-Jacques CLERE, « ANDRIEUX, François-Guillaume-Jean-Stanislas », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁷⁶ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, présentation du rapport par le Tribunal François Andrieux, p. 421 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Tribunal du 12 au 21 frimaire an X, présentation du rapport par le Tribun François Andrieux le 12 frimaire an X, p. 55.

¹⁷⁷⁷ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, présentation du rapport par le Tribunal François Andrieux, p. 432 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Tribunal du 12 au 21 frimaire an X, pp. 65-66.

particulièrement captieuse¹⁷⁷⁸, mais qui a le mérite de rappeler le lien brisé qui existe entre l'article 3 et l'article 7 (devenu 8) du projet de loi sur la jouissance des droits civils. Le statut personnel du Français – futur alinéa 3 de l'article 3 final – rentre manifestement dans la catégorie des exceptions au principe établi par la version du 14 thermidor an IX. Certes, l'excision du terme « indistinctement » entendait laisser la porte ouverte aux exceptions, mais les Rédacteurs se sont gardés de le préciser, offrant, en l'occurrence, une prise aux critiques des Tribuns. Toutefois, la vraie question que pose le rapprochement entre l'article 3 et l'article 7 (devenu 8) du second projet de loi ne tient pas à la condition civile du Français résidant à l'étranger, dont ni le gouvernement, ni les Assemblées n'entendent remettre en cause l'allégeance personnelle à la loi française, mais à celle de l'étranger.

2) La deuxième observation s'autorise volontiers à présumer que l'article 3 vise ceux qui habitent le territoire « sans exception », ce que la discussion du 14 thermidor avait eu pour but d'éviter par la suppression de l'adverbe « indistinctement ». Mais le sens n'en est guère trouvé altéré, encourageant ainsi l'interprétation qu'en donne Andrieux. L'observation porte sur le statut des ambassadeurs et de leur suite, qui constitue une exception générale au régime relatif aux droits des étrangers et qui avait pu faire, jusqu'en thermidor, l'objet d'une disposition spéciale insérée dans le projet de loi sur la jouissance des droits civils et abandonnée, depuis lors, au droit des gens¹⁷⁷⁹. Plutôt que de s'attarder sur ce cas particulier, Andrieux aurait pu saisir cette occasion pour aborder la question de la condition civile des étrangers : il ne l'a pas fait.

3) La troisième observation donne une explication à ce silence. L'article 3, selon lui, n'est pas à sa place dans le présent projet de loi (c'est en ce sens que Andrieux fait remarquer qu'il est « déplacé ») et trouve plus naturellement à s'inscrire dans le cadre du projet de loi sur la jouissance des droits civils. Nouvelle illustration de l'équivoque entre la question de l'empire de la loi française et celle de la jouissance et de l'exercice des droits civils, équivoque qui est, en quelque sorte, le péché originel de l'article 3 et qui perdurera jusqu'à sa rédaction finale.

La phase de discussion avec le Tribunat se poursuit par les interventions des douze Tribuns qui, à titre individuel, émettent leur opinion sur le projet de loi. Sept opinions y sont favorables et cinq lui sont hostiles¹⁷⁸⁰. Parmi tous les discours qui soutiennent ou combattent le projet de loi, seul celui de Jean-Charles-Marie Costé, qui fait partie des opposants, traite un peu plus en détail de l'article 3, mais ce n'est que pour abonder dans le sens d'Andrieux en développant les mêmes types d'arguments :

¹⁷⁷⁸ C'est ce que lui rétorque son collègue Jean-Nicolas Dèmeunier, dans le discours favorable à l'adoption du projet qu'il prononce le 18 frimaire an X (9 décembre 1801), qui trouve « minutieuse et inexacte la critique de l'article 3 » : voir Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Tribunat du 12 au 21 frimaire an X, opinion de Dèmeunier, p. 90.

¹⁷⁷⁹ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 6 thermidor an IX, pp. 19-20, titre premier, chapitre II, section II « Des étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation », article 11 du projet. Lors de la discussion, l'article est retranché du projet et laissé « au droit des gens ». Dans son rapport de frimaire an X, Andrieux fait donc allusion à une règle qu'il avait connue par l'intermédiaire du projet de l'an VIII, mais qui était devenue, depuis, obsolète au regard de la codification civile. Elle demeure, toutefois, valable, selon lui, au regard du droit des gens.

¹⁷⁸⁰ Parmi les orateurs, Jean-Nicolas Dèmeunier, Antoine-Nicolas Ludot, Théodore-François Huguet, Jean-François Curée, Jacques-Thomas Lahary, Louis Portiez de l'Oise sont favorables au projet. Jean-Pierre Chazal, Nicolas-François Thiessé, Jacques-Joseph Garat, dit Maillia-Garat (neveu de Dominique-Joseph Garat), Jean-Charles-Marie Costé et Guillaume-Jean Favard de Langlade en demandent le rejet. Parmi ces orateurs, seuls Chazal, Dèmeunier, Ludot, Huguet, Costé et Portiez de l'Oise se prononcent, le plus souvent brièvement, sur l'article 3. Sur ces discours, voir Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Tribunat du 12 au 21 frimaire an X, pp. 68-230.

Je passe à l'article 3. « La loi oblige ceux qui habitent le territoire français. »

C'est un principe de droit bien incontestable ; mais n'est-ce point s'imposer l'obligation de donner les développements qu'il provoque que de l'ériger en article de loi ?

Et puisqu'il est de la règle générale des nations que les lois ne sont faites que pour ceux qui habitent le pays où elles existent, ne suffisait-il pas qu'elle restât gravée dans le Code des droits des nations ?

La rédaction en loi d'un principe qui admet que la loi oblige ceux qui habitent le territoire, et qui ne prévoit aucune exception, apporte l'induction que la loi n'oblige pas ceux qui n'habitent pas le territoire ; dès lors, il peut faire naître les inconvénients que les préopinants ont retracés.

Mais, dit-on, on placera des exceptions dans d'autres parties du Code. – Je répondrai d'abord, pourquoi ne pas placer l'exception à côté de la règle ? – ou bien – si l'ordre des matières exige impérativement que l'exception soit placée dans quelqu'autre partie du Code, pourquoi ne pas annoncer comme devant subir exception une disposition que l'on reconnaît en être rigoureusement susceptible, et, faute de ces expressions, *sauf les exceptions qui seront apportées*, induire en erreur celui qui connaît la loi et qui ne connaît point l'exception ?

Je dirai, en second lieu, ce projet de loi devant être exécuté avant que l'exception puisse être convertie en loi, il y aura donc un espace de temps durant lequel la règle générale assujettira indistinctement tous.

Et il y aura ce double inconvénient d'une part, les agents en France d'une puissance étrangère seront soumis à la loi de France jusqu'à ce qu'il y ait exception, s'il en doit intervenir ; et, d'autre, les agents français résidant en pays étranger seront soumis à la loi étrangère en attendant l'exception qui doit les concerner.¹⁷⁸¹

Les opinions d'Andrieux et de Costé donnent la mesure de l'envergure réelle des objections portées contre le principe édicté par l'article 3. Sans tenir pour sérieuse la critique sur la loi applicable aux ambassadeurs étrangers, qui fait, d'ailleurs, trop bon marché de « la règle générale des nations » dont l'orateur se réclame plus haut et qui garantit leur protection, Costé met le doigt, dans la première partie de son argumentaire, sur les ambiguïtés auxquelles se prête l'interprétation de la règle de l'article 3¹⁷⁸². Deux clarifications semblent s'imposer dans son esprit :

1) Le principe ainsi énoncé apparaît trop péremptoire et trop définitif pour ne pas appeler les précisions, les développements et, surtout, les exceptions qui permettent d'en mieux cerner les contours et les limites. Si l'induction qu'il en tire, au même titre que Andrieux, est trop hâtive, il a, comme son collègue, le mérite d'attirer l'attention sur les projections qui peuvent être faites de ce principe d'un point de vue territorial (dans le cas du Français de l'étranger, qui échapperait à l'empire de sa loi nationale) et personnel (dans le cas de l'étranger résidant en France, qui échapperait également à l'empire de sa loi nationale pour mieux se soumettre à la loi française) et que les Rédacteurs ne semblent pas avoir suffisamment pris en compte. La situation du Français se trouvant en dehors des frontières est, par excellence, l'une de ces exceptions qu'il faut nécessairement annoncer dans le corps même de l'article 3. C'est, précisément, ce à quoi pourvoira le futur alinéa 3.

2) Le principe ainsi énoncé semble tout autant rappeler une évidence : l'exclusivisme du souverain législateur sur son territoire. Mais cette évidence lui semble relever davantage du droit des gens, du « Code des droits des Nations », que du Code civil.

A la suite de ces interventions, le Tribunal vote, le 21 frimaire an X (12 décembre 1801),

¹⁷⁸¹ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Tribunal du 12 au 21 frimaire an X, opinion de Costé, pp. 185-186.

¹⁷⁸² Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 43-44.

en faveur du rejet du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général et désigne les Tribuns Andrieux, Thessié et Favard de Langlade pour défendre ce vœu et en exposer les raisons auprès du Corps Législatif. Au milieu des autres dispositions du projet, l'article 3 vit alors ses dernières heures.

3) Le rejet du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général par le Corps Législatif les 23 et 24 frimaire an X (14 et 15 décembre 1801).

La discussion qui s'ouvre devant le Corps Législatif, lors de la séance du 23 frimaire an X, oppose les trois représentants du Tribunat aux trois orateurs désignés par le Conseil d'Etat pour convaincre l'assemblée de passer outre le vœu du Tribunat et d'adopter le projet de loi : Portalis y est accompagné par Boulay de la Meurthe et Berlier¹⁷⁸³. C'est au Tribun Andrieux qu'il revient d'ouvrir les hostilités par un discours qui, concentrant ses feux sur l'article 1, se contente, *in fine*, de renvoyer à son rapport, en tranchant le tout d'un mot :

Je dirai peu de chose des sept articles suivants, pour ne pas fatiguer votre attention ; permettez-moi, législateurs, de me référer, à cet égard, au rapport qui vous a été distribué. Vous y avez vu que la plupart de ces articles sont des règles générales de jurisprudence qui appartiennent à la science et non à la législation ; règles qu'il est très dangereux de vouloir convertir en articles de lois, parce qu'elles sont sujettes à de fréquentes exceptions, parce qu'elles deviendraient fertiles en applications fausses, en conséquences funestes.¹⁷⁸⁴

Reprenant, pour les besoins de son intervention, l'essentiel des arguments qu'il avait opposés au projet, Andrieux soutient qu'une « règle de jurisprudence », comme celle que contient l'article 3, doit demeurer exclue de toute codification : il semble, de ce fait, admettre, au rebours du légicentrisme révolutionnaire, que la législation ne peut, ni n'a vocation à tout régir et à tout prévoir, ce dont ne disconviendrait pas, sur le principe, le Portalis du Discours préliminaire. Les législateurs de l'an X acceptent donc volontiers l'idée de laisser des domaines particuliers du droit en dehors de l'emprise de la loi : l'aveu qui est fait éclaire leur choix d'une ambition restreinte et réajustée à l'aune de la raison et de la prudence pour la rédaction même des articles du Code civil. Dans le prolongement de cette idée, son discours exprime la crainte qu'une disposition tournée de façon aussi générale et aussi définitive que, par exemple, l'article 3 soient de ces dispositions « fertiles en applications fausses [et] en conséquences funestes ». L'argument rappelle, à juste titre, l'inconséquence d'avoir soumis aux vœux des assemblées un principe « aussi absolu et, en même temps, aussi vague, isolé sans raison des règles qui en étaient, à la fois, les conséquences et les limites », selon la juste appréciation de Lainé¹⁷⁸⁵, sans l'avoir assorti, ni même fait évocation, des exceptions et tempéraments qui devaient en mitiger la rigueur.

Portalis, qui lui fait réponse lors de la même séance, n'a aucun mal, en reprenant les grandes lignes déjà évoquées dans ses deux Discours précédents, à démontrer ce que l'argumentaire

¹⁷⁸³ Sur Antoine Boulay de la Meurthe et Théophile Berlier, voir Jean-Jacques CLERE, « BOULAY DE LA MEURTHE, Antoine-Jacques-Claude-Joseph » et « BERLIER, Théophile », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, respectivement pp. 156-157 et pp. 95-97.

¹⁷⁸⁴ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, discours du Tribun Andrieux au Corps Législatif le 23 frimaire an X, pp. 436-450, spéc. p. 448 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Corps Législatif le 23 frimaire an X, discours de Andrieux, pp. 230-243, spéc. p. 241.

¹⁷⁸⁵ Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 44-45.

d'Andrieux avait de spécieux¹⁷⁸⁶. Par la force, sa réfutation s'adresse davantage au rapport fait au Tribunal qu'au discours, ce dont témoigne l'examen de l'article 3 par l'orateur :

Le troisième article porte que *la loi oblige ceux qui habitent le territoire*.

Le rapporteur de la commission du Tribunal en conclut qu'elle n'oblige pas les Français qui voyagent. Il faut convenir que la conséquence n'est pas juste.

Sans doute, les Français qui voyagent ne sont pas soustraits à l'empire de toutes les lois françaises, mais Français et étrangers, habitant le territoire, y sont soumis. Voilà le principe général. Car *habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté*.

On reproche de n'avoir pas parlé des ambassadeurs, de leur famille et de leur suite. Ce qui regarde les ambassadeurs appartient au droit des gens. Nous n'avions point à nous en occuper dans une loi qui n'est que de régime intérieur.

Le principe que vous posez aujourd'hui souffre, dit-on, des exceptions. Soit, mais qu'avions-nous besoin d'énumérer ces exceptions qui ont leur place naturelle dans les matières particulières auxquelles elles se rapportent ? Chaque fois qu'on énonce un principe, est-on tenu de faire un traité ?¹⁷⁸⁷

La réponse de Portalis mérite examen, car elle permet de mesurer l'avancée de la réflexion chez les Rédacteurs à la suite de deux ans de travail et de dix ans de réflexion lancée à la recherche d'un principe si évident au premier abord qu'il ne laisse pas de plonger les différents législateurs dans l'embarras dès qu'il s'agit d'en tirer les conséquences. Le statut personnel des Français à l'étranger est donc clairement perçu comme une exception, qui a sa place dans le projet de loi subséquent sur la jouissance des droits, mais il ne dément pas la règle de droit strict, à savoir que « Français et étrangers, habitant le territoire, y sont soumis », car l'agrégation au corps social dont témoigne la résidence établie sur le territoire emporte sujétion envers la souveraineté. L'article 3 se veut une « loi de régime intérieur », affirmation qui semble nier son éventuelle projection internationale pour ne se concentrer que sur les aspects de police, au sens le plus large du terme. L'illustre Rédacteur, ayant en tête l'article 7 (devenu 8) du projet de loi suivant, qui est encore à débattre, concède, enfin, que le principe énoncé souffre de nécessaires exceptions qui seront évoquées au fil du Code. Cette remarque qui se voulait rassurante n'a, semble-t-il, pas été de nature à dissiper les doutes soulevées par la rédaction de l'article¹⁷⁸⁸.

Il est remarquable que la plupart des interventions, qu'elles émanent des Tribuns ou des

¹⁷⁸⁶ Les collègues de Portalis, Boulay de la Meurthe puis Berlier, n'ajoutent pas autre chose aux propos du célèbre orateur : voir Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Corps Législatif le 23 frimaire an X, discours de Boulay de la Meurthe et de Berlier, respectivement, p. 526 et pp. 555-556 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Corps Législatif le 23 frimaire an X, discours de Boulay de la Meurthe et de Berlier, respectivement, p. 309 et pp. 334-335.

¹⁷⁸⁷ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Corps Législatif le 23 frimaire an X, discours de Portalis, pp. 477-478 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Corps Législatif le 23 frimaire an X, discours de Portalis, p. 266.

¹⁷⁸⁸ Le Tribun Thiessé, qui succède à Portalis, ne dit pas un traître mot de l'article 3, alors qu'il s'épanche à loisir sur le reste du projet de loi. Toutefois, sur la fin de son discours, il sabre les articles 2 et suivants par cette appréciation qui motive, selon lui, le rejet du projet : « Les maximes posées à la suite sont dangereuses par leur fausseté, par l'abus qu'on en fera, et par l'absence des exceptions dont elles seraient susceptibles, et qui ne sont pas encore posées. L'examen du Code civil est indépendant de ce projet de loi ». Voir Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Corps Législatif le 24 frimaire an X, discours de Thiessé, p. 509 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., présenté et discuté au Corps Législatif le 24 frimaire an X, discours de Thiessé, p. 294.

orateurs du gouvernement, se concentrent, et se répondent, essentiellement sur les questions de promulgation et de publication de la loi ou de non-rétroactivité de loi, voire sur l'office du juge, sans accorder davantage d'attention à l'article 3¹⁷⁸⁹. Les Tribuns s'accordent à y voir une maxime générale du droit, qui n'a pas sa place dans un code des lois civiles, mais, au pire, si on se résout à la mettre par écrit, aux côtés de la Constitution, et qui ne contient pas les exceptions qui en contiendraient la généralité. Les conseillers d'Etat leur rétorquent qu'il faut n'y voir qu'une règle de jurisprudence, qui a vocation à se ranger dans un titre préliminaire s'occupant des lois en général, et que sa formulation, absolue en apparence, laisse ouvertes toutes les facultés d'y déroger que les lois civiles subséquentes jugeront nécessaires.

Quels qu'aient été les sentiments des membres du Corps Législatif, le sort de l'article 3 a sans doute compté pour peu dans les motifs de leur vote. Le 24 frimaire an X, le projet de loi de l'an IX est soumis à la votation et est rejeté d'une courte majorité de 142 voix contre 139, signant ainsi sa disparition.

B. La destinée de l'article 7 du projet relatif à la jouissance des droits civils : 6 thermidor an IX (25 juillet 1801) – 25 frimaire an X (16 décembre 1801).

L'article 7, dans la rédaction qui est arrêtée lors de la fameuse séance du 6 thermidor an IX, qui est également la première dédiée à l'examen du second projet de loi, celui relatif aux « personnes qui jouissent des droits civils et de celles qui n'en jouissent pas », sert ainsi de réceptacle à la deuxième phrase qui composait l'article 3 ancien du projet du 4 thermidor an IX. Il s'explique en ces termes :

[Projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, 6 thermidor an IX, article 7.] L'étranger, même non résidant en France, est soumis aux lois françaises pour les immeubles qu'il y possède ; il est personnellement soumis, pendant sa résidence ou son séjour, à toutes les lois de police et de sûreté.¹⁷⁹⁰

La rédaction qui est arrêtée dès le 6 thermidor, et qui ne subira, par la suite, que des retouches purement formelles, apporte les amendements qu'appelait l'article 3 du projet de loi précédent, celui sur la publication, les effets et l'application de la loi en général, en prétendant ainsi tracer les limites imposées à la condition civile de l'étranger présent sur le territoire. Les Rédacteurs sont encore prisonniers de l'illusion selon laquelle l'accès aux droits reconnus par les lois civiles, publiques et criminelles de France est uniquement et exclusivement déterminé par la loi française, seule applicable sur le territoire. De fait, avec un tel raisonnement, il n'est pas difficile d'en déduire que Français et étrangers sont égaux devant la loi française, étant admis que les premiers peuvent bénéficier d'avantages qui leur sont seuls réservés et que les seconds ne sont pas privés des facultés que leur offre le droit des gens. En l'occurrence, les Rédacteurs ont eu le sentiment manifeste de demeurer en consonance avec un principe qu'ils interprétaient avec toute la rigueur de l'École

¹⁷⁸⁹ Les collègues de Andrieux, Thiessé et Favard de Langlade, n'évoquent que brièvement, pour le premier, qui reprend l'idée principal du rapporteur, voire pas du tout, pour le second, le sort de l'article 3. Voir à la note précédente pour Thiessé.

¹⁷⁹⁰ Voir Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 2, Paris, 1827, projet de loi projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 6 thermidor an IX, première rédaction, p. 34 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 6 thermidor an IX, première rédaction, p. 12.

Hollandaise, sans faire état du facteur de souplesse que représentait la *comitas*. Dans le système qu'ils adoptent, sans clairement s'en rendre compte, il n'y a, en vérité, plus de place pour la loi étrangère à l'intérieur des frontières. Les projets Cambacérés proclamaient, avec plus ou moins de nuances, que la loi française était seule souveraine à l'égard des Français et des étrangers et les Rédacteurs ont simplement cherché à circonscrire cet exclusivisme dans les bornes qui leur paraissaient raisonnables. Mais, jusqu'au bout, parce qu'ils étaient trop occupés à exalter les vertus de la loi française, la loi étrangère n'est jamais entrée dans leurs vues.

L'article 7, devenu 8, puis 16, en vertu des renumérotations successives du projet, se heurte aux mêmes écueils que l'article 3 et le projet qui l'abritait. Lors des trois rédactions que subit le projet de loi sur la jouissance des droits civils, la destinée de l'article s'écoule de manière plutôt paisible : les modifications terminologiques et structurelles qu'il subit n'en altèrent aucunement le sens ou la portée¹⁷⁹¹. Cet article, adjoint à l'article 9, devenu 10, puis 18, qui contient le futur alinéa 3, se présente, dès le 16 thermidor an IX (4 août 1801), dans une configuration très proche de la rédaction définitive (1.). Ensuite, la présentation et la discussion devant les deux Assemblées, selon la procédure ordinaire déjà suivie pour le projet de loi précédent, ne suscitent pas d'attaques particulières de la part des membres du Tribunal, mais cela n'empêche pas ce dernier d'émettre un vœu de rejet (2.). L'interruption de la procédure législative par la décision discrétionnaire d'un Premier Consul soucieux de sauver une entreprise qui menaçait péril explique que le projet n'a jamais été présenté au Corps Législatif.

1) La discussion du projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur les personnes qui n'en jouissent pas : les séances des 6 et 14 thermidor an IX et 4 fructidor an IX (25 juillet, 2 août et 22 août 1801).

Le projet de loi sur la jouissance des droits civils est soumis, à sept reprises, au Conseil d'Etat pour y être discuté et amendé, du 6 thermidor an IX au 28 brumaire an X (19 novembre 1801). La première rédaction, celle qui est présentée lors de la séance du 6 thermidor, ne va subir que des rectifications dans sa structure interne et dans le choix des mots, sans être remise en cause par les conseillers d'Etat. La séquence du Conseil d'Etat se déroule sans bouleversement manifeste, mais elle n'en demeure pas moins instructive.

Lors de la séance du 6 thermidor, donc, l'article 7 du projet, de même que l'article 9, y est adopté sans la moindre discussion¹⁷⁹². Ensuite, lors de la seconde séance, celle du 14, qui fait suite au remaniement subi par l'ensemble du projet, les articles 7 et 9 deviennent les articles 8 et 10 du projet. A cette occasion, l'article 8 suscite une intervention du Premier Consul, qui éclaire, précisément, l'un des choix terminologiques effectués par les Rédacteurs :

[Projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, 14 thermidor an IX, article 8.] L'article 8 est soumis à la discussion ; il est ainsi conçu :
« L'étranger, même non résidant en France, est soumis aux lois françaises pour les immeubles qu'il y possède ; il est personnellement soumis, pendant sa résidence ou son séjour, à toutes les lois de

¹⁷⁹¹ Sur cette séquence, voir Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 45-47.

¹⁷⁹² Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 2, Paris, 1827, projet de loi projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 6 thermidor an IX, première rédaction, pp. 43 et 45 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 6 thermidor an IX, première rédaction, pp. 12-14.

police et de sûreté. »

LE PREMIER CONSUL demande si cet article soumet l'étranger aux lois criminelles.

M. BOULAY répond que la section a entendu comprendre ces lois dans l'expression générique *lois de sûreté*.

L'article est adopté.¹⁷⁹³

Enfin, lors de la sixième séance, celle du 4 fructidor, l'ensemble du projet est relu par Boulay de la Meurthe. Cela permet de constater qu'entre-temps, l'article 8 a été remembré, et légèrement réécrit, lors de la troisième rédaction, déjà évoquée lors de la troisième séance, le 16 thermidor (4 août 1801), afin d'en modifier la structure et l'agencement. Le changement est définitif, puisque l'article est adopté séance tenante :

[Projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, 4 fructidor an IX, article 8.] L'étranger, pendant sa résidence ou son séjour en France, y sera personnellement soumis aux lois de police et de sûreté. Les immeubles qu'il y possédera seront régis par la loi française, lors même qu'il n'y résidera pas.¹⁷⁹⁴

L'article 8, saisi dans sa rédaction dernière, révèle des évolutions intéressantes par rapport à l'ancien article 3 du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général, dans la version qu'il présentait le 4 thermidor an IX, et dont l'article 8 est émané. Le travail de délimitation de l'étendue d'application de la loi française, entamé par les codificateurs depuis le projet de l'an VIII, leur a imposé de réfléchir sur sa portée réelle et personnelle. L'article 8 apporte une réponse définitive, puisque les deux règles qui y sont posées ne seront pas démenties dans les deux premiers alinéas qui composeront la rédaction finale de l'article 3 de 1804. En premier lieu, la sujétion de l'étranger envers la loi française se déploie sur un plan personnel à l'égard des lois de police et de sûreté, dont il n'y a plus lieu de douter, grâce à Boulay de la Meurthe, qu'elles comprennent les lois criminelles. Elle se déploie sur un plan personnel à l'égard des immeubles, et de eux seuls, situés sur le territoire. En second lieu, l'article distingue bien entre les lois de police et de sûreté, qui obligent l'étranger le temps de sa résidence ou de son simple séjour sur le territoire, et les lois immobilières, qui le tiennent le temps de sa possession, indépendamment de tout critère de résidence. Les Rédacteurs semblent avoir perçu qu'à l'encontre des étrangers, l'exclusivisme que réclamait impérieusement la loi française connaissait des bornes naturelles : ces limites sont donc aussi bien personnelles, en ce que l'état et la condition des étrangers ne peut, comme l'avait indiqué Tronchet, être régis par la loi française, que réelles, puisque l'empire du statut réel immobilier fixé par les lois du Code ne peut pas franchir les frontières de l'Etat, où se confinent le pouvoir du législateur. A titre d'hypothèse, il est permis de croire que les longues discussions sur le futur titre sur la jouissance des droits civils, ainsi que sur le droit d'aubaine, ont permis aux Rédacteurs de

¹⁷⁹³ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 2, Paris, 1827, projet de loi projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 14 thermidor an IX, seconde rédaction, pp. 68-69 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 14 thermidor an IX, seconde rédaction, pp. 33-34.

¹⁷⁹⁴ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 2, Paris, 1827, projet de loi projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 16 thermidor an IX, troisième rédaction, p. 81, puis adopté le 4 fructidor, p. 198 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté au Conseil d'Etat le 4 fructidor an IX, troisième rédaction, pp. 124-125.

mieux cerner le statut qu'ils voulaient conférer à l'étranger, ainsi que la portée et les limites qu'ils lui ont assignés. Ils ont été donc encouragés à définir ce qui distinguait l'étranger du Français. Or, leur attachement à la qualité de Français et au privilège que représentent les lois françaises les conduit insensiblement à revoir, à une mesure qui leur paraît plus juste, la condition de l'étranger. L'idée de réciprocité, dont ils redécouvrent les vertus, et qui n'est, d'ailleurs, pas sans rappeler les thèses des Hollandais ou des Français du siècle écoulé, leur semble à même de garantir un équilibre satisfaisant dans leurs rapports avec les souverainetés étrangères et leurs ressortissants. Ces sont des traits qui ressortent des discussions sur le projet de loi au Conseil d'Etat et du discours que prononce, pour le défendre, Boulay de la Meurthe devant le Corps Législatif¹⁷⁹⁵.

2) La présentation et la discussion du projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur les personnes qui n'en jouissent pas devant les Assemblées, du 11 frimaire au 11 nivôse an X (2 décembre 1801 – 1^{er} janvier 1802).

Le projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur les personnes qui n'en jouissent pas est présenté au Corps Législatif le 11 frimaire an X, dix jours après l'introduction du premier projet et l'exposé des motifs qui y est joint est dû à Boulay de la Meurthe. Celui-ci s'attarde longuement sur la distinction entre Français et étrangers, en insistant sur « l'esprit de justice et d'impartialité » qui a conduit les rédacteurs du projet à conditionner l'accès aux droits civils français qui sont ouverts aux étrangers à l'idée de réciprocité. « C'est donc à ce principe de la réciprocité que nous nous sommes attachés ; c'est lui que nous avons admis comme règle générale ».

Parmi les situations particulières qui s'inscrivent, plus ou moins, dans le cadre de cette règle générale, Boulay distingue cinq rapports de droit entre Français et étrangers que le projet s'est efforcé de régler, dont deux le sont par l'article 8 :

Troisième. Quant à l'étranger qui ne fait que voyager ou séjourner en France, on ne lui doit que protection et hospitalité, mais il y doit aussi, de son côté, respecter l'ordre public, et il y est, à cet égard, soumis aux lois de police et de sûreté. C'est là le droit de tous les gouvernements.

Quatrième. Nous admettons que l'étranger peut posséder des immeubles en France sans même y résider; car acheter et vendre sont des contrats qui d'après l'usage ordinaire, appartiennent plus encore au droit des gens qu'au droit civil. Quelle sera la loi qui régira ces immeubles ? Il ne peut y en avoir qu'une, la loi territoriale.¹⁷⁹⁶

Le troisième rapport de droit, le seul qui nous intéresse présentement, s'appuie sur l'idée que la soumission aux lois de police et de sûreté constitue, pour l'étranger, une obligation de se soumettre à l'ordre public, quand bien même il ne ferait « que voyager ou séjourner » sur le territoire. Elle est, comme le relève Lainé, « le corollaire d'une règle plus générale, à savoir que le

¹⁷⁹⁵ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 2, Paris, 1827, projet de loi projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté au Corps Législatif le 11 frimaire an X, exposé des motifs par Boulay de la Meurthe, pp. 213 et 214-232 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté au Corps Législatif le 11 frimaire an X, exposé des motifs par Boulay de la Meurthe, pp. 138-153.

¹⁷⁹⁶ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 2, Paris, 1827, projet de loi projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté au Corps Législatif le 11 frimaire an X, exposé des motifs par Boulay de la Meurthe, p. 225 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté au Corps Législatif le 11 frimaire an X, exposé des motifs par Boulay de la Meurthe, p. 146.

respect de l'ordre public s'impose à toute personne se trouvant en France »¹⁷⁹⁷. Le raisonnement *a fortiori* suffit à en déduire que l'étranger qui réside sur le territoire est assujéti de manière tout aussi incontestable. L'intervention de Boulay auprès du Corps Législatif représente donc une indication précieuse pour l'interprète de l'article 3, alinéa 1^{er}, en ce qu'elle permet de mesurer le fond de la pensée du législateur lorsqu'il a rédigé cet article, destiné à se fondre dans l'article 3 dans sa version de 1804, à propos du critère servant à définir « ceux qui habitent le territoire ». Le Français et l'étranger qui y résident, de même que le simple étranger de passage, sont tenus des mêmes obligations à l'égard du Souverain. La précision sur la « protection et l'hospitalité » peut fort bien être une manière pour Boulay d'écartier l'objection tenant à l'état et à la capacité de l'étranger : ceux-ci ne sont, de toute évidence, pas compris dans le champ d'application de l'article 8. Sans doute les étrangers sont-ils privés de certains bienfaits qu'accorde la loi française, mais c'est aussi à ce prix que se développe la science du conflit de lois. Replacé dans le cadre du conflit de lois, le futur alinéa 1^{er} est appelé, par la force des choses, à revêtir une force particulière.

Le projet de loi est communiqué par le Corps Législatif au Tribunal le 25 frimaire an X (16 décembre 1801) et discuté sur la base des rapports que les Tribuns Siméon et Thiessé firent au nom de la commission spéciale du Tribunal¹⁷⁹⁸, envoyée par cette assemblée pour éclairer l'avis des députés. Entre-temps, une ultime renumérotation du projet avait transformé les articles 8 et 10 en articles 16 et 18. Dans le rapport qu'il rend à propos du titre *De la jouissance des droits civils*, qui comprend les articles 16 et 18 nouveaux, Joseph-Jérôme Siméon émet un avis plutôt conciliant, qu'il sait être contrebalancé par le rapport beaucoup plus défavorable de son collègue. Il propose au gouvernement de rectifier les « défauts qui ne [fournissent] pas des raisons de rejet, mais qui, dans une nouvelle rédaction, [doivent] en être effacés »¹⁷⁹⁹.

A propos des articles 16 et 18, qu'il évoque brièvement, il soulève une observation qui va s'avérer décisive pour la destinée de ces articles et pour la rédaction définitive des trois alinéas qui composeront l'article 3 de 1804, en remarquant que :

L'article 16 soumet l'étranger, pendant son séjour en France, à nos lois de police et de sûreté, et déclare que les biens que l'étranger y possède seront, lui présent ou non, régis par nos lois.
L'article 18 prononce que le Français résidant en pays étranger y est suivi, quant à sa capacité, par les lois de France, et que ses biens de France y restent soumis aux lois locales.
Ces deux articles nous paraissent étrangers aux droits civils, et seraient mieux placés dans le titre précédent, *Des effets des lois*. C'est, évidemment, un de leurs effets d'obliger les personnes et de régir les biens qui sont sur leur territoire, quels qu'en soient les propriétaires.¹⁸⁰⁰

¹⁷⁹⁷ Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁷⁹⁸ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 2, Paris, 1827, Notice historique sur le projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civil, etc., p. 2 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté devant le Tribunal le 25 frimaire an X, rapport de Siméon, p. 168 : la commission spéciale du Tribunal comprend Jacques-François-Marie Vieilh de Boisjolin, François-Antoine Boissy d'Anglas, Georges-Antoine Chabot de l'Allier, Charles-François-Louis Caillemer, Louis-Julien de Buxeuil de Roujoux, Joseph-Jérôme Siméon et Nicolas-François Thiessé.

¹⁷⁹⁹ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté devant le Tribunal le 25 frimaire an X, rapport de Siméon, pp. 153-168, spéc. p. 163. Sur Joseph-Jérôme Siméon, voir Pierre TAUDOU, « SIMEON, Joseph-Jérôme », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 933-934.

¹⁸⁰⁰ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 2, Paris, 1827, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté devant le Tribunal le 25 frimaire an X, rapport de Siméon, p. 250 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7,

Le Tribun Siméon, ancien avocat au Parlement de Provence, comme son beau-frère Portalis (qui se trouve, lui, dans le « camp » du gouvernement), est le premier juriste qui, à notre connaissance, a clairement perçu la confusion qui avait longtemps freiné et entravé la formation du futur article 3 et a souligné l'impasse dans laquelle s'était engagé le Conseil d'Etat en scindant en deux articles, répartis dans deux projets de lois, l'ancien article 3 du projet unitaire du 4 thermidor an IX et en défaisant ce qui ne devait pas être dissocié. C'est là la seule véritable critique à laquelle s'exposent les articles 16 et 18, mais elle va poser de tout son poids dans la balance.

Les deux rapports de la commission spéciale sont suivis, à partir du 29 frimaire (20 décembre 1801) jusqu'au 11 nivôse an X (1^{er} janvier 1802), par les interventions des Tribuns, qui, au nombre de dix-neuf, font part de leur opinion sur le projet de loi. Dix y sont favorables et neuf y sont hostiles¹⁸⁰¹. Certains des collègues de Siméon regrettent, comme lui, que certains articles du projet n'aient pas trouvé leur place dans le projet de loi précédent. Mais l'essentiel de la discussion se concentre sur deux points, qui ont bien plus d'importance à leurs yeux. D'abord, dans le premier titre, l'article 13 du projet, et futur article 11 du Code civil, qui dispose que : « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les lois ou les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra », suscite autant éloges que critiques. Le principe de réciprocité apparaît autant comme une invitation à multiplier les traités bilatéraux entre nations garantissant la jouissance mutuelle de tel ou tel droit civil à leurs ressortissants nationaux respectifs que comme un instrument répressif de police des étrangers, destiné à préserver les intérêts français des appétits venus d'ailleurs¹⁸⁰². La rupture avec la philanthropie de la Constituante¹⁸⁰³ et le spectre du rétablissement du droit d'aubaine échauffe également volontiers les esprits. Ensuite, dans le second titre, les orateurs consacrent de longs développements en faveur ou à l'encontre du système de la mort civile.

Le Tribun Jean-Pierre Chazal, montant, de nouveau, au créneau pour faire part de son hostilité au projet de loi présenté par le gouvernement, exprime les réserves que lui semble appeler la rédaction de l'article 16 et la disposition de celui-ci, en compagnie de l'article 18, au cœur du projet de loi sur la jouissance des droits, qu'il juge éminemment discutable. Il reprend, sur ce point,

Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté devant le Tribunal le 25 frimaire an X, rapport de Siméon, p. 168.

¹⁸⁰¹ Parmi les orateurs, Antoine-François Delpierre, Jean Grenier, Louis-Julien de Buxeuil de Roujoux, Antoine-Nicolas Ludot, Marie-Henri-François-Elisabeth de Carrion de Nisas, Mathurin-Louis-Etienne Sédillez, Jean-François Curée, Théodore-François Huguot, Claude-Joseph Mallarmé et Thomas-Laurent Mouricault sont favorables au projet. A l'inverse, François-Antoine Boissy d'Anglas, Charles Ganilh, Jean-Claude-Michel Gillet, Jean-Pierre Chazal, Joseph-Anne-Robert Malherbe, Louis-Joseph Faure, Camille Saint-Aubin, Marie-Joseph de Chénier et Jean-Baptiste-Charles Mathieu en demandent le rejet. Parmi ces orateurs, seul Chazal développe un avis argumenté sur l'article 3. Roujoux, Malherbe et Saint-Aubin rappellent, incidemment et brièvement, que le gouvernement exerce son pouvoir sur les étrangers qui se présentent sur le territoire, par l'intermédiaire des lois criminelles et de police. Sur la discussion au Tribunal et les discours qui y furent tenus, voir Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté devant le Tribunal le 25 frimaire an X, pp. 195-590.

¹⁸⁰² Sur cet article 11, qui n'exclut pas formellement la jouissance des facultés de « droit des gens » aux étrangers, voir Bertrand ANCEL, *Eléments*, *op. cit.*, pp. 522-523. Dans le même sens, de manière plus elliptique, voir Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, p. 47, selon qui le codificateur ne semble pas avoir eu l'intention de priver les étrangers de se prévaloir des facultés de « droit des gens ».

¹⁸⁰³ Les membres du Tribunal, bien qu'ils soient très partagés à propos des étrangers, tout comme les rédacteurs du Code, semblent être revenus de la philanthropie qui se manifestait sous la Constituante à travers force déclarations fraternelles et autres mesures généreuses pour adopter des vues beaucoup plus pessimistes et méfiantes. Sur ce changement d'attitude, voir Jean-Louis HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999, pp. 16-19 (ci-devant : *Nationalisme juridique*).

mot à mot la critique formulée par son collègue Siméon :

[Article 16.] L'étranger résidant en France ne doit pas y être soumis seulement aux lois de police et de sûreté ; il doit y être soumis aussi aux lois criminelles et à toutes les autres lois imposant des obligations et des contributions personnelles qui peuvent lui être communes. Il paie les droits de douane, de passe, d'entrée, ceux des portes et fenêtres, et les autres droits semblables imposés et à imposer aux habitants.

Quant aux immeubles qu'il possédera en France, c'est, d'après l'article 13, la réciprocité des lois étrangères qui les régira plutôt que la loi française. Tout cet article 16 est mal rédigé.

[Article 18.] Cette disposition, qui est toute plausible, me paraît, comme au rapporteur de votre commission, étrangère aux droits civils, et j'en dis autant de la précédente, qui a besoin d'être améliorée. Ces deux dispositions seraient mieux placées dans le titre premier *des effets des lois*. C'est, évidemment, de leurs effets d'obliger partout les personnes et de régir tout le territoire sous leur empire.¹⁸⁰⁴

La partie de la critique qui se concentre sur la rédaction de l'article 16 n'apporte guère d'éclaircissement sur la teneur et la portée de cet article. Néanmoins, Chazal ne semble pas avoir perçu que les « lois criminelles » dont il déplore l'absence dans la lettre du texte sont incluses dans les « lois de sûreté », comme l'avait expliqué Boulay de la Meurthe au Premier Consul lors des discussions au Conseil d'Etat. Quant à la formulation de l'article, elle n'est pas exclusive des lois dont le gouvernement ou le législateur entendrait étendre l'empire sur les étrangers. S'il n'est pas impossible qu'elle soit teintée de mauvaise foi, la remarque sur les immeubles, enfin, semble trahir, de la part d'un ancien avocat au Parlement de Toulouse, une singulière méconnaissance du régime du statut réel immobilier et une confusion persistante entre jouissance des droits civils et loi applicable à ces mêmes droits. L'argument tiré de l'article 13 est trop réducteur pour n'être pas excessif, mais il a, vraisemblablement, pour but de dénoncer la présence de la règle relative à la *lex rei sitae française* dans un projet de loi portant sur la jouissance des droits civils.

La critique qui suit l'article 18, et qui couvre les deux articles, rejoint celle de Siméon sur leur présence inappropriée au sein du projet de loi qui est en cours de discussion. Comme son collègue, et en reprenant les termes exacts, il plaide pour leur retour à la place qui fut, un temps, la leur et qu'ils n'auraient jamais dû quitter, c'est-à-dire parmi les dispositions qui constituent le titre préliminaire sur la publication, les effets et l'application de la loi en général. La suite logique de cette doléance, à supposer qu'elle soit prise en considération par les Rédacteurs, serait, alors, de conjoindre ces articles à l'article 3 du premier projet qui détermine le champ d'application dans l'espace de la loi française.

Lors de la séance du 11 nivôse an X (1^{er} janvier 1802), le Tribunal forme un vœu de rejet. Toutefois, le projet n'a pas le temps d'être présenté au Corps Législatif. Le premier Consul, excédé par l'enlisement de la codification, suspend la procédure pour réfléchir aux meilleurs moyens d'aboutir à un résultat final, sans avoir à se heurter aux obstacles que représentaient les discours et les discussions sans fin entre le Conseil d'Etat et le Tribunal¹⁸⁰⁵.

¹⁸⁰⁴ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, présenté et discuté devant le Tribunal le 25 frimaire an X, discours de Chazal le 3 nivôse an X, p. 351.

¹⁸⁰⁵ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, Précis historique sur la confection du Code civil, pp. LXXVII-LXXVIII, et t. 7, Paris, 1836, projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas, message du Premier consul le 12 nivôse an X, p. 591.

§ 3. La réunion en un seul article : l'intervention décisive du Tribunal les 19 et 20 messidor an X (8 et 9 juillet 1802), le projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général du 29 vendémiaire an XI (21 octobre 1802) et l'avènement de l'article 3 du Code civil de 1804.

Les mesures décidées par le Tribunal et le gouvernement visent à améliorer les communications et les échanges de vues sur les projets de loi, en abandonnant tout recours au système de la « commission spéciale » qui, trop souvent, avait paralysé la bonne marche du processus législatif et la bonne entente entre législateurs. Par conséquent, le Tribunal fait le choix, par un arrêté du 11 germinal an X (1^{er} avril 1802), de se réorganiser en répartissant l'ensemble de ses membres en trois sections permanentes : législation, intérieur, finances. La Section de législation devient, alors, l'interlocuteur privilégié de son homologue du Conseil d'Etat. Pour mieux renforcer le contrôle de l'exécutif sur le législatif, un sénatus-consulte du 16 thermidor (4 août) officialise cette réorganisation, tout en prenant le soin d'assainir l'assemblée en la ramenant à cinquante membres, manœuvre destinée à l'épurer des esprits trop portés à l'opposition ou trop enclins à l'indépendance. Le gouvernement prend également un arrêté le 18 germinal (8 avril) par lequel il se réserve de communiquer, au préalable, chaque projet de loi à la section du Tribunal de son choix¹⁸⁰⁶. Par ce système de « communication officieuse », le Conseil d'Etat fait connaître, à l'avance, aux membres de la Section son projet de loi afin que, ensuite, s'instaurent, entre conseillers d'Etat et Tribuns, sous la présidence d'un Consul (Cambacérès, notamment), des conférences leur donnant l'occasion d'échanger sur les articles et de prévenir les désaccords éventuels. Cette étape préalable offre l'avantage de permettre à la procédure ordinaire de reprendre son cours, encore en suspens, et d'écartier tout obstacle empêchant d'aboutir à l'adoption du projet. A la rédaction définitive de l'article 3 (1.), succèdent sa présentation au Corps Législatif par Portalis et les discours des Tribuns Grenier, devant le Tribunal, et Faure, devant le Corps Législatif, et son adoption définitive par ce dernier le 14 ventôse an XI (5 mars 1802).

A. La fusion des articles par le Tribunal les 19 et 20 messidor an X et l'article 3 du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général du 29 vendémiaire an XI.

Les mesures décrétées par le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif produisent leur effet : la procédure, qui était interrompue depuis le 12 nivôse an X (2 janvier 1802), est relancée le 19 messidor (8 juillet)¹⁸⁰⁷. La rédaction de l'article 3, alinéa 1^{er} entre alors dans la dernière phase de sa rédaction. Le projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général est adressé, une nouvelle fois, sans qu'aucun changement n'y ait été apporté, par le biais de la communication officieuse, à la Section de législation du Tribunal, présidée par Siméon. L'examen par la Section a lieu lors des séances des 19 et 20 messidor (8 et 9 juillet) et, parmi les « observations » auxquelles cet examen donne lieu, l'une concerne plus particulièrement l'article 3 :

L'article 3, ainsi conçu : *La loi oblige ceux qui habitent le territoire*, est discuté.

On fait observer que cette disposition est trop vague et peut prêter à des raisonnements faux et dangereux. Un membre propose une rédaction dans laquelle il a fondu les dispositions des articles

¹⁸⁰⁶ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, Deuxième partie, chapitre VI, Histoire du Code civil, n°4 et 5, pp 85-91 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, Précis historique sur la confection du Code civil, pp. LXIV-LXVII et LXXVII-LXXVIII.

¹⁸⁰⁷ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., communication officieuse à la Section de législation du Tribunal, p. 338.

16 et 18 du second projet de loi relatif à la jouissance des droits civils, lesquelles dispositions doivent avoir leur place au Titre dont il s'agit.

La rédaction est ainsi conçue :

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ».

Cette rédaction, mise aux voix, est adoptée.¹⁸⁰⁸

C'est donc à un membre, demeuré anonyme, de la Section de législation du Tribunal que revient le mérite d'avoir opéré le transfert qu'avait préconisé Siméon et d'avoir pris l'initiative de rédiger un article, produit de l'agrégation des articles 16 et 18 à l'ancien article 3, qui est destiné à être celui qui sera consacré par la promulgation du Code civil. Ce mouvement présente l'avantage, aux yeux des Tribuns, de satisfaire les remarques qu'ils avaient pu élever au sujet de ces trois articles, de leur place dans les projets de loi et de leur rédaction qui leur semblait soit trop généralisatrice, soit trop défectueuse.

Dans la foulée, la Section de législation se livre à l'examen du projet de loi sur la jouissance des droits civils les 26 et 27 messidor et 1 et 2 thermidor an X (15, 16, 20 et 21 juillet 1802), dont le procès-verbal confirme la volonté de déplacer les articles 16 et 18 dans le projet de loi précédent :

Les articles 16 et 18 concernent l'application des lois françaises, l'un à l'étranger résidant en France, l'autre à la personne et aux biens (situés en France) du Français résidant en pays étranger. En conséquence, la section estime que ces deux articles, dont elle adopte les dispositions, ne doivent pas être placés dans le projet sur la jouissance des droits civils, et que leur véritable place est dans le premier projet, qui traite de l'application des lois.¹⁸⁰⁹

La conférence sur le premier projet, placée sous la présidence de Cambacérès, suit les séances de 19 et 20 messidor et aboutit à l'adoption d'un texte qui, à une légère retouche près sur son alinéa 3, est celui que Portalis présente, ensuite, au Conseil d'Etat et fera approuver par ce dernier le 29 vendémiaire an XI (21 octobre 1802)¹⁸¹⁰. De même, la conférence sur le second projet, toujours sous la présidence de Cambacérès, suit la séance du 2 thermidor et permet ainsi au Conseil d'Etat, le 6 brumaire an XI (28 octobre 1802) de prendre acte du retranchement des articles 16 et 17¹⁸¹¹. De fait, c'est le 21 octobre 1802 qu'est arrêtée, définitivement, la rédaction de l'article 3, dernière étape d'un parcours chaotique qui, sans prendre en compte les tentatives révolutionnaires qui remontent à 1791 et 1793, a débuté avec l'article 4 du Titre préliminaire du

¹⁸⁰⁸ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., observations de la Section de législation du Tribunal les 19 et 20 messidor an X, pp. 563-564 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, Paris, 1836, projet de loi sur la publication, etc., observations de la Section de législation du Tribunal les 19 et 20 messidor an X, p. 341.

¹⁸⁰⁹ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 2, Paris, 1827, projet de loi sur la jouissance des droits civils, observations de la Section de législation du Tribunal les 26 et 27 messidor et 1 et 2 thermidor an X, pp. 286-287 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 7, Paris, 1836, Paris, 1836, projet de loi sur la jouissance des droits civils, observations de la Section de législation du Tribunal les 26 et 27 messidor et 1 et 2 thermidor an X, p. 594.

¹⁸¹⁰ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., procès-verbal de la séance du 29 vendémiaire an XI du Conseil d'Etat, p. 565 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, projet de loi sur la publication, etc., procès-verbal de la séance du 29 vendémiaire an XI du Conseil d'Etat, p. 343.

¹⁸¹¹ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 2, Paris, 1827, projet de loi sur la jouissance des droits civils, procès-verbal de la séance du 6 brumaire an XI du Conseil d'Etat, pp. 299-303.

projet de l'an VIII.

B. Les discours de Portalis et des Tribuns Grenier et Faure et le vote de la loi du 14 ventôse an XI par le Corps Législatif (5 mars 1803).

Le processus législatif n'est dès lors plus qu'une formalité. Les événements se précipitent : le projet de loi sur la publication, les effets et l'application de la loi en général est présenté au Corps Législatif le 4 ventôse an XI (23 février 1803), accompagné d'un exposé des motifs, qui est l'œuvre de Portalis ; il est communiqué officiellement au Tribunat et rapporté, au nom de la Section de législation, par le Tribun Jean Grenier le 9 ventôse (28 février) ; le vœu d'adoption formulée par l'assemblée est porté, le 14 ventôse (5 mars), devant le Corps Législatif par le Tribun Louis-Joseph Faure, qui y prononce un discours ; le Corps Législatif vote, lors de la même séance, le projet de loi¹⁸¹².

Pour mieux discerner les motifs qui ont conduit les législateurs de l'an XI à fixer la lettre de l'alinéa 1^{er} de l'article 3, c'est vers les discours dont le projet de loi a fait l'objet depuis sa présentation au Corps Législatif jusqu'à son adoption qu'il faut se tourner. Les articles y sont présentés et justifiés à l'aide d'arguments qu'il nous appartient désormais d'examiner. Ces discours ont au nombre de trois : Portalis exprime le point de vue des Rédacteurs et du Conseil d'Etat (1), Grenier, celui de la Section de législation (2), Faure, celui du Tribunat tout entier (3). Ces points de vue concordants, et exprimés dans un laps de temps de dix jours, contribuent à mieux cerner la pensée du législateur et, à travers Faure, son positionnement à l'égard de la théorie des statuts.

1) Le premier discours : l'exposé des motifs du projet de loi par Portalis au nom du Conseil d'Etat, devant le Corps Législatif, le 4 ventôse an XI.

Portalis avait déjà eu l'occasion, à deux reprises, auparavant, d'exposer les vues de la Commission de rédaction et du Conseil d'Etat à travers le fameux Discours préliminaire du 1^{er} nivôse an VIII et le premier exposé des motifs sur le projet de loi sur la publication, les effets et l'application de la loi en général, prononcé le 3 frimaire an X. Mais, à chaque fois, il avait eu à défendre une règle des plus générales, assortie des précisions qui en formaient le tempérament, puis dépouillée de ces mêmes attributs, qui n'était encore, pour les Rédacteurs, qu'une traduction du principe d'inspiration hollandaise de souveraineté/territorialité. Ayant à porter les motifs justifiant l'adoption du projet de loi sur la jouissance des droits civils, Boulay de la Meurthe avait repris ces tempéraments et en avait donné des explications fort simples et fort brèves, qui s'appuyaient autant sur le respect dû à la souveraineté territoriale (pour les lois de police et de sûreté) que sur la force attachée au statut réel immobilier (pour le régime applicable aux immeubles).

Dans la partie du second exposé des motifs qu'il consacre à l'article 3, Portalis se propose de diviser son propos en autant d'alinéas que comporte le texte de l'article et s'efforce d'expliquer

¹⁸¹² Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, notice historique sur le titre préliminaire, pp. 367-369, et projet de loi sur la publication, etc., discuté et présenté au Tribunat, rapport du Tribun Grenier le 9 ventôse an XI, puis présenté au Corps Législatif, discours du Tribun Faure le 14 ventôse, respectivement, pp. 587-604 et 604-617 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., discuté et présenté au Tribunat, rapport du Tribun Grenier le 9 ventôse an XI, puis présenté au Corps Législatif, discours du Tribun Faure le 14 ventôse, respectivement, pp. 363-378 et 379-390.

au Corps Législatif pourquoi la Commission de rédaction est revenue de la formulation d'un principe trop général et trop exclusif et s'est rendue à la raison, en abandonnant une extrapolation trop abusive pour poser trois règles distinctes. L'introduction de son discours sur l'article et ses réflexions sur le seul alinéa 1^{er} suffisent à éclairer la pensée qui a présidé à sa rédaction et à son insertion dans le titre préliminaire :

Lois de police et de sûreté.

Toutes les lois, quoique émanées du même pouvoir, n'ont point le même caractère, et ne sauraient, conséquemment, avoir la même étendue dans leur application, c'est-à-dire les mêmes effets ; il a donc fallu les distinguer.

Il est des lois, par exemple, sans lesquelles un état ne pourrait subsister. Ces lois sont toutes celles qui maintiennent la police de l'État, et qui veillent à sa sûreté. Nous déclarons que des lois de cette importance obligent indistinctement tous ceux qui habitent le territoire. Il ne peut, à cet égard, exister aucune différence entre les citoyens et les étrangers.

Un étranger devient le sujet casuel de la loi du pays dans lequel il passe, ou dans lequel il réside. Dans le cours de son voyage, ou pendant le temps plus ou moins long de sa résidence, il est protégé par cette loi : il doit donc la respecter à son tour. L'hospitalité qu'on lui donne appelle et force sa reconnaissance.

D'autre part, chaque état a le droit de veiller à sa conservation et c'est dans ce droit que réside la souveraineté.

Or, comment un état pourrait-il se conserver et se maintenir, s'il existait, dans son sein, des hommes qui pussent impunément enfreindre sa police et troubler sa tranquillité ? Le pouvoir souverain ne pourrait remplir la fin pour laquelle il est établi si des hommes étrangers ou nationaux étaient indépendants de ce pouvoir. Il ne peut être limité, ni quant aux choses, ni quant aux personnes. Il n'est rien s'il n'est tout. La qualité d'étranger ne saurait être une exception légitime pour celui qui s'en prévaut contre la puissance publique qui régit le pays dans lequel il réside. Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté. Tel est le droit politique de toutes les nations.

A ne consulter même que le droit naturel, tout homme peut repousser la violence par la force. Comment donc ce droit, qui compète à tout individu, serait-il refusé aux grandes sociétés contre un étranger qui troublerait l'ordre de ces sociétés ? Des millions d'hommes réunis en corps d'Etat seraient-ils dépouillés du droit de la défense naturelle, tandis qu'un pareil droit est sacré dans la personne du moindre individu ? Aussi, chez toutes les nations, les étrangers qui délinquent sont traduits devant les tribunaux du pays.

Nous ne parlons pas des ambassadeurs ; ce qui les concerne est réglé par le droit des gens et par les traités.¹⁸¹³

Le discours de Portalis, sur cette question, réunit, fusionne et développe les grandes idées que Boulay de la Meurthe et lui-même avaient défendues dans leurs discours précédents, allant jusqu'à reprendre, une troisième fois, une des expressions dont il a fait l'emblème de la souveraineté/territorialité : « Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté ». Il reconnaît qu'il est nécessaire de distinguer, parmi les lois qui sont le fait du Souverain, « celles qui maintiennent la police de l'État, et qui veillent à sa sûreté » et celles qui sont ordinaires, comme celles qu'il évoque, juste ensuite, en reprenant la distinction entre lois personnelles et lois réelles¹⁸¹⁴.

¹⁸¹³ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., discuté et présenté devant le Corps Législatif le 4 ventôse an XI, second exposé des motifs par Portalis, pp. 565-587, spéc. pp. 579-580 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., discuté et présenté devant le Corps Législatif le 4 ventôse an XI, second exposé des motifs par Portalis, pp. 344-363, spéc. pp. 355-356.

¹⁸¹⁴ Jean-Guillaume LOCRE, *eod. loc.*, pp. 580-582, spéc. p. 580, et Pierre-Antoine FENET, *eod. loc.*, pp. 356-358, spéc. p. 356 : « S'agit-il des lois ordinaires ? On a toujours distingué celles qui sont relatives à l'état et à la capacité des

A la différence des secondes, les premières sont les traductions du pouvoir absolu et souverain du législateur sur son territoire, à raison de la fonction de maintien de l'ordre social et de la tranquillité publique. En conformité avec le discours publiciste traditionnel depuis le XVI^e siècle, mais également dans la lignée des thèses de l'École Hollandaise, l'orateur rappelle que ces lois ne sont pas d'une nature ordinaire : elles représentent une « marque de souveraineté » qui ne supportent aucune atteinte, ni aucun affront. Ces « lois de police et de sûreté » forment, désormais, par leur consécration législative, une catégorie de dispositions qui se placent sur un plan supérieur aux autres et fournissent un cadre conceptuel prêt à recueillir la plupart des règles qui, par hypothèse, et sauf exception bien définie (forme des actes, contrats, etc.), n'auront pas une nature réelle ou personnelle.

La conservation de l'État et le maintien de l'ordre public, qui justifient autant l'établissement que le respect inconditionnel de ces lois de police et de sûreté, entraînent plusieurs conséquences que l'orateur juge nécessaire d'évoquer :

- 1) L'assujettissement des Français et des étrangers à l'égard de ces lois. La finalité qui leur est assignée suppose de ne point faire de régime de faveur ou de distinguer parmi les intérêts privés en cause, comme le feraient les lois d'une nature ordinaire. D'où leur application uniforme et impérative, indépendamment de la qualité civile, de citoyen ou d'étranger, de celui qui les violerait ;
- 2) La réciprocité entre les devoirs de l'État envers l'étranger présent sur son territoire et ceux de l'étranger envers l'État qui l'accueille. La protection que garantit le souverain aux biens et à la personne de l'étranger, par son pouvoir de police et d'exécution, est conditionnée, en retour, par la soumission de l'étranger aux prescriptions les plus essentielles imposées par le souverain. Il ne peut exciper de sa qualité d'étranger pour se soustraire aux impératifs d'ordre public. D'où il pourrait se déduire que, dans l'esprit du législateur, l'étranger délinquant ne peut exciper de son ignorance des lois de police et des lois pénales.
- 3) Leur empire strictement territorial, mesuré à proportion du pouvoir souverain dont elles émanent. Le cadre privilégié de l'expression de cette souveraineté/territorialité est celui que forment, conjointement, les « règlements de police » et les lois criminelles, deux types de lois qui, par excellence, sont bornées par le territoire¹⁸¹⁵. De même que tout acte délictueux qui serait commis envers sa personne, tout acte délictueux de sa part serait puni par les tribunaux du lieu du délit. L'alinéa 1^{er} constitue un cadre tout trouvé pour abriter l'application de la *lex loci delicti*, et une application qui ne s'embarrasserait plus nécessairement des distinctions subtiles que les théoriciens des statuts entendaient encore discerner parmi la matière pénale. Dans le « droit de toutes les Nations », qu'évoque, à plusieurs reprises, Portalis, comme une réminiscence du droit naturel, « les

personnes, d'avec celles qui règlent la disposition des biens. Les premières sont appelées *personnelles* et les secondes *réelles* ».

¹⁸¹⁵ Dans le discours de Portalis, l'application de la loi française aux immeubles qui forment le territoire, ainsi que le dispose l'alinéa 2 du même article, n'est pas exempte de toute considération de droit public : « Au citoyen appartient la propriété et au souverain l'empire. Telle est la maxime de tous les pays et de tous les temps ; mais les propriétés particulières des citoyens, réunies et contiguës, forment le territoire public d'un état ; et, relativement aux nations étrangères, ce territoire forme un seul tout, qui est sous l'empire du souverain ou de l'État. La souveraineté est un droit à la fois réel et personnel. Conséquemment, aucune partie du territoire ne peut être soustraite à l'administration du souverain, comme aucune personne habitant le territoire ne peut être soustraite à sa surveillance ni à son autorité.

La souveraineté est indivisible. Elle cesserait de l'être, si les portions d'un même territoire pouvaient être régies par des lois qui n'émaneraient pas du même souverain ». Voir Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., discuté et présenté devant le Corps Législatif le 4 ventôse an XI, second exposé des motifs par Portalis, pp. 357-358.

étrangers qui délinquent sont traduits devant les tribunaux du pays »¹⁸¹⁶.

4) Le critère de rattachement au territoire, précisément, s'élargit, en même temps qu'il se durcit. Pendant longtemps, les Rédacteurs, les conseillers d'Etat et les Tribuns ont raisonné quasi exclusivement sur la seule hypothèse de l'étranger résidant sur le territoire. Désormais, et, en particulier, depuis le discours de Boulay de la Meurthe, l'étranger de passage est également enveloppé dans le manteau de l'alinéa 1^{er}. La catégorie de « sujet casuel » s'est donc enrichie, sans doute pour s'ajuster au mieux avec les exigences de l'ordre public.

Expression la plus haute de la souveraineté/territorialité, l'alinéa 1^{er} est tout autant la consécration légale du principe que le tempérament qu'il était nécessaire d'y apposer afin de faire sortir de son orbite les lois personnelles. Dans l'ordonnancement de l'article 3, les lois de police et de sûreté sont formellement placées sur le même rang que les lois ordinaires, en se voyant reconnaître, à l'égal de ces dernières, un simple alinéa. Le discours de Portalis démontre que l'intention du législateur a été, prioritairement, de circonscrire les lois les plus essentielles à la conservation de la société et de l'Etat aux seules matières de droit public et de droit pénal, qui étaient prédominantes dans son esprit. La restriction du principe général aux lois « de police et de sûreté » était sans doute nécessaire pour préserver l'extraterritorialité de la loi personnelle française de l'article 3 et elle lui a été indéniablement salvatrice. Mais ce même discours, par la généralité de l'argumentation qui le soutient, laisse libre à l'interprète la faculté de comprendre que toute règle, fût-elle relative à une matière civile, qui prendrait à sa charge la défense d'un intérêt jugé fondamental pour l'Etat ou ses ressortissants a vocation à intégrer la catégorie des lois de police et de sûreté. Celle-ci, appelée à se mettre dorénavant à la disposition du conflit de lois, est prête à recueillir les formalisations que vont prendre les anciens statuts prohibitifs ou les lois d'application immédiate. En cela, la remembrance du principe général si longtemps défendu par les Rédacteurs ne s'est pas complètement estompée. La lettre importe moins, en d'aussi graves matières, que l'esprit.

2) Le deuxième discours : le rapport du Tribun Grenier, au nom de la Section de législation, devant l'assemblée générale du Tribunat, le 9 ventôse an XI.

Le rapport du Tribun Jean Grenier¹⁸¹⁷, exposé devant l'assemblée générale du Tribunat, cinq jours après l'exposé des motifs de Portalis, vaut surtout pour sa valeur de témoignage sur la nature des lois que le législateur avait en vue au moment d'arrêter la rédaction définitive de l'article 3, alinéa 1^{er}. Son discours, pourtant bref et général, révèle que la Section de législation s'est évertuée à réglementer, à travers cet article, les cas d'application de la loi française sur le territoire ou en dehors du territoire et que son but était juste de réunir, sous l'étendard de l'alinéa 1^{er}, les dispositions qui lui semblaient les plus intrinsèquement territoriales :

Article 3. Voilà autant de principes enseignés par tous les publicistes, généralement admis chez les nations civilisées, et sans lesquels il serait impossible d'organiser un ordre social. Ils sont exposés

¹⁸¹⁶ Comparer avec les idées qu'exposait déjà, en 1783, Dominique-Joseph Garat, in Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1783, t. 59, Sou - Substitution, v^o « Souveraineté », par Maître GARAT-le-jeune, § IV, p. 128, à propos de la souveraineté des lois criminelles : « Dès qu'un homme a touché le sol d'un empire étranger, dès le premier pas qu'il y a fait, il a juré de respecter les lois et l'ordre établi parmi ceux qui l'habitent » : voir, *supra*, p. 635.

¹⁸¹⁷ Sur Jean Grenier, Jean-Louis HALPERIN, « GRENIER, Jean », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 501-502.

avec autant de précision que de vérité.

Toute société doit vouloir, pour sa conservation, que tout individu quelconque qui est dans son sein soit sujet à ses règlements de police.

Cette règle est susceptible de modifications relativement aux personnes revêtues d'un caractère représentatif, mais ces modifications doivent être l'objet de traités ou de stipulations entre les États. Il ne peut être ici question que de la règle générale.¹⁸¹⁸

Dans cet extrait, Grenier se réclame des « principes enseignés par tous les publicistes, généralement admis chez les nations civilisées » pour rappeler une règle, qu'il qualifie de générale et selon laquelle l'organisation de l'ordre social et la conservation de l'Etat reposent sur les « règlements de police ». Par conséquent, les lois de police doivent s'entendre dans le sens que leur donnaient les auteurs de l'Ancien Régime et que lui a conservé la Révolution : les Rédacteurs n'ont rien entendu changer à la tradition, sans doute parce qu'ils ne se préoccupaient pas tant d'y voir une règle de conflit de lois que d'imposer une limite à la loi étrangère qui tenterait de s'appliquer à titre extraterritorial à l'intérieur des frontières de la République. Dans l'exposé de Grenier, d'une ampleur de vues moindre que celui de Portalis, l'idée de souveraineté est sous-jacente, mais elle n'en demeure pas moins à la racine de sa réflexion.

Selon cette manière de voir, le législateur de l'an XI a entendu, en prenant cette disposition générale, regrouper, à côté des lois pénales, les « règlements de police », c'est-à-dire ces dispositions de droit public prises en vue du maintien de l'ordre et de la protection des personnes privées et de leurs intérêts. De fait, cette impression se renforce par l'examen des différentes occurrences de l'expression « lois de police » qui se retrouvent dans le Code civil de 1804. Ainsi de l'article 552, alinéa 3¹⁸¹⁹ ou encore de l'article 714, alinéa 2¹⁸²⁰. Dans ce dernier cas, après que le principe de l'existence de choses communes a été posé, renvoi est fait à des dispositions de droit administratif chargées de réglementer en détail la matière. Il semble donc que, dans l'esprit des juristes qui sont à l'origine du Code civil, les dispositions de pur droit privé, et notamment de droit civil, ne soient pas, spontanément et naturellement, comprises dans la champ des « lois de police ». Cependant, comme le démontre le discours de Portalis, la généralité de la formule de l'alinéa 1^{er} permet aussi de ne pas les en exclure explicitement. Depuis Jean Bouhier et la dissertation qu'il a consacrée au conflit de coutumes, il est admis que des règles de droit civil puissent rentrer dans le champ des « règlements de police », comme en témoigne l'exemple qu'il invoquait, dans le chapitre XXXIII des *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, et qui touchait à la responsabilité civile des parents et des maîtres pour les dommages causés par leurs enfants et serviteurs (devenu l'article 1384 du Code civil de 1804)¹⁸²¹. Il n'est pas difficile d'emboîter le pas à Portalis et à ses remarques sur la soumission de l'étranger à la *lex loci delicti* pour aller plus loin que les Législateurs de l'an XI et

¹⁸¹⁸ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., discuté et présenté au Tribunal, rapport du Tribun Grenier le 9 ventôse an XI, pp. 600-601 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., discuté et présenté au Tribunal, rapport du Tribun Grenier le 9 ventôse an XI, pp. 374-375.

¹⁸¹⁹ CODE CIVIL DES FRANÇAIS, Imprimerie de la République, Paris, 1804, article 552, alinéa 3, p. 136 : [le propriétaire] peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police ».

¹⁸²⁰ CODE CIVIL DES FRANÇAIS, Imprimerie de la République, Paris, 1804, article 714, p. 174 : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

¹⁸²¹ Sur le chapitre XXXIII portant sur la « réalité des statuts qui regardent la police », voir Jean BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, *op. cit.*, pp. 806-808. Voir aussi, *supra*, pp. 381-396.

considérer que les règles tenant à la responsabilité civile ont été, implicitement, intégrées dans le champ de l'alinéa 1^{er}, sous couvert des lois de police, comme les règles tenant à la responsabilité pénale l'ont été à travers les « lois de sûreté ». Or, les règles relatives à la responsabilité délictuelle sont si nécessaires à la conservation de l'Etat qu'elles justifiaient qu'il existât une disposition spécifique dans le titre préliminaire. Le Législateur de l'an XI n'est pas allé aussi loin : le travail d'interprétation reste encore à faire. Sa formulation, volontairement vague et ambitieuse, permet, toutefois, au besoin, d'assujettir les étrangers aux lois les plus essentielles de l'Etat, celles qui touchent à son organisation et à sa conservation. Si les règlements de police peuvent encadrer l'activité purement privée des particuliers, par l'édition, au nom de l'intérêt général, de défenses et d'interdictions qui sont autant d'entraves au libre commerce juridique privé, pourquoi les lois de police ne le pourraient-elles pas ?

3) Le troisième discours : le vœu d'adoption présenté par le Tribun Faure, au nom du Tribunal devant le Corps Législatif, le 14 ventôse an XI, et son positionnement vis-à-vis de la théorie des statuts.

Le dernier discours, prononcé le jour même du vote du Corps Législatif sur le projet de loi par le Tribun Louis-Joseph Faure, lui-même avocat à Paris, qui vient leur exposer les raisons qui ont motivé le vœu favorable du Tribunal, rejoint, sur bien des points, celui de Portalis, mais il contient, en sus, des indications précieuses sur la conception que les Législateurs se font de la nature de ces lois de police et de leur rapport avec la théorie des statuts. C'est à lui que l'on doit cette référence à la « matière des statuts », qui va faire couler beaucoup d'encre au sujet des intentions supposées des pères de l'article 3 du Code civil :

L'article 3 règle plusieurs points dont l'importance devait, en effet, leur assigner une place au rang des dispositions relatives à l'application des lois en général.

Il contient les principales bases d'une matière connue dans le droit, sous le titre de statuts personnels et de statuts réels. Il détermine d'une manière précise et formelle quelles sont les personnes et quels sont les biens que régit la loi française.

[*Suit l'explication de l'alinéa 2 sur le « statut réel »*]

Quant au statut personnel, on distingue entre les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes et celles qui concernent la police et la sûreté du pays.

[*Suit l'explication de l'alinéa 3 de l'article, sur le « statut personnel »*]

Quant aux lois de police et de sûreté, il suffit d'habiter le territoire français pour être sous l'empire des lois de France. L'individu contracte, en entrant dans un pays dont il n'est pas sujet, l'obligation de se soumettre à toutes les lois établies pour l'ordre et la tranquillité du pays. S'il est assez téméraire pour les enfreindre, comment ce pays pourra-t-il le traiter plus favorablement que ses propres citoyens ? Je ne m'étendrai point davantage sur les motifs de cet article, qui a obtenu un assentiment général.¹⁸²²

Au-delà de la question de l'affiliation éventuelle de l'article 3 à la théorie des statuts, Faure fait volontiers preuve d'une approche contractualiste au moment d'aborder le sujet de la soumission de l'étranger « à l'empire des lois de France », insistant peut-être, d'ailleurs, davantage

¹⁸²² Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., présenté au Corps Législatif, discours du Tribun Faure le 14 ventôse, pp. 612-613 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1827, projet de loi sur la publication, etc., présenté au Corps Législatif, discours du Tribun Faure le 14 ventôse, pp. 385-386.

sur les engagements qui lient cet étranger à l'égard de l'Etat que sur ceux de l'Etat à l'égard de l'étranger, ce qu'encourage la tournure unilatérale de l'alinéa 1^{er}. Le Tribun voit dans l'observation de ces lois, par opposition aux lois réelles (qui ne peuvent, selon lui, porter que sur des biens), une obligation personnelle imposée à l'étranger. Il ne semble pas exclure la possibilité qu'une loi de police sorte de sa territorialité intrinsèque pour s'appliquer à des questions de statut personnel. En prolongeant quelque peu ce raisonnement, il est loisible d'en conclure que l'étranger, à raison de sa présence sur le territoire, peut entrer dans le champ d'application de l'alinéa 1^{er} si des dispositions relatives à son statut personnel heurtent les impératifs « d'ordre et de tranquillité du pays ». C'est, au fond, l'induction naturelle qui découle de la théorie de la sujétion tacite. A partir de l'instant où il entre « dans un pays dont il n'est pas le sujet » et, *a fortiori*, à partir du moment où il choisit « d'habiter le territoire français », l'étranger accepte, par sujétion volontaire et tacite, de respecter les lois « établies pour l'ordre et la tranquillité du pays ». Cette dernière périphrase, suffisamment souple pour ne pas avoir à s'engager sur la substance des règles qu'elle désigne, semble, toutefois, renvoyer, en priorité, aux lois (ou règlements) de droit public et aux lois criminelles. Enfin, l'indulgence dont l'étranger a pu, sous certaines conditions, bénéficier au regard de la doctrine antérieure n'a pas plus lieu d'être aux yeux de Faure qu'elle n'en avait aux yeux de Portalis et de Grenier.

Le discours du 14 ventôse autorise une dernière réflexion : l'alinéa 1^{er} trouve-t-il son origine dans la théorie des statuts, ainsi que semble l'affirmer le Tribun Faure en désignant l'ensemble de l'article 3 ? Le constat ne s'impose pas d'évidence¹⁸²³. Les péripéties traversées par le processus de rédaction qui aboutit à l'article 3 du Code de 1804 démontrent à l'envi que les Législateurs, pour la plupart, n'avaient pas mesuré la difficulté de la tâche, ni même des enjeux que celle-ci supposait et les travaux préparatoires attestent amplement qu'il n'ont pris que tardivement conscience, et presque *a posteriori*, que l'article qui devait traiter de l'empire de la loi française dans l'espace pouvait se rattacher, effectivement, à la théorie des statuts. Le plus sage est de conclure avec Armand Lainé – dont l'étude appuyée sur une lecture attentive des sources fait, depuis, autorité¹⁸²⁴ – à cette « extrême réserve » des Rédacteurs à l'égard des questions de conflit de lois, réserve qui traduit, en réalité, une mauvaise connaissance de la théorie des statuts. En vérité, les rédacteurs du Code de 1804 n'ont aucunement cherché à codifier et à résumer en un seul article l'ensemble de la théorie des statuts. Ils ne l'ont pas cherché parce qu'ils n'ont pas entendu traduire en législation l'héritage de telle ou telle tradition statutiste, qu'elle soit française ou hollandaise. Ils ne l'ont pas cherché parce que ce n'était pas dans ce but et dans cette intention qu'ils ont voulu arrêter les dispositions concernant l'effet dans l'espace des lois françaises. Ils ne l'ont pas cherché parce qu'ils n'ont eu de cesse de partir d'un principe de territorialité absolue pour envisager les manières les plus pertinentes de l'amender et de l'adoucir. Ils ne l'ont pas cherché parce que, n'ayant, aucun plan préétabli en tête au moment de se lancer dans la rédaction de l'article, ils ont dû façonner la matière à l'aide d'un principe formulé de la manière la plus intransigeante qui soit.

Pourtant, la rédaction de l'article 3 atteste amplement que ses rédacteurs ont emprunté à la théorie des statuts les règles particulières qui en composent la substance. Ils y ont puisé des règles générales qu'ils se sont contentés de formuler dans un esprit unilatéral – le seul qui les ait toujours guidés – sans se soucier de les ériger en règles de conflit bilatérales. Ils en ont simplement retenu ce

¹⁸²³ Voir, *supra*, p. 670, note 1714 sur les positions divergentes qu'a suscitée l'interprétation historique de cet article 3.

¹⁸²⁴ Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 21-23 et 51-60.

qui leur était utile et ont laissé de côté les règles plus ou moins assurées, les discussions interminables et les multiples cas de jurisprudence ; ils n'ont même pas jugé nécessaire, après l'avoir envisagé, de retenir les règles relatives aux meubles ou à la forme des actes, laissant ces questions à la pratique ou au droit des gens. Sur ce point, le dernier mot pourrait aisément revenir à Lainé : « en déclarant qu'il conservait les « bases » de l'édifice, le législateur n'a pas affirmé qu'il maintenait l'édifice lui-même, avec les proportions, les rapports, l'agencement de ses parties »¹⁸²⁵. Ce faisant, le législateur a laissé, sur tous ces points, la porte grande ouverte à la jurisprudence et à la doctrine du droit international privé en devenir¹⁸²⁶.

Portalis et Faure ont affirmé de la manière la plus catégorique que les règles relatives aux immeubles et au statut personnel des Français étaient extraites de la matière des statuts et les alinéas 2 et 3 de l'article 3 n'ont aucune peine, dans leur formulation, à justifier leur parenté avec la tradition et l'histoire de la matière, à la seule exception de la substitution de la loi nationale unifiée à la coutume du domicile. Mais qu'en est-il de l'alinéa 1^{er} ? Les déclarations des Rédacteurs montrent qu'ils ont, constamment, justifié l'édiction de cette disposition par leur volonté de garantir la souveraineté de la loi française et d'en assurer le respect de la part de ceux qui habitent ou se trouvent sur leur territoire, Français comme étrangers¹⁸²⁷. Cette volonté, exprimée sans nuance depuis les projets Cambacérès jusqu'au projet de l'an VIII et même jusqu'au premier projet de loi de l'an XI, s'est, non sans peine, avec des mouvements de balancier parfois brusques, affinée, au fur et à mesure des discussions et des critiques, pour se restreindre aux « lois de police et de sûreté ». Les projets Cambacérès avaient donné corps à l'esprit de souveraineté/territorialité cher à l'Ecole Hollandaise et les projets suivants, depuis l'article 4 du Livre préliminaire de l'an VIII jusqu'à l'article 3 du premier projet de loi de l'an IX, se sont constamment inscrits dans cette filiation intellectuelle. S'il n'est pas prouvé que les Rédacteurs aient eu connaissance des travaux de l'Ecole Hollandaise, ils n'ont eu aucun mal à la trouver, si ce n'est parmi les publicistes de l'Ecole de Droit naturel, parmi les grandes lignes de force de la matière des statuts¹⁸²⁸. L'alinéa 1^{er} entretient des liens de parenté très forts avec les thèses défendues par Louis Boullenois au siècle précédent et, à un degré moindre, par Jean Bouhier dans ses chapitres sur la réalité des statuts¹⁸²⁹. Boullenois, surtout, a su, dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, mettre en exergue, parmi les « principes généraux » qui ouvrent son œuvre, les « lois de police », comme expression de la souveraineté du législateur, aux côtés, et à une place bien distincte, des statuts réels et personnels. Cette démarche préfigure fortement celle que les Rédacteurs, avec moins d'expertise dans le conflit de lois, ont réussi à mener à bien à travers l'alinéa 1^{er}. La filiation intellectuelle certaine entre la doctrine française des statuts – et, à travers elle, aux idées qu'elle a reprises de l'Ecole Hollandaise – n'équivaut pas, en l'espèce, à une succession en ligne directe où les

¹⁸²⁵ Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, p. 54.

¹⁸²⁶ Dans le même sens, voir Raymond VANDER ELST, « Conflits de lois et conflits de souverainetés », tiré à part de *Revue de droit international et de droit comparé*, n°2-3, 1954, pp. 16-17 et ID., *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, tome 1^{er}, Paris/Bruxelles, 1956, p. 35, note 6.

¹⁸²⁷ Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté*, *op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 34-39, dans lesquelles il étudie les travaux préparatoires et la rédaction définitive de l'article 3 du Code civil.

¹⁸²⁸ Michèle BEGOU-LE GUEULT, *Recherches sur les origines doctrinales*, *op. cit.*, pp. 112-118, arrive à la même conclusion en rattachant l'alinéa 1^{er} à la théorie défendue par Boullenois, puis par Denisart et Garat, dans les répertoires de jurisprudence, et que la Révolution et le Consulat n'ont fait que reprendre.

¹⁸²⁹ Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 52-53, décerne, de manière quelque peu excessive, la couronne de lauriers au seul Bouhier en raison des deux chapitres XXXIII et XXXIV de ses *Observations* sur les statuts qui regardent la police et sur la réalité des lois pénales. Or, ce n'est pas diminuer les mérites du juriste bourguignon (ni ceux du professeur parisien) que de pondérer l'assertion de Lainé en rappelant que Bouhier n'est pas, et de loin, celui des statutistes qui a su, ni même cherché à, le mieux illustrer l'esprit de souveraineté/territorialité.

Rédacteurs auraient assumé leur statut d'héritier.

CONCLUSION DU CHAPITRE I^{ER} :

A travers cet article 3, consacré par la loi du 14 ventôse an XI et intégré au Code civil des Français par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804)¹⁸³⁰, les Législateurs de l'an XI ont atteint le but qu'ils s'étaient fixé, après avoir revu à la baisse leurs ambitions et leurs affirmations initiales : circonscrire le champ d'application, territorial et personnel, de la loi française, sans se prononcer sur l'étendue de la loi étrangère en dehors du territoire, ni même préjuger de l'éventuelle application de celle-ci sur le territoire. Ils ne l'ont pas interdite et ils l'ont peut-être envisagée de manière incidente, mais ils ont voulu se renfermer dans les bornes de leur fonction¹⁸³¹. C'est pour cette raison qu'ayant ressenti le besoin de redimensionner la territorialité absolue qui formait leur règle initiale, ils ont jugé nécessaire de fractionner le principe en des règles distinctes et autonomes¹⁸³². Toutefois, ils n'ont pas abdiqué, pour autant, leur désir authentique de préserver les intérêts de l'Etat et de l'ordre social et de consacrer, à ces fins, la souveraineté de la loi française : celle-ci se traduit, avec superbe, dans ces lois de police et de sûreté et dans ces lois immobilières qui forment les deux premiers alinéas de l'article 3. Là où sa formulation première brillait par son absolue fierté, la rédaction définitive, elle, brille par son orgueilleuse modestie.

¹⁸³⁰ Loi du 30 ventôse – 10 germinal an XII sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de *Code civil des Français*, article 7, in CODE CIVIL DES FRANÇAIS, Imprimerie de la République, Paris, 1804, p. 562 : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales et locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière *dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code* » (souligné par nous). Par cette disposition prudente et mesurée, le législateur admet lui-même qu'il laisse à la tradition, et aux solutions héritées de l'Ancien Droit, la valeur positive nécessaire pour suppléer les articles du Code, celui-ci n'ayant pas eu « la dangereuse ambition de tout régler et de tout prévoir », selon la célèbre affirmation de Portalis dans son fameux *Discours préliminaire* du 1^{er} nivôse an IX. L'ambivalence de l'article 3 qui fait entrer le conflit de lois dans le Code sans prétendre le codifier entièrement autorise à l'excepter du champ de cet article 7.

¹⁸³¹ Cet état d'esprit particulariste correspond bien à cette époque, où les codifications doivent contribuer au programme de restauration interne de l'ordre social lancé par le nouveau régime issu du 18 brumaire : il s'agit bien, en priorité, de faire un Code civil des Français, comme le souligne Sylvain SOLEIL, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Les penseurs du Code civil*, dir. Claude Gauvard, « Histoire de la justice », n°19, Paris, 2009, pp. 225-241, spéc. pp. 229-234.

¹⁸³² Sur cette relative indifférence du codificateur français pour les conflits de lois, voir Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, *op. cit.*, pp. 24-26.

CHAPITRE II – L'INTERPRÉTATION DOCTRINALE DE L'ARTICLE 3, ALINEA 1^{ER} : L'EXEGESE D'UN ARTICLE, ENTRE CONDITION CIVILE DES ETRANGERS ET CONFLITS DE LOIS

Après l'heure de la rédaction, vient l'heure de l'interprétation. Les Rédacteurs ont pu mesurer toute la difficulté de délimiter le champ d'application des lois françaises et, pour ne pas verser dans l'excès dans lequel les dirigeait leur inclination pour la territorialité de la loi, ils ont jugé plus prudent et plus réaliste de restreindre cette dernière à deux alinéas, dont un seul, placé en tête de leur article 3, viserait, dans une formule générale, les lois de police et de sûreté. Ce choix était l'aveu, par omission, de leur peu d'inclination à entrer dans la matière des statuts, qu'ils ont, finalement, réduite à deux alinéas subséquents et tournés de manière tout aussi résolument unilatérale. En conséquence, ils ont livré à la sagacité des commentateurs du Code, d'abord civilistes, puis internationalistes, une catégorie de lois qui avait tout du présent empoisonné. L'article 3, dans son ensemble, a dû apparaître comme une bénédiction, parce qu'il retrouvait, aux yeux de ceux qui faisaient profession de gloser le Code, les vertus que leurs lointains prédécesseurs avaient attribuées à la loi *Cunctos Populos*. Mais, en ne fournissant aucun principe directeur, il a forcé les juristes à renouer avec le passé. Les alinéas 2 et 3 pouvaient encore se flatter de trouver leurs origines dans la distinction entre statuts réels et statuts personnels, fournissant ainsi un point de départ aux développements qui leur seraient donnés¹⁸³³. Mais l'alinéa 1^{er} a dû laisser une impression bien différente, puisqu'il mettait ces civilistes et ces magistrats en demeure de discerner quelles dispositions de droit civil, voire de droit privé, pourraient justifier l'existence de cette règle dans le Code civil, puisque les publicistes et les pénalistes lui manifestaient un désintéret ostensible.

L'ébranlement suscité en France et en Europe par l'entrée en vigueur du Code, par son exportation dans les pays soumis par les conquêtes napoléoniennes et par les entreprises qu'il a suscitées par volonté d'imitation¹⁸³⁴ accompagne l'avènement d'un XIX^e siècle qui s'ouvre, précisément, sur une reconfiguration des ordres juridiques nationaux à la suite du Congrès de Vienne de 1815. L'œuvre de codification nationale qui se répand ainsi dans l'Europe, qu'elle soit tenue pour inspiratrice ou jugée répulsive, n'est pas sans avoir exercé une profonde influence sur le travail des juristes, théoriciens ou praticiens, qui ont été ainsi contraints d'adapter ou de remettre à plat leurs méthodes d'interprétation¹⁸³⁵. La déflagration ébranle encore un peu plus les fondements du droit international privé : l'effacement définitif du *jus commune*, entraîné par la chute du Saint-Empire romain germanique en 1806, au profit des ordres juridiques nationaux et territoriaux parachève la défaite d'un universalisme devenu, depuis longtemps, illusoire dans la réalité, mais que le prestige du droit romain avait encore longtemps soutenu. La communauté de droit, déjà bien

¹⁸³³ Sur cette question, voir Bertrand ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 1-18.

¹⁸³⁴ Sur les différentes codifications en Europe, en rapport avec les questions de droit international privé, voir Jean-Louis HALPERIN dans son livre *Entre nationalisme juridique et communauté de droit, op. cit.*, pp. 15-27. Sur les vagues de codification, indépendantes ou dérivées du « modèle français », voir, entre autres, et parmi une abondante bibliographie, Jean-Louis HALPERIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, 2004 ; Paolo GROSSI, *L'Europe du Droit*, Paris, 2011 ; Tiphaine LE YONCOURT, Anthony MERGEY et Sylvain SOLEIL (dir.), *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, Rennes, 2014 ; Sylvain SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVII^e-XIX^e siècle)*, Paris, 2014. Voir, *infra*, note 2537 (sur l'alinéa 1^{er}).

¹⁸³⁵ Dans une perspective plus large et plus technique, centrée sur le Code civil français, voir Sylvain BLOQUET, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, Paris, 2017.

déclinante, cède la préséance au nationalisme juridique¹⁸³⁶. La victoire des ordres juridiques nationaux et de leur souveraineté légaliste signe le triomphe posthume de l'École hollandaise et du paradigme post-westphalien.

A sa plus modeste taille, l'article 3 n'a pas suscité un moindre bouleversement. Il a projeté une lumière nouvelle sur les questions de conflit de lois et a forcé les magistrats et les commentateurs à se replonger dans la théorie des statuts pour y trouver les éléments d'explication qui permettaient de les éclairer. A l'égard des auteurs, tout d'abord, les conflits de coutumes ne représentaient plus le droit positif après la promulgation d'un code national qui les vouaient à disparaître¹⁸³⁷, mais ils avaient vocation, pour peu qu'on acceptât de visiter leurs denses constructions doctrinales et leur complexe casuistique, à fournir des principes de solution qu'il suffirait d'ajuster à l'esprit nouveau qui émanait de l'article 3. Même tenus par un article, ils n'ont pas hésité à s'appuyer sur les vieux principes hérités des vieux cadres statutistes, en se prévalant, au besoin, de l'opinion apportée par les autorités intellectuelles que représentaient les doctrines modernes, française ou hollandaise, des statuts. Ils n'ont pas hésité, de manière encore très occasionnelle, et augurant d'un mouvement qui s'accusera sans cesse à partir des années 1870, à se tourner vers l'extérieur pour y trouver les réponses que les raisonnements de l'Ancien Droit, le laconisme du législateur et la pratique jurisprudentielle ne suffisaient plus à leur fournir. Cette ouverture sur les ordres juridiques et sur les auteurs étrangers doit beaucoup à la figure de Jean-Jacques-Gaspard Foelix, à travers les revues dont il a été le fondateur, puis son *Traité du droit international privé*, paru en 1843, qui ont fortement contribué à attirer le regard des juristes français sur les travaux étrangers. C'est donc à partir du Code, mais en cherchant les réponses en dehors de celui-ci, que les auteurs, dans la plus grande partie du XIX^e siècle, se sont évertués à reconstruire la discipline.

L'exégèse *doctrinale* de l'article 3, alinéa 1^{er}, se situe sur deux plans. D'abord, et pendant la majeure partie du XIX^e siècle, les premiers commentateurs, et, particulièrement, les Exégètes, s'évertuent à demeurer fidèles aux quelques pistes de réflexion émises par les Rédacteurs et à voir dans l'alinéa 1^{er} cette déclaration de souveraineté qui vise toutes ces dispositions, de droit public et de droit pénal, mais aussi de droit privé, qui semblent avoir été posées par la puissance publique pour borner le libre commerce juridique. Dès lors, les lois de police et de sûreté, en raison des différents visages qu'elles peuvent revêtir, se fondent dans, ou s'effacent derrière, une catégorie à part qui revêt le nom de « lois d'ordre public », par mimétisme avec l'expression figurant à l'article 6 du Code et désignant l'ordre public interne, appellation concurrente qui va perdurer d'autant plus aisément qu'elle permet de maintenir le flou sur les usages qui peuvent en être faits (Section 1^{ère}).

Ensuite, à partir des années 1840 et à la suite de l'œuvre pionnière de Foelix, une doctrine de droit international privé fait son apparition sur la scène juridique, mettant les auteurs français au contact des idées de Joseph Story et de Nicola Rocco, et, grâce à l'influence de leur promoteur, se

¹⁸³⁶ Sur les deux notions de « nationalisme juridique » et de « communauté de droit », voir l'évolution historique, constitutive du droit international privé moderne, que retrace Jean-Louis HALPERIN dans son livre précité *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*. Voir aussi ID., « L'approche historique et la problématique du *ius commune* », *RIDC*, 2000, n°52-4, pp. 717-731.

¹⁸³⁷ Sur les questions transitoires et l'extinction du droit ancien, voir Georges-Antoine CHABOT DE L'ALLIER, *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Paris, 1809, en deux tomes. Pour apprécier le glissement de l'ancien au nouveau Droit, il convient de consulter des entrées telles que « Statuts personnels ou réels » (qui renvoie essentiellement à différentes entrées de l'ouvrage) ou encore « Sénatus-consulte Velléien », toutes deux au tome II, respectivement, p. 361 et pp. 350-357. Voir aussi le *Répertoire de jurisprudence* de Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), reprise et prolongement de celui de Guyot, en ses trois éditions (1807-1808, 1812-1825 et 1827-1828) et, d'une manière générale, toute la jurisprudence immédiatement postérieure au Code.

développe progressivement. Or, Foelix, très marqué par le volet théorique de l'œuvre de Story, dans lequel le juge cède sa place à l'homme de doctrine et à l'historien, reprend à son compte les préceptes d'inspiration hollandaise que le magistrat américain a placés en tête de son œuvre, et se les approprie pleinement pour mieux les transposer aux réalités française et européenne. C'est donc sous les auspices du statutisme de l'École hollandaise et du déséquilibre entre une souveraineté/territorialité de principe et une extraterritorialité portée par la *comitas* et le principe de réciprocité que se placent les débuts de la doctrine de droit international privé. C'est donc également un regard rétrospectif que jettent les premiers auteurs qui, après Foelix, se spécialisent en droit international privé, comme Antoine Mailher de Chassat ou encore Louis Barde, afin de discerner dans le legs de l'Histoire les règles générales et permanentes qu'il leur appartient de recueillir et d'acclimater à un environnement marqué par les codifications et le réveil des nationalités. L'article 3, alinéa 1^{er} se présente, à leurs yeux, comme le marqueur idéal de souveraineté de la loi française pour une doctrine, qui, si elle incline volontiers vers le territorialisme et le nationalisme juridique, recherche déjà les meilleurs moyens d'en assouplir la rigueur et de soustraire, au moins ponctuellement, la loi étrangère aux rigueurs des juridictions françaises (Section 2nde)

Section 1^{ère}. Les lois de police entre droit public, droit pénal et droit privé dans la doctrine civiliste du XIX^e : des premiers commentateurs aux Exégètes.

Les premiers témoignages portant sur l'esprit du Code civil et sur son article 3 appartiennent à ceux qui furent les acteurs ou les spectateurs privilégiés de la confection de la grande œuvre napoléonienne. L'article 3 s'offre à eux comme un lieu privilégié de commentaire, puisque son interprétation, laissée volontairement ouverte par le Législateur, appelait des éclaircissements et des approfondissements de la part de ceux qui étaient les mieux à même de dévoiler les intentions réelles des Rédacteurs en arrêtant leurs choix sur l'expression « lois de police et de sûreté ». En s'attachant à étudier le Code sitôt sa parution, ils sont, naturellement, ceux qui se sont les plus appuyés sur les travaux préparatoires et sur les discussions qui eurent lieu au Conseil d'Etat et au Tribunat pour mettre en perspective le sens premier et la portée originelle de ces lois. C'est le cas de Jean-Guillaume Locré et de Jacques de Malleville, qui furent deux acteurs ou témoins directs de la rédaction de l'article 3, alinéa 1^{er}, et qui livrent, au lendemain de la promulgation du Code, leur sentiment qui demeure nécessairement très proche de celui qu'ont révélé les discussions. Philippe-Antoine Merlin de Douai adopte, pour sa part, une approche légèrement différente de ses deux contemporains. Juriste de renom, rallié au régime issu du 18 Brumaire, mais tenu à l'écart de la rédaction du Code pour des raisons essentiellement politiques, Merlin de Douai, qui a suivi le processus de rédaction à un poste d'observation des plus privilégiés, affiche un regard plus distancié sur ce droit nouveau, mais encore nimbé de sa grande connaissance et de sa grande maîtrise de l'Ancien Droit : l'œuvre de reprise et d'actualisation du *Répertoire de jurisprudence* de Guyot, qui devient ainsi le *Répertoire Merlin* reflète, au fil de ses éditions, la sensibilité propre du juriste douaisien qui le porte naturellement à lire les dispositions de l'article 3, dans son ensemble, au prisme de l'Ancien Droit. Au fond, qu'ils soient sur la scène ou au premier rang, ces juristes ne concentrent leur travail d'interprétation que sur le seul alinéa 1^{er}, sans chercher à trop s'en écarter, à l'exception, peut-être, de Merlin, juriste de transition qui remplit idéalement le rôle d'intermédiaire entre l'Ancien Droit et le droit issu du Code civil (§ 1). Lorsque, à leur tour, les Exégètes s'emparent de cet alinéa, ils s'attachent à en discerner l'esprit et se lancent dans une

interprétation téléologique qui doit les mettre sur la voie des catégories de lois visées par les termes de « police » et de « sûreté ». Par sa formulation, il se prête aisément à l'accueil des règles territorialement impératives. Dans cet exercice, des juristes comme Demolombe et Aubry et Rau s'avèrent plus enclins à entrer dans la matière du droit international privé naissant et émettent des opinions appelées à faire date et à être discutées par la doctrine internationaliste. Plus hardie est l'entreprise de typologies de ces lois dans laquelle ces Exégètes se lancent et qui, au fur et à mesure que le temps passe, conduit à un élargissement très large du champ d'application de ces lois (§ 2).

§ 1. L'esprit du Code à travers les premiers commentateurs : Locré, Malleville, Merlin de Douai

Les ouvrages juridiques qui paraissent dans la foulée de la promulgation du Code civil de 1804 sont indéniablement marqués par le processus de rédaction et les discussions qui marquèrent celui-ci. Parmi cette littérature du lendemain, dominant naturellement ceux que le prestige de leur auteur rehausse lorsqu'il a pu assister, ou participer directement, au chantier de la codification des lois civiles françaises. Jean-Guillaume Locré et Jacques de Malleville sont de ceux-là. Leur expérience personnelle est aussi précieuse qu'elle souffre du manque de recul, critique et chronologique. Le jugement se vérifie pour Jean-Guillaume Locré, qui, après avoir rempli la fonction de secrétaire général du Conseil d'Etat durant la confection du Code, endosse les habits de commentateur : son opinion, qui vaut surtout pour mémoire, est la reprise exacte des indications générales qu'en ont donné, respectivement, et dans le rôle qui était le leur à l'époque, Portalis, Boulay, Grenier et Faure (A.). Le jugement se vérifie également pour Jacques de Malleville qui, impliqué au cœur même de la rédaction, apporte la confirmation sur la modestie de l'entreprise voulue par les Rédacteurs et les ambitions revues à la baisse que celle-ci a fini par consacrer (B.). Le jugement doit se faire plus nuancé à propos de Merlin, en raison de la démarche sensiblement différente qu'il a entendu suivre dans son œuvre et en raison de sa plus grande familiarité avec la thématique des conflits de coutumes (C.).

A. L'Esprit du Code Napoléon de Jean-Guillaume Locré, ou les lois de police et de sûreté comme composante du statut personnel des étrangers.

Dans le tome premier de son *Esprit du Code Napoléon*, paru en cinq volumes de 1805 à 1807, Jean-Guillaume Locré (1758-1840)¹⁸³⁸ s'attarde longuement sur le titre préliminaire, avant de commencer l'exposé du Livre premier qu'il poursuivra tout au long de son ouvrage, et fait donc appel aux travaux préparatoires, et aux procès-verbaux qu'il a lui-même dressés, et qu'il estime propres à dissiper les doutes et les incertitudes des interprètes parce qu'on y « rencontre la pensée intime du législateur »¹⁸³⁹. Se faisant encore le relai d'une conception traditionnelle de la police, en

¹⁸³⁸ Sur Locré, voir Jean-Louis HALPERIN, « LOCRE, Jean-Guillaume », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 671.

¹⁸³⁹ Dans l'exposé introductif qui est l'occasion pour l'auteur de justifier son entreprise, en évoquant les « éléments, objet et plan de l'ouvrage », Locré explique sa méthode : « Il faut donc joindre la méditation des procès-verbaux à celle des exposés de motifs et de la discussion solennelle. C'est là qu'on trouve les divers systèmes qui ont été proposés, les raisons qui ont fait préférer l'un à l'autre, les motifs de chaque disposition de détail, l'étendue qu'on a voulu lui donner, les fausses conséquences qu'on n'a pas voulu admettre, les remèdes qui ont été indiqués pour lever les difficultés d'exécution, ces explications laconiques, ces traits de lumière qui, d'un mot, dissipent les doutes et préviennent les procès ; enfin, tous ces détails que le Consul Cambacérès regardait comme si importants ; c'est là qu'on rencontre la

retrouvant certains accents que n'aurait pas désavoué Domat¹⁸⁴⁰, l'ancien avocat au Parlement de Paris est entièrement tourné vers l'idée que les lois de police, auxquelles il ne joint pas toujours les lois de sûreté, sont « de droit public », car c'est bien dans cette catégorie qu'il les range selon la tripartition des lois de droit des gens, des lois de droit public et des lois de droit civil, ce que met en évidence son introduction générale, intitulée « Nature des lois qui forment le droit civil, leur objet, leur matière » :

Les lois de police sont de droit public. En tant que la société s'en sert pour prévenir les crimes et les accidents, elles sont, dans sa main, un des moyens de remplir envers les citoyens le devoir de les protéger ; en tant qu'elles règlent l'action de la police, lorsqu'elle recherche les crimes et leurs auteurs, elles rentrent dans la législation criminelle.¹⁸⁴¹

Dans la conception dont Loqué se fait l'écho, et qui n'a rien que de très classique, la police s'entend bien au sens publiciste du terme, consonnant ainsi avec la notion d'administration destinée peu à peu à prendre son relai, et elle rentre dans les prérogatives de puissance publique qui sont reconnues à l'Etat, comme représentant de la société, afin que celui-ci intervienne pour garantir l'ordre et la tranquillité publiques et le repos des citoyens. Plus remarquable est la confusion précoce entre lois de police et lois de sûreté, de la part d'un des témoins de premier plan de la rédaction du Code. En effet, la formule retenue, sur la suggestion du Tribunat, fait bien évocation des « lois de police et de sûreté », notion qui donnait un caractère unitaire à ces lois, qui se présentaient comme embrassées par une même logique d'ordre public, et il n'a jamais été question, dans la sémantique retenue pour l'alinéa 1^{er}, de distinguer, d'une part, les « lois de police » et, d'autre part, les « lois de sûreté ». Ce choix de plume qui pourrait paraître anecdotique au premier abord contribue, pourtant, à renforcer le sentiment d'une classe autonome de lois qu'il faut s'efforcer de ne pas dissocier, ce que feront, de manière plus ou moins consciente, à quelques exceptions près, les futurs commentateurs de l'article.

Dans son étude sur le Titre préliminaire, qui suit son introduction, Loqué aborde, dans une deuxième partie, la question des « effets des lois », en distinguant les effets des lois dans le temps et les effets des lois dans l'espace, l'amenant ainsi à retracer rapidement la genèse de l'article 3 du Code civil, à propos desquelles le cas de l'étranger a suscité des difficultés¹⁸⁴². En raison de « distinctions essentielles à faire » et « de nuances délicates à saisir », admet-il de manière symptomatique, « on a éprouvé quelque embarras pour trouver les justes limites dans lesquelles la

pensée intime du législateur ». Et de prendre pour exemple, en note, « l'explication de ces mots, *lois de police et de sûreté*, qui se trouvent dans l'article 3 (voyez le procès-verbal du 14 thermidor an IX, tome 1^{er}, p. 49) ». Explications laconiques ou traits de lumière, force est de constater que l'expression mérite, néanmoins, pour Loqué, qu'il y apporte quelques éclaircissements. Voir Jean-Guillaume LOCRE, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, tome 1^{er}, Paris, 1805, Eléments, objet et plan, p. 13.

¹⁸⁴⁰ Jean-Guillaume LOCRE, *Esprit du Code Napoléon, op. cit.*, tome 1^{er}, Introduction, « Nature des lois qui forment le droit civil, leur objet, leur matière », chapitre XIII « De l'usage des lois naturelles dans l'état social », p. 44, où il distingue, à l'instar de Domat, qu'il reprend volontiers sur ce point, les « règles de police » des règles religieuses : « par exemple, les devoirs de l'homme envers Dieu ne sont pas du ressort du droit positif purement civil ; la loi ne doit établir que la liberté de conscience, prêter son appui à l'organisation extérieure des cultes, et poser des règles de police pour qu'ils ne troublent pas l'ordre public ; ce n'est pas à elle à fixer les dogmes, les principes de la morale, ni les pratiques religieuses ».

¹⁸⁴¹ Jean-Guillaume LOCRE, *Esprit du Code Napoléon, op. cit.*, tome 1^{er}, Introduction, chapitre XVI « Il n'est point de loi qui n'appartienne ou au Droit des gens, ou au Droit public ou au Droit civil », p. 50.

¹⁸⁴² Les commentaires de Loqué ne peuvent être étudiés séparément de la genèse immédiate de l'article 3 lors de la rédaction du Code civil : voir en détail, *supra*, chapitre 1^{er}, pp. 666-713.

disposition devait être renfermée». Il poursuit en dévoilant une conception pour le moins restrictive de la condition civile de l'étranger :

Quant à ses biens situés en France, l'étranger est incontestablement placé sous l'empire des lois françaises, même lorsqu'il ne réside pas parmi nous.

Quant à sa personne, il n'est soumis qu'à nos lois de police et de sûreté, et seulement pendant sa résidence ou son séjour en France.

Les lois qui concernent l'exercice de nos droits politiques ne lui sont point applicables. Il en est de même de nos lois civiles : « l'étranger ne peut pas se prévaloir de ce qu'elles décident sur l'état et sur la capacité des personnes » [selon le procès-verbal de la séance du 14 thermidor an IX au Conseil d'Etat].¹⁸⁴³

La sujétion volontaire et tacite de l'étranger se fait particulièrement ressentir sur un double aspect : l'un, traditionnel, tire les justes conclusions de la prédominance du statut réel immobilier et de la compétence indiscutée de la *lex rei sitae* ; l'autre est considéré comme « personnel » et tient à l'observation des lois de police et de sûreté. Pour marquer la défaveur envers l'étranger, il est privé du bénéfice – et même du bienfait – de l'accès aux droits politiques et aux lois civiles, qui n'ont été édictées que pour les Français : par conséquent, les seules lois françaises qui s'appliquent à lui, personnellement, sont les lois de police¹⁸⁴⁴. Toutefois, Locré ne va pas jusqu'à dire qu'un tel régime laisse la porte ouverte pour l'application, sur le territoire, des lois civiles relatives à l'état et à la condition de l'étranger et il ne dit rien, ici, sur les droits que celui-ci pourrait se voir reconnaître par la loi naturelle.

Après avoir rapporté l'essentiel de l'historique de la rédaction de l'alinéa 1^{er} et avoir montré que les Rédacteurs avaient fini par se rendre compte qu'un principe aussi général que celui de l'application indifférenciée de la loi française sur le territoire appelait des « distinctions nécessaires », sauf à faire accéder l'étranger à des droits que le Législateur ne voulait pas lui reconnaître, il en conclut, en rappelant certains avis qui ont été respectivement tenus sur cette règle (Portalès, Boulay, Faure) :

En effet, quoique les effets des lois fussent être réglés, et par rapport aux personnes et par rapport aux choses, les rédacteurs ne s'étaient attachés à les considérer que par rapport aux personnes ; en conséquence, ils n'avaient distingué les lois qu'en tant qu'elles régissaient les Français et les étrangers, tandis que, pour régler la distinction des lois sur tous les objets qu'elles régissent, il fallait, d'abord, y distinguer les lois qui régissent les biens de celles qui régissent les personnes ; puis, dans les lois qui régissent les personnes, y distinguer celles qui régissent l'état et les capacités civiles de celles qui se rapportent à la police et à la sûreté ; dans ces dernières sont comprises les lois criminelles.

En se plaçant dans ce point de vue, on découvrirait qu'il n'y avait point de différence à faire entre Français et étrangers, par rapport aux lois qui régissent les biens ; que les lois qui régissent l'état et

¹⁸⁴³ Jean-Guillaume LOCRE, *Esprit du Code Napoléon, op. cit.*, tome 1^{er}, Titre préliminaire, II^e partie « Des effets des lois », pp. 144-148, n°1 « Distinction des lois, quant à leurs effets, en celles qui régissent les biens, celles qui régissent l'état et la capacité des personnes, et celles qui se rapportent à la police et à la sûreté », spéc. p. 145.

¹⁸⁴⁴ Jean-Guillaume LOCRE, *Esprit du Code Napoléon, op. cit.*, tome 5^e, Paris, 1807, conclusion du premier livre, pp. 393-394 : « Il fallait encore fixer, avec précision, l'étendue de l'empire que la loi exerçait sur les temps, sur les personnes, sur les choses : ... sur les personnes, afin que... l'étranger ne pût jamais réclamer les bienfaits de nos lois civiles, ni se prétendre affranchi de celles qui établissent le bon ordre chez nous ; sur les choses, afin qu'on ne pût contester à la loi française la domination exclusive du territoire français ».

la capacité des personnes ne conviennent qu'aux Français ; que les lois relatives à la police et à la sûreté obligent également le Français et l'étranger tant qu'il séjourne en France.¹⁸⁴⁵

La démarche intellectuelle de Locré tend à expliquer la portée de l'alinéa 1^{er} à l'aide des deux alinéas suivants et par un raisonnement qui a recours, *in fine*, à la distinction *ab effectu* entre statuts réels et statuts personnels, réduite à sa plus simple expression. Elle ne cherche pas, pour autant, à livrer une véritable définition des « lois de police et de sûreté », se contentant, sur ce dernier point, de renvoyer implicitement aux très brèves considérations qui sont émises plus haut dans l'Introduction à l'étude du Code civil. Dans le jeu des divisions et des subdivisions auquel se livre Locré, celui-ci estime qu'il faut envisager les effets en partant de la distinction bipartite des lois selon leur objet (biens ou personnes) : alors que les lois qui régissent les biens sont nécessairement territoriales et absolues, les lois qui régissent les personnes sont, soit extraterritoriales¹⁸⁴⁶ et relatives, quand il est question de l'état et de la capacité des personnes, soit territoriales et absolues, lorsqu'il va de la police et de la sûreté de l'Etat. Le raisonnement est classiquement statutiste et correspond assez bien à la démarche qu'aurait eue Boullenois, à ceci près que ce dernier aurait classé les « lois de police » en dehors de la division bipartite des statuts. L'idée de vouloir réputer pour lois personnelles une disposition qui porte en ses termes que : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire » a de quoi surprendre. Il semble qu'il faille compléter le fond de la pensée de Locré : les lois de police et de sûreté sont, à son sens, tout à la fois personnelles et territoriales et elles ne font que rappeler à l'étranger la condition de sujet dans laquelle il entre, volontairement et tacitement, à l'égard du Souverain à partir du moment où il pénètre sur le territoire, puisque Locré parle bien du « séjour » sans exiger aucune résidence. Si tel était bien le fond de sa pensée, il rejoindrait alors l'argumentation développée, simultanément, par Malleville à propos de ce même article 3, alinéa 1^{er}.

Tout au plus justifie-t-il, un peu plus loin, l'étendue territoriale des lois de police et de sûreté, à l'aide d'arguments qu'il extrait directement du second Exposé des motifs de Portalis, qui fait l'objet de son discours en date du 4 ventôse an XI :

Les lois de police et de sûreté doivent obliger indistinctement tous ceux qui habitent le territoire, citoyens ou étrangers.

Il y a de ceci deux raisons : L'une, prise des obligations de l'étranger est que « pendant le cours de son voyage, ou pendant le temps plus ou moins long de sa résidence, l'étranger est protégé par la loi : il doit donc la respecter à son tour. L'hospitalité qu'on lui donne appelle et force sa reconnaissance ».

L'autre, prise des droits de la société, est que « chaque État a le droit de veiller à sa conservation, et c'est dans ce droit que réside la souveraineté... Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté. Tel est le droit politique de toutes les nations ».¹⁸⁴⁷

¹⁸⁴⁵ Jean-Guillaume LOCRE, *Esprit du Code Napoléon, op. cit.*, tome 1^{er}, Titre préliminaire, II^e partie « Des effets des lois », n°1, pp. 147-148.

¹⁸⁴⁶ Jean-Guillaume LOCRE, *Esprit du Code Napoléon, op. cit.*, tome 1^{er}, Titre préliminaire, II^e partie « Des effets des lois », n° I, à propos de l'article 4 du *Livre préliminaire* du projet de l'an VIII, p. 145 : « On pouvait conclure de cette disposition que les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes étaient applicables à l'étranger ».

¹⁸⁴⁷ Jean-Guillaume LOCRE, *Esprit du Code Napoléon, op. cit.*, tome 1^{er}, Titre préliminaire, II^e partie « Des effets des lois », n° IV, pp. 150-151. Sur le discours de Portalis le 4 ventôse an XI, voir, *supra*, pp. 705-708. Sur les références évoquées par Locré dans ces deux pages, elles renvoient toutes à des textes étudiés, *supra*, à propos de la genèse immédiate du Code civil : voir, *supra*, pp. 666-713.

Par ce qui se veut une explication du Code civil par les textes qui en ont marqué la genèse, Locré n'apporte aucun éclairage nouveau sur la nature même des lois de police et de sûreté. Il confirme, cependant, que les Rédacteurs ont toujours eu en vue la souveraineté absolue de la loi française et qu'ils ont conservé cet esprit lorsqu'il leur a fallu amender un principe trop impérieux en en déclinant les manifestations à travers les premier et second alinéas de l'article 3.

B. L'Analyse raisonnée de la discussion du Code civil de Jacques de Malleville, ou le double champ d'application des lois de police et de sûreté.

Jacques de Malleville (1741-1824)¹⁸⁴⁸ n'a pas été seulement l'un des quatre membres de la Commission de rédaction du Code civil, sans doute son titre le plus important à la postérité : il a été avocat au Parlement de Bordeaux avant la Révolution, mais, aussi, juge au Tribunal de Cassation de 1791 à 1795, dont il fut également, un temps, le président. C'est fort de cette longue expérience qu'ignorant l'interdiction faite par Napoléon de commenter son Code, il fait paraître, dès 1805, son *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*¹⁸⁴⁹ en quatre volumes, et rééditée de même en 1807, c'est-à-dire, comme Locré, juste au lendemain de la rédaction et de la publication du Code. Il observe, d'abord, à propos de l'article 3, alinéa 1^{er} que :

Cet article n'a été ainsi rédigé que d'après la conférence qui eut lieu avec le Tribunat ; il avait d'abord été proposé d'une manière trop générale ; on y disait : *La loi oblige tous ceux qui habitent le territoire* ; ce qui n'est vrai qu'à l'égard des lois de police et de sûreté et de celles qui règlent les propriétés foncières, et ne peut s'étendre à celles qui règlent l'état des personnes.¹⁸⁵⁰

Malleville apporte la confirmation que c'est bien la généralité et l'absolutisme excessifs de la proposition selon laquelle « la loi oblige tous ceux qui habitent le territoire » qui heurtait des principes contraires que les législateurs entendaient ménager et qui a, de fait, entraîné le découpage et la répartition des dispositions sur le champ d'application de la loi française en trois alinéas. De surcroît, il réunit tout à la fois les lois de police et de sûreté et le statut réel immobilier dans une même idée : celle de leur effet intrinsèquement territorial, qui fonde, par conséquent, la vocation de la loi française à régir les situations qui naîtraient dans ces deux catégories et qui impliquent, indifféremment, « tous ceux qui habitent le territoire ».

En effet, conformément à la position qu'il a adoptée avec les autres rédacteurs et les membres du Tribunat lors de la confection de l'article, il précise, par la même occasion, le champ d'application personnel de la loi de police et de sûreté, de même qu'il donne une indication sur sa nature :

Quoique que le commencement de cet article ne parle que de ceux qui habitent le territoire, sa décision s'applique également aux étrangers qui ne font qu'y passer ; et s'ils y commettent quelque délit, ils doivent être traduits devant les tribunaux français : il n'y a d'exception que pour les ambassadeurs, à l'égard desquels on se conforme au droit des gens, et à ce qui est réglé par les traités.¹⁸⁵¹

¹⁸⁴⁸ Sur Jacques de Malleville, voir, *supra*, p. 675, note 1732.

¹⁸⁴⁹ Jacques de MALLEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, quatre volumes, 1^{ère} édition, Paris, 1805, puis 2^e édition, Paris, 1807. Les deux éditions contiennent exactement, et jusqu'aux pages où il figure, le même commentaire à propos de l'article 3.

¹⁸⁵⁰ Jacques de MALLEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, t. 1, Paris, 1805, pp. 11-13.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*

Les propos de Malleville suffisent à démontrer que, dans l'esprit des Rédacteurs, c'est la seule question de l'assujettissement de l'étranger, qu'il soit résident ou simple voyageur en transit, et donc, à seule raison de sa présence sur le territoire, qui est réglée par la disposition de l'alinéa 1^{er} : l'étranger, sur ce point, voit son sort aligné sur celui des citoyens résidents. Mais ils indiquent aussi une tendance très marquée chez les juristes de l'époque, comme cela se vérifie aussi chez Locré, à envisager l'application de la loi française uniquement par le prisme de la condition de l'étranger ou de celle du Français, pour le dernier alinéa. L'extension de la loi française, territoriale ou personnelle, ne se détermine pas selon le conflit qu'elle pourrait avoir avec une loi étrangère, mais par rapport au degré, plus ou moins prononcé, de sujétion de l'étranger à son égard.

S'il fallait une preuve que les considérations tenant au conflit de lois, sans être absolument ignorées des législateurs, n'occupaient qu'une place anecdotique dans leurs préoccupations, il suffit de lire la brève appréciation que consacre Malleville aux deux derniers alinéas de l'article et qui dévoile une conception particulariste exclusivement centrée sur la France, qui va presque jusqu'à la négation du problème :

Les deux paragraphes de cet article sont conformes à l'ancienne distinction entre les lois réelles et les lois personnelles, distinction très intéressante et qui occasionnait beaucoup de procès, lorsque chaque province de l'empire avait sa coutume et ses usages particuliers ; alors il importait infiniment de savoir dans quel tribunal l'affaire serait jugée, parce que la décision, de la compétence emportait, dans beaucoup de cas, celle du fond ; mais, aujourd'hui que la loi est la même partout, cette distinction a beaucoup perdu de son intérêt, et ne peut guère être usitée que relativement aux Français résidant en pays étranger.

L'obsolescence qui doit, selon l'opinion de l'auteur, frapper irrémédiablement le conflit de coutumes – hors questions de droit transitoire – semble destinée à discréditer toutes les questions relatives au conflit de lois en les réputant « exorbitantes » du droit commun français représenté par le Code et, donc, vouées à demeurer exceptionnelles. Le législateur ne doit avoir en vue que l'intérêt du Français de l'étranger, en vertu de l'alinéa 3, qui rappelle les attaches que ce dernier conserve avec sa loi nationale. Mais l'intérêt de l'étranger présent en France n'offre pas matière à conflit, puisque les deux premiers alinéas, à eux seuls, règlent la question. Cette position, péremptoire, mais tout à fait conforme au désintérêt et à la méconnaissance que les législateurs ont affiché à l'égard de ces questions durant la rédaction, explique bien qu'il n'ait jamais été question, pour eux, de prendre position en faveur ou en défaveur à une « distinction entre les lois réelles et les lois personnelles » qui est qualifiée « d'ancienne ». Ce témoignage, si frustrant qu'il paraisse au premier abord, est néanmoins précieux pour l'historien, car il montre, à sa manière, que le Consulat et l'Empire ont cru opérer, sur ce point, une franche rupture avec l'Ancien droit et le conflit de coutumes (et cette attitude ne pouvait être, à leur yeux, que la conséquence logique de l'unification du pays autour du Code civil) et qu'aucune transition n'a été recherchée, ni même pensée avec le conflit des lois internationales tel qu'il va se révéler, pourtant, dès la même époque.

C. Le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Philippe-Antoine Merlin de Douai : la transition entre l'École Hollandaise et le conflit de lois à l'ère des codifications.

Philippe-Antoine Merlin (1754-1838) avait déjà établi sa réputation de juriconsulte éminent avant la Révolution, grâce à sa contribution active au *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Joseph-Nicolas Guyot et à sa grande connaissance des questions de droit touchant les provinces septentrionales du nord de la France et, même, les Pays-Bas¹⁸⁵². A partir de 1789, la renommée de l'avocat au Parlement de Flandre s'est confortée par sa participation à certaines grandes lois de la Constituante et de la Convention et par sa maîtrise de leur technicité. Mais cette renommée avait été, un temps, éclipsée par la figure, beaucoup plus trouble, de l'homme politique révolutionnaire. C'est surtout par ses fonctions au Tribunal de cassation, et, surtout, par celle de procureur général près la Cour de cassation à partir de 1801, que le juriste s'est illustré : le prestige acquis à ce poste hautement stratégique lui a permis de contribuer puissamment à dessiner la jurisprudence de la Cour jusqu'en 1815. C'est cette expérience qui a nourri l'essentiel de son œuvre, à travers ses deux ouvrages les plus célèbres, conçus à partir des années 1800 jusqu'à son décès en 1838 : le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*¹⁸⁵³, auquel il succède à Guyot, puis qu'il refond entièrement, pour les quatrième et cinquième éditions, en le signant désormais de son nom, et le *Recueil alphabétique des questions de droit*.

Juriconsulte formé sous l'Ancien Régime, comme Malleville et Locré, successeur de Guyot, magistrat éminent de la Cour de cassation, Merlin représente parfaitement ce juriste de transition, qui, placé devant les dispositions d'un Code civil à peine sorti des fonts baptismaux, est naturellement porté à les interpréter, non seulement en recourant aux travaux préparatoires, mais également à l'aide de l'Ancien droit et des décisions d'une juridiction dont il est l'un des membres les plus influents. La construction de ses œuvres atteste que son regard est largement tourné vers le passé. Mais, pour cette raison même, sa formation et sa sensibilité le portent davantage que ses contemporains à s'intéresser aux questions de conflits de coutumes et de lois et à traiter avec attention les problèmes suscités par l'article 3 du Code civil.

C'est dans la cinquième édition de son *Répertoire de jurisprudence*, en 1827, à l'entrée « Loi », au paragraphe VI¹⁸⁵⁴, que Merlin jette ses premières vues personnelles sur l'article 3 et établit une ébauche de doctrine sur le conflit de lois, qu'il complète à l'aide des articles qui portent sur des questions particulières¹⁸⁵⁵. Il ne développe pas un système complet, mais discute, à propos des différents alinéas de l'article, du sens et de la portée à leur accorder et expose ses opinions à ce sujet. L'explication qu'il donne, d'emblée, au § VI-I, des trois alinéas semble, à première vue, particulièrement décevante, puisque, prudemment, il se retranche derrière le second exposé de Portalis devant le Corps Législatif, lors de la séance du 4 ventôse an XI, qu'il reproduit intégralement, pour la partie concernant cet article, sans rien y ajouter. Aux numéros suivants, en

¹⁸⁵² Sur Philippe-Antoine Merlin, voir Hervé LEUWERS, *Un juriste en politique : Merlin de Douai (1754-1838)*, Arras, 1996. Voir, déjà, *supra*, p. 685, note 1764.

¹⁸⁵³ Sur le *Répertoire de jurisprudence* de Merlin de Douai, voir, déjà, *supra*, p. 715, note 1837.

¹⁸⁵⁴ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 10 (Let. à Méd.), Paris, 1827, v^o « Loi », § VI *Effets des lois par rapport aux personnes et aux choses*, I-IX, pp. 228-238.

¹⁸⁵⁵ Par contraste, les articles « Coutume » et « Statut » (qui n'est que la reprise, avec quelques renvois, de celui qu'avait consacré Guyot dans son *Répertoire*) ne contiennent que quelques indications sommaires sur les conflits de coutumes, se limitant à l'énoncé des principes de la souveraineté et de la territorialité de la coutume et à une brève définition des différents statuts que connaît la doctrine française : voir, respectivement, Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 4 (Conven. à Dom.), Paris, 1827, et t. 16 (Sép. à Syn.), Paris, 1828. Le conflit de coutumes semble avoir bien laissé sa place au conflit de lois.

revanche, il se lance dans une discussion sur l'empire de la loi française à propos du statut réel immobilier (alinéa 2) et du statut personnel (alinéa 3), mais aussi à propos du statut réel mobilier et de la forme des actes, qui n'ont pas été intégrés à la disposition générale du Code. Merlin reconnaît que, dans certains cas précis, la « loi française... doit céder à la loi étrangère » et qu'il doit être dérogé à la territorialité ou à l'extraterritorialité expressément disposée, ou simplement, autorisée par le Code¹⁸⁵⁶ :

1) En matière de statut réel immobilier (§ VI-II), dans deux hypothèses. La première surgit « lorsque la validité des transactions ou dispositions relatives à ses immeubles est subordonnée à la capacité ou à l'incapacité des étrangers qui les font » : lorsque le statut personnel du domicile de l'étranger (ou, plutôt, de sa nationalité, en raison de la bilatéralisation de l'alinéa 3) est en concours avec le statut réel du lieu de situation de l'immeuble, c'est le premier qui doit l'emporter, ainsi que le démontrait déjà Boullenois. La seconde se pose « quand la loi étrangère sous laquelle des contrats ont été passés par les étrangers possesseurs de ces immeubles a été adoptée par les contractants et convertie par eux en pacte exprès ». Là encore, Merlin renouait avec Boullenois, très attentif à l'extraterritorialité de la *lex contractus* en cas de choix exprès de la loi applicable par les parties à leur contrat¹⁸⁵⁷ ;

2) En matière de statut réel mobilier (§ VI-III) : comme le remarque Merlin, en raisonnant *a contrario*, du silence de l'article 3, alinéa 2, « sur les meubles, il paraît résulter que ce n'est pas de la loi française, mais uniquement de la loi domiciliaire de l'étranger auquel ils appartiennent, que les meubles doivent dépendre ». S'il admet la bilatéralisation de la règle de conflit, il en limite toutefois le bénéfice avec grande sévérité : la soumission des meubles à la loi du domicile, par fiction juridique, ne peut jouer qu'en faveur des Français, car c'est une faculté de « pur droit civil » et que « le droit civil d'un Etat ne peut pas étendre à un autre Etat une fiction qui est son ouvrage et qui n'existerait pas sans lui ». Or, s'il préconise cette solution unilatérale et particulariste à propos des meubles, tout en ayant conscience des difficultés qu'elle engendrerait, c'est parce qu'il adhère pleinement aux thèses de l'Ecole Hollandaise et qu'il invoque l'autorité de Jean Voet, pour qui il professe une grande admiration, au point de le surnommer le « géomètre de la jurisprudence »¹⁸⁵⁸ :

Cette fiction ne devrait pas, à la rigueur, dépasser les frontières de chaque souveraineté. Mais la loi qui l'établit dans un Etat, ou qui, sans l'y établir expressément, l'y suppose, comme le Code civil, en pleine vigueur, peut se prêter, par une sorte de courtoisie, à ce qu'elle agisse même au-dehors ; et telle est, évidemment, la pensée de Voet... dans son *Commentaire sur les Pandectes*, livre I, titre IV, 2^e partie, n^o II.¹⁸⁵⁹

Malgré l'appel à « une sorte de courtoisie » entre lois souveraines, Merlin considère qu'il ne faut pas en octroyer trop largement le bénéfice, car certains cas de figure – parmi lesquels l'intérêt des tiers créanciers, l'action en revendication, le droit de déshérence en faveur du fisc français, qu'il estime fondé sur la « nature de la souveraineté » – sont régis exclusivement et prioritairement par la loi française. Celle-ci seule peut se réclamer du *summum jus* et, lorsque les circonstances l'exigent, dans l'intérêt des particuliers ou dans l'intérêt de l'Etat, faire échec, par son application immédiate,

¹⁸⁵⁶ Sur l'opinion de Merlin, voir Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, *op. cit.*, pp. 34-35.

¹⁸⁵⁷ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 10 (Let. à Méd.), Paris, 1827, v^o « Loi », § VI-II, pp. 229-230.

¹⁸⁵⁸ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Recueil alphabétique des questions de Droit*, 4^e édition, t. 2 (Bel.-Cur.), Paris, 1827, v^o « Confession », § II, p. 507. Sur Jean Voet, voir, *supra*, p. 198, note 376.

¹⁸⁵⁹ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 10 (Let. à Méd.), Paris, 1827, v^o « Loi », § VI-III, p. 230.

à la *comitas*, qui autorisait la mise en œuvre de la loi étrangère sur les meubles possédés par un étranger en France¹⁸⁶⁰ ;

3) En matière de statut personnel de l'étranger (§ VI-VI). Merlin exprime lui-même, en termes parfaitement limpides, la bilatéralisation que la jurisprudence des juges du fond immédiatement postérieure au Code a accordée à l'état et la condition de l'étranger, en permettant à ce dernier de se prévaloir, ou d'être soumis, à sa loi nationale. Conformément à une idée déjà évoquée et défendue lors des travaux préparatoires, cette bilatéralisation est le fruit de la réciprocité entre Etats : « du principe que les lois françaises, concernant l'état et la capacité des personnes, régissent le Français même résidant en pays étranger, il suit tout naturellement que, par réciprocité, les lois qui régissent l'état et la capacité des étrangers, les suivent en France ; et que c'est d'après ces lois que les tribunaux français doivent juger s'ils ont ou n'ont pas d'état, s'ils sont capables ou incapables »¹⁸⁶¹. La *comitas* n'est pas étrangère à cette circulation réciproque de l'état et de la capacité des personnes, ainsi que le prouvent les articles « Majorité » et « Puissance paternelle » de son *Répertoire*, où il relève que : « les nations semblent s'être accordées entre elles » pour favoriser l'extraterritorialité des statuts personnels. Merlin paie, une nouvelle fois, sa dette à Bouhier et à Boullenois et, par-delà ces auteurs, à l'Ecole Hollandaise¹⁸⁶².

4) En matière de forme des actes (§ VI-VII), où, classiquement, après avoir distingué selon les trois formes admises par l'Ancien droit (habilitantes, intrinsèques ou viscérales, extrinsèques ou probantes), il préconise l'application de la maxime *Locus regit actum* aux deux dernières¹⁸⁶³.

Si cet excursus s'est avéré nécessaire, c'est parce que seul un survol des solutions particulières défendues par Merlin permet de saisir, dans son ensemble, la doctrine qu'il préconise pour les conflits de lois et pour l'article 3, ainsi que les dispositions qui auraient pu y figurer. Un constat s'impose : l'auteur du *Répertoire de jurisprudence* est, en la matière, un héritier assumé de l'Ancien droit, qui n'interprète les dispositions du Code qu'à travers les modes de raisonnement et les solutions qu'il a recueillis des statutistes français, et, au-delà du cadre national, de l'un des juristes les plus emblématiques de l'Ecole hollandaise. Malgré cela, Merlin n'entend pas dresser un système complet et cohérent de résolution des conflits de lois : il est l'auteur d'une synthèse, comme le veut la nature même de son ouvrage, et se tourne plus volontiers vers la dialectique que vers la théorie pure.

Le sentiment particulier du célèbre juriconsulte se révèle sans doute de manière plus certaine dans l'analyse qu'il donne de l'article 3 et de son esprit. Achevant le cheminement qu'il avait entamé en retranscrivant l'exposé des motifs de Portalis, il consacre un § VI-VIII à la

¹⁸⁶⁰ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 10 (Let. à Méd.), Paris, 1827, v^o « Loi », § VI-III, pp. 230-231.

¹⁸⁶¹ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *eod. loc.*, § VI-VI, pp. 232-233.

¹⁸⁶² Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 10 (Let. à Méd.), Paris, 1827, v^o « Majorité », p. 420 : « On veut dire que cette extension s'opère en vertu d'une espèce de concordat tacite entre les différents peuples. C'est ce que j'ai développé à l'article *puissance paternelle*. On peut même dire avec Boullenois que... la loi de la situation, ne fait que déférer à l'état de la personne réglé par la loi domiciliaire ; et que, par cette déférence, elle ne relâche rien » ; ID., t. 13 (Pré. – Qua.), Paris, 1828, v^o « Puissance paternelle », p. 664 : Les statuts sont par eux-mêmes renfermés dans les bornes de leur territoire : *Extra territorium jus dicendi impune non paretur*, dit la loi dernière, D. *de jurisdictione* [D. 2.1.20]. Cette règle est générale, et ne comprend pas moins les statuts personnels que les statuts réels : mais toutes les nations semblent s'être accordées entre elles à donner plus d'étendue aux premiers. Les inconvénients qui résulteraient des changements partout un homme éprouverait dans son état, toutes les fois qu'il serait obligé de passer d'un lieu à l'autre, ont fait admettre partout que la loi du domicile réglerait seule l'état des personnes ». Sur cette question, voir Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, *op. cit.*, pp. 34-35.

¹⁸⁶³ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 10 (Let. à Méd.), Paris, 1827, v^o « Loi », § VI-VII, pp. 233-235.

question de savoir si la disposition de l'article était « limitative quant aux étrangers qui habitent momentanément le territoire », auquel cas ceux-ci ne seraient « soumis aux lois françaises qu'en ce qui concerne la police, la sûreté, et les immeubles qu'ils y possèdent ». Sur cette question, il prend très clairement position en faveur de l'exclusivité de principe de la loi française à l'égard des étrangers, considérant que les deux premiers alinéas de l'article ne sont que des déclinaisons d'un principe général qui n'est pas démenti par la promulgation du Code. Reprenant minutieusement les arguments qui ont été évoqués pour conforter ou amender le principe au cours du processus de rédaction, il estime que les Législateurs ont été, au fond, toujours soucieux de maintenir la proposition initiale : « La loi oblige tous ceux qui habitent le territoire » et que les objections qui ont été soulevées, par Tronchet au Conseil d'Etat, puis par les Tribuns, n'avaient pour autre but de préciser certaines de ses implications. Deux passages, en particulier, dévoilent le fond de la pensée de Merlin et montrent que ce dernier, semble-t-il, était sur la même ligne absolutiste que Cambacérès, dont il a été le collègue dans le Comité de législation de la Convention :

Il résulte de ce rapprochement que, tant en motivant qu'en attaquant et en défendant l'article 3, tel qu'il avait été arrêté au conseil d'Etat, le 14 thermidor an IX, les orateurs du gouvernement et du tribunal s'accordaient à reconnaître que les étrangers devaient être soumis en France, non seulement aux lois de police et de sûreté, non seulement aux lois concernant les immeubles, mais encore à toutes les lois dont ils ne seraient pas exceptés, soit par des dispositions expresses, soit par la nature des choses.

Mais quand nous fermerions les yeux aux arguments qu'élèvent contre cette interprétation les détails dans lesquels nous venons d'entrer sur la généalogie de l'article 3, les seuls termes de cet article ne suffiraient-ils pas pour démontrer qu'il ne peut pas être entendu dans un sens exclusif [*de toutes les lois qui n'y sont pas explicitement visées*] ? Dire que les étrangers sont soumis en France aux lois de police et de sûreté et à celles qui régissent les immeubles, est-ce dire qu'ils ne sont soumis qu'aux unes et aux autres ? Est-ce restreindre à ces lois le principe proclamé, le 3 frimaire an X, à la tribune du Corps législatif par l'orateur du gouvernement [*Portalis, dans son exposé des motifs*], que *la loi oblige tous ceux qui vivent sous son empire, qu'habiter le territoire, c'est se soumettre à sa souveraineté* ; le principe enseigné par tous les jurisconsultes, et, notamment, par Voet, sur le Digeste, titre de *Legibus*, n°11...¹⁸⁶⁴ ? Non, certainement, et la preuve en est que : 1°, comme je l'ai démontré plus haut, n° 3, il est des cas absolument étrangers à la police et à la sûreté, où les meubles possédés en France par des étrangers, sont soumis aux dispositions des lois françaises, ni plus ni moins que s'ils étaient possédés par des Français ; 2°, que, comme je l'ai établi au n° 7, les lois françaises concernant la forme extrinsèque des actes, obligent les étrangers comme les nationaux ; 3°, que, comme je l'ai également établi au n° 2, elles règlent de même, en tant qu'elles interprètent les clauses des contrats et en déterminent les effets, les conventions que des étrangers passent entre eux en France.¹⁸⁶⁵

Merlin a ainsi à cœur de démontrer que l'assujettissement de l'étranger aux lois de France ne se limite pas aux seules lois de police de l'alinéa 1^{er} ou au statut réel immobilier, mais que la condition civile de l'étranger dépend des facultés qui lui sont octroyées, ou reconnues, par le législateur étranger. Il étend également les chefs de compétence de la loi française, non seulement,

¹⁸⁶⁴ Jean VOET, *Commentarius ad Pandectas*, tome 1^{er}, Paris, 1827, livre I, titre III *De legibus*, n°11 : *Legis virtus est obligare ad sui observantiam subjectos... nec subjectos tantum, sed et advenas, ac peregrinos, quandiu in territorio morantur* (« la force de la loi est d'obliger les sujets à son observation... non pas seulement les sujets, mais également les étrangers, simples visiteurs ou résidents, aussi longtemps qu'ils sont présents sur le territoire »). Merlin a erronément retranscrit *obligationem* à la place d'*observantiam*.

¹⁸⁶⁵ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 10 (Let. à Méd.), Paris, 1827, v° « Loi », § VI-VIII, pp. 235-237.

ainsi qu'il l'a réaffirmé, en raison d'un principe général tenant à l'empire absolu de la loi française sur son territoire, nonobstant les dérogations qui peuvent y être apportées, mais également, comme il le sent confusément, en raison de règles de conflit autonomes, admises par la tradition statutiste depuis longtemps, et qui évoluent hors du cadre étroit défini par l'article 3 sans, pour autant, être remises en cause.

Pour en trouver une preuve supplémentaire de l'idée que l'article 3, alinéa 1^{er} n'est, pour Merlin, qu'une expression particulièrement forte du principe général qui lui est si cher, il suffit de lire l'amendement qu'il a apporté à l'article « Souveraineté » de son *Répertoire*, qui est la reproduction quasi *in extenso* de l'article « Souveraineté » que Garat avait donné au *Répertoire Guyot* avant la Révolution, et qu'il a retouché et amplifié sur certains points. Reprenant, au § V, l'idée de son prédécesseur selon laquelle l'étranger se soumet, tacitement et volontairement, par son consentement présumé, aux lois criminelles de l'Etat dans lequel il entre et circule, Merlin se contente d'y porter une annotation, qui se veut une simple actualisation :

Dès qu'un homme a touché le sol de l'empire étranger, dès le premier pas qu'il y a fait, il a juré de respecter les lois et l'ordre établi parmi ceux qui l'habitent. Ce n'est qu'à cette condition que l'entrée lui en a été ouverte. [[Aussi, l'article 3 du Code civil porte-t-il « que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire »]].¹⁸⁶⁶

L'ancien procureur général à la Cour de cassation ne fait que constater la filiation entre l'article de Garat et l'exposé des motifs de Portalis, dans lequel celui-ci considérait que l'étranger, par sa seule présence sur le territoire, était présumé « se soumettre à la souveraineté » de manière irréfragable et où il en déduisait que, « chez toutes les nations, les étrangers qui délinquent sont traduits devant les tribunaux du pays », par le respect de la loi de sûreté qui y a cours. Merlin se fait ainsi le passeur entre l'Ancien droit et le droit nouveau issu du Code et il le fait d'autant plus volontiers qu'il est de ceux qui pensent que le Code civil, loin d'avoir abrogé la théorie des statuts, a plutôt mis ses pas dans une continuité historique dont le juriste douaisien est, à sa façon, l'héritier.

§ 2. La doctrine civiliste : les Exégètes face à l'article 3, alinéa 1^{er} du Code.

Dans leurs commentaires article par article du Code, les premiers professeurs de droit civil se retrouvent, dès la première décennie du XIX^e siècle et pour de longues années encore, confrontés à la difficile question de l'interprétation qu'il leur revient de donner d'un article 3 qui leur semble se situer aux confins de leur discipline. Assez peu enclins, au moins à leurs débuts, à porter le regard vers le droit étranger et à verser dans le conflit entre la loi française, volontiers sanctifiée par l'entreprise de codification, et la loi étrangère, déclassée par les Rédacteurs et encore mal connue, leur tâche, rendue ardue par l'absence de directives claires laissées par le législateur, consiste essentiellement à pénétrer les intentions qui ont présidé à sa rédaction. Or, celui-ci, de son propre aveu, a simplement entendu édicter une disposition générale, « de régime intérieur et d'intérêt commun », sur le champ d'application territorial et personnel des lois françaises. La prise en considération de la loi étrangère et, surtout, de l'intérêt des particuliers qu'elle peut défendre

¹⁸⁶⁶ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 16 (Sép. à Syn.), Paris, 1828, v^o « Souveraineté », § V, n^o IV, p. 397. Comparer avec Joseph-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1783, t. 59, Sou - Substitution, v^o « Souveraineté », par Maître GARAT-le-jeune, § IV, p. 128 : sur cet article de Garat, voir, *supra*, pp. 632-635.

n'est donc pas à l'ordre du jour.

Ces commentateurs ne sont, toutefois, pas dénués d'armes au moment de se confronter à l'interprétation de l'article 3. Encore leur est-il assez aisé de discerner, à travers les alinéas 2 et 3, les vestiges de la doctrine française des statuts, telle qu'elle se trouvait dans son dernier état, et qui connaît, par ailleurs, à la même époque, d'un point de vue plus spécialisé, un regain d'intérêt en servant de guide aux interprétations jurisprudentielles et doctrinales durant une grande partie du siècle. Encouragés en cela par le législateur lui-même, ils se tournent volontiers vers l'Ancien droit pour y trouver les principes de solution qu'ont condensés ces deux alinéas, sans, toutefois, prétendre entrer dans le détail : la formulation unilatéraliste de l'article 3 peut, d'ailleurs, les en dispenser. En revanche, la formulation générale et vague de l'alinéa 1 fait référence à des types de lois que l'on ne retrouve nulle part mentionnées comme telles dans le Code, sauf à de rares exceptions anecdotiques, et qui semblent se déployer en dehors du cadre du droit civil. Les théories statutistes ne semblent pas, à leurs yeux, contenir les réponses suffisantes pour éclairer la portée et le sens de cet alinéa. Ils préfèrent, conformément au travail de commentaire qu'ils entreprennent sur les articles du Code, contourner l'incertitude qui entoure ces « lois de police et de sûreté » en s'attachant à deviner l'intention originelle qui sous-tend cette disposition.

Le commentaire déférent du Code auquel tous ces professeurs de droit se livrent, au lendemain de sa parution et tout au long du XIX^e siècle, entreprise individuelle, mais simultanée et similaire en bien des cas, qui a autorisé Julien Bonnetcase à les rassembler sous le vocable d'« Ecole de l'Exégèse »¹⁸⁶⁷, souligne précisément les mérites et les limites de ceux qu'il convient, à plus juste titre, d'appeler les *Exégètes* du Code civil¹⁸⁶⁸. En dépit de leurs différences et de leurs singularités, ces interprètes se sont laissés enfermer dans l'absolutisme juridique, selon l'expression de Paolo Grossi, auquel leur vénération pour la grande œuvre napoléonienne les a conduit. L'attention quasi exclusive qu'ils ont portée sur les articles du Code peut encore se justifier dans les premières décennies du XIX^e siècle, lorsque la doctrine internationaliste ne s'était pas encore réveillée et réarmée intellectuellement pour développer des thèses ambitieuses sur l'article 3, qui auraient pu être recueillies, progressivement, par les Exégètes. Mais, si l'on s'autorise à porter son regard au-delà de 1880 et à contempler les derniers feux de la pratique exégétique, force est de constater que le discours n'a guère varié : la prise de conscience par les auteurs que cet article 3 sur les effets territoriaux et personnels des lois françaises, est devenu, par son instrumentalisation conjointe par les tribunaux et les juristes internationalistes, un article sur les *conflits de lois*, ne va pas jusqu'à s'aventurer sur un terrain qui les aurait projetés en dehors du périmètre défini par le Code.

Si aride que promet d'être l'exploration des explications proposées par les Exégètes sur l'article 3, alinéa 1^{er}, cette étude n'en demeure pas moins nécessaire. Nécessaire, d'abord, pour mesurer la difficulté qu'a eue la doctrine civiliste¹⁸⁶⁹ à dépasser la lettre du Code et lui découvrir un esprit insoupçonné de ses rédacteurs, mais que jurisprudence et doctrine ont su insuffler à une disposition qui risquait, sinon, de demeurer sans usage. Nécessaire, ensuite, parce que cette approche exégétique a eu, au moins, un mérite : celui d'acclimater les juristes français à embrasser

¹⁸⁶⁷ Julien BONNETCASE, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e édition, Paris, 1924 et ID., *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, 1933.

¹⁸⁶⁸ Sur la constitution *a posteriori* d'une « Ecole » pour y réunir tous les Exégètes, voir, entre autres, Philippe REMY, « Eloge de l'Exégèse », *Droits*, 1985, n^o1, pp. 155-123 et Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1^{ère} édition, 1996, n^o21-45, pp. 45-81.

¹⁸⁶⁹ Pour une approche générale de cette doctrine civiliste française, voir Nader HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, 2002.

dans une même vue les trois alinéas de l'article 3 et à faire basculer cette notion transfrontière de « lois de police et de sûreté » sur le versant du droit international privé. Délaissé par les publicistes et les pénalistes, imposé, par sa présence incontournable au sein du Code, cet article 3, alinéa 1^{er} a été « civilisé » par le travail des Exégètes et, par sa proximité avec un article 6 qui visait les règles d'ordre public interne, a revêtu progressivement un habit nouveau : celui de regrouper, grâce à sa rassurante généralité, toutes les dispositions et tous les mécanismes assurant la primauté de la loi française et l'éviction de la loi étrangère.

Pour ne pas encourir le reproche de nourrir l'impression de répétition et de catalogage que peut susciter ce survol de la doctrine civiliste du XIX^e siècle, il semble plus adéquat de passer en revue, dans un premier temps, les différentes définitions que donnent ces exégètes des lois de police pour mieux les comparer et tenter d'en extraire la substantifique moelle ou, au moins, les traits communs (A.) avant de proposer, dans un second temps, une typologie des lois de police selon les différents caractères que leur attribuent les civilistes français (B.).

A. La définition des « lois de police et de sûreté » de l'article 3, alinéa 1^{er} : la souveraineté de la loi française comme fondement de leur application.

Dans le long défilé des commentaires au Code qui scandent le XIX^e siècle, l'exégèse que ceux-ci donnent de l'article 3, alinéa 1^{er}, permet de vérifier que la volonté de se placer dans la continuité des premières interprétations du Code et dans la tradition définie par les maigres indications du législateur est plus forte que celle d'encourager une relecture de l'alinéa au prisme des enseignements de la jurisprudence et de la doctrine de droit international privé renaissante. Force est d'admettre que les traits distinctifs de chaque auteur, sans même parler d'originalité, autant que le permet un exercice aussi balisé, ne se révèlent pas volontiers au sujet de l'alinéa 1^{er}, dont l'explication demeure, finalement, conditionnée par la double imprégnation, publiciste et pénaliste, que lui avaient marqué les Rédacteurs. L'heure n'est pas à la hardiesse et, à la différence des deux alinéas suivants, où les points d'ancrage avec la doctrine française des statuts sont plus sensibles, le fond du propos est encore très largement imperméable à la spécificité propre aux conflits internationaux : de Delvincourt, le premier des Exégètes, jusqu'à Marcadé, la lecture classique l'emporte et elle trouve encore ses partisans durant la seconde moitié du XIX^e siècle¹⁸⁷⁰.

Toutefois, au fur et à mesure que progresse la science du conflit de lois, les civilistes s'ouvrent davantage, notamment à partir des années 1860-1870, aux développements nouveaux qu'autorise l'article 3 et les derniers Exégètes font place, dans leurs analyses, à cette dimension internationale qui était demeurée au second plan. Ce mouvement, qu'accompagne l'œuvre d'un Valette ou celle d'un Demolombe, est indissociable de la prise en compte, en parallèle, de la production d'une jurisprudence de plus en plus assurée dans son usage de l'article 3, alinéa 1^{er}, et qui définit des lignes de conduite dans l'interprétation auxquelles les civilistes ne sont pas indifférents. La réflexion s'enrichit par l'apport d'un sang neuf qui autorise à renouveler les analyses, pour autant que l'auteur concerné y consente volontiers.

Pour ne pas rompre le fil chronologique, et pour ne pas donner le sentiment d'un changement trop brusque dans la continuité, les ruptures opérées étant progressives et, somme toute, relativement timides, la prudence impose de déployer l'éventail des Exégètes en suivant l'ordre de leur apparition et le cours de leur production, voire de leurs rééditions et mises à jour.

¹⁸⁷⁰ Dans le même sens, voir Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, op. cit., pp. 35-36.

Ainsi, aux premiers commentateurs, qui ont pour nom Delvincourt, Toullier ou encore Proudhon (1.), puis à l'École de Paris, représentée par les figures de Duranton, Demante, et Valette (2.), se joignent ceux qui ont vécu, et, souvent, marqué, l'âge d'or de l'Exégèse : Marcadé, Demolombe et, plus discrètement, Duvergier (3.), en passant par ceux qui, se tenant à une distance respectueuse et critique, en ont été les compagnons de route : Aubry et Rau (4.). A partir de Valette et de Demolombe, ces juristes démontrent que la fidélité au Code n'exclut pas l'ouverture aux questions de droit international privé. Enfin, il appartient aux derniers Exégètes (5.), tels Huc, Baudry-Lacantinerie ou Beudant, de fermer le ban. Si virage il devait y avoir dans l'évolution, il serait plus sage de le placer au moment où Valette, Demolombe, Duvergier et Aubry et Rau nourrissent leurs œuvres des premiers résultats de la science du conflit de lois.

1) Les premiers Exégètes : Delvincourt, Toullier, Proudhon.

Claude-Etienne Delvincourt (1762-1831)¹⁸⁷¹, qui occupe la chaire de droit civil à Paris depuis 1808, après avoir enseigné à l'École de droit à partir de 1805, est, parmi les premiers professeurs qui se sont évertués à faire le commentaire du Code civil dans le cadre de leur enseignement, l'un de ceux qui a su le mieux tirer profit des auteurs de l'Ancien droit pour éclairer les dispositions d'un ouvrage qu'il suit avec rigueur et sobriété. Il refond les *Institutes de droit civil français* qu'il avait fait paraître en 1808 en *Cours de Code Napoléon*, dont la publication en 1813 court sur deux volumes et lui permet d'y joindre, en appendice, les notes et explications qui sont de nature à éclairer et à prolonger les gloses, plutôt brèves, qu'il a consacrées au Code. Au sujet de l'article 3, l'intérêt du travail de Delvincourt, dans sa version de 1813, qui est l'un des premiers à paraître durant les quelques années où le Code s'est diffusé et a pu être enseigné, tient, essentiellement, au lien qu'il tisse, spontanément, entre les articles 6 et 3 du Code civil, leur attribuant, ainsi, un caractère d'ordre public qui se projette, pour l'un, sur le plan interne, et, pour l'autre, sur le plan international :

Les lois civiles, quant à leurs effets, peuvent être considérées sous deux rapports : le but qu'elles se proposent, et les objets qu'elles concernent.

Sous le premier rapport, la loi ordonne, défend ou permet. De là, la division des lois en impératives, prohibitives, et facultatives.

Il y a obligation de se conformer aux lois impératives et prohibitives, et l'on ne peut y déroger par des conventions particulières, parce qu'elles sont toujours présumées intéresser l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Quant aux facultatives, il est de principe, en général, que chacun peut renoncer au droit introduit en sa faveur. Si, cependant, l'ordre public ou les bonnes mœurs étaient intéressés à ce que le droit fût exercé, et qu'il le fût par la personne à qui il est accordé, elle ne pourrait y renoncer pour l'avenir, quoiqu'elle pût, pour le présent, en user, ou n'en pas user, à sa volonté : cette observation peut s'appliquer principalement à la puissance paternelle, à celle maritale, etc.

Les lois civiles, relativement aux objets qu'elles concernent, sont distinguées en lois réelles et personnelles.

Il est une troisième espèce de lois, appelées *Lois de police* ou *de sûreté* : ce sont celles qui maintiennent l'ordre, la tranquillité et la sûreté dans l'Etat. Ces lois faisant partie de celles qu'on appelle du Droit public, il n'en est question dans le Code Napoléon, que pour dire qu'elles obligent tous ceux qui habitent le territoire français.¹⁸⁷²

¹⁸⁷¹ Nader HAKIM, « DELVINCOURT, Claude-Etienne », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 318-320.

¹⁸⁷² Claude-Etienne DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, Paris, 1813, pp. 10-11. Suivent ensuite l'exposé de la distinction entre les lois réelles (alinéa 2) et les lois personnelles (alinéa 3).

Avec la sobriété qui la caractérise, l'analyse de Delvincourt, qui ne prétend pas approfondir le sens et la portée d'une disposition sèche et elliptique qui aurait sans doute mérité le secours d'un juriste frotté à l'Ancien droit, s'appuie sur une double distinction : l'une en fonction de l'effet de ces lois – impératives, prohibitives, ou facultatives – qui entrent naturellement dans le champ de l'article 6 du Code ; l'une en fonction de l'objet, qui les sépare en lois réelles et lois personnelles. Ce faisant, il ressuscite la figure des statuts prohibitifs réels et personnels que la doctrine française du XVIII^e siècle avait su discerner au milieu des conflits de coutumes. Il n'en tire, néanmoins, aucune conséquence, se contentant de rappeler leur existence, sans s'engager sur le terrain du conflit de lois, qui ne l'intéresse guère. Il se refuse, également, à jeter un pont entre les statuts prohibitifs et les lois de police et de sûreté, qu'il voit, de manière parfaitement conforme à l'esprit et à l'intention du législateur, comme des dispositions de droit public, qui n'ont droit de cité dans le Code que parce qu'il a bien fallu réglementer l'effet dans l'espace de chacune des lois françaises.

Par conséquent, Delvincourt entérine la division en trois classes de lois que formalisent les trois alinéas de l'article 3 et y transpose, là encore en accord avec les déclarations du législateur, l'ancienne distinction entre statuts réels et statuts personnels, dont les notes qu'il consacre à l'article témoigne qu'il n'en est pas totalement ignorant, mais qu'il lui porte peu d'égards¹⁸⁷³. L'intérêt de cette tripartition est qu'elle juxtapose, davantage peut-être qu'elle n'oppose, deux classes appartenant aux « lois civiles », celles traitées dans le Code et considérées, en l'espèce, « relativement aux objets qui les concernent » à une classe à part de lois, ces « lois de police ou de sûreté » (Delvincourt fait bien la différence), qui n'ont pas vocation à empiéter sur le domaine réservé du droit civil¹⁸⁷⁴. Ce type de lois, d'ailleurs, ne se détermine pas relativement à l'objet sur lequel elles prétendent porter, mais en fonction de la finalité qui leur est assignée pour le bon ordre de l'Etat. Signe qu'elles n'entrent pas dans le champ de l'étude des lois civiles que se propose d'accomplir Delvincourt, celui-ci se contente d'une paraphrase de l'alinéa 1^{er} pour décrire leur raison d'être.

Charles-Bonaventure-Marie Toullier (1752-1835)¹⁸⁷⁵ est, comme Locré, Malleville, Merlin ou encore Delvincourt, un juriste « entre deux rives ». A la différence de son contemporain parisien, celui qui est nommé professeur de droit civil à Rennes en 1806 lors de l'établissement de l'Ecole de droit et est devenu, en 1812, le doyen de la faculté de droit est, incontestablement, un héritier de l'Ancien droit et un admirateur de l'Ecole de droit naturel qui n'hésite pas à sortir du cadre étroit du commentaire au Code pour prendre des positions originales et même critiques à l'encontre du législateur. Son œuvre majeure, *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, paraît à partir de 1811 et connaît trois éditions de son vivant, avant d'être reprise et continuée par Jean-Baptiste

¹⁸⁷³ Claude-Etienne DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, Paris, 1813, pp. 289-290, notes et explications de la page 11, où l'auteur est d'avis que : « Aujourd'hui que la France est régie par une loi unique, la question [de la personnalité ou de la réalité des lois] ne peut s'élever que dans le cas de biens possédés en France par un étranger, ou dans l'étranger par un Français. Nous n'insisterons pas, en conséquence, sur cette matière, qui a beaucoup occupé les jurisconsultes, et qui est, d'ailleurs extrêmement, abstraite » ; il déclare s'en remettre au principe posé par le chancelier d'Aguesseau, dans son cinquante-quatrième plaidoyer, qui estime qu'en cas de doute sur la nature d'un statut, il faut « consulter l'intention du Législateur ».

¹⁸⁷⁴ A telle enseigne que, dans ses *Institutes de droit civil français* de 1808, le paragraphe consacré aux lois de police et de sûreté était relégué dans une simple note de bas de page. Voir Claude-Etienne DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, t. 1, Paris, 1808, pp. 10-12, spéc. p. 11 pour la note.

¹⁸⁷⁵ Jean-Louis HALPERIN, « TOULLIER, Charles-Bonaventure », *Dictionnaire historique des juristes français*, op. cit., pp. 973-974.

Duvergier, qui en donne deux éditions (1830-1843 et 1845-1847). Bien qu'il réserve des développements beaucoup plus amples à l'exposé de ses idées et qu'il recourt volontiers à une rhétorique jusnaturaliste, Toullier, au fond, adopte une démarche proche de celle qu'adopte Delvincourt. Dans son étude sur le *Titre préliminaire*, il divise son raisonnement en trois temps. Dans la section VI « Des effets de la loi et de sa sanction morale », il distingue trois types de lois : les lois préceptives, qui commandent certaines actions, comme celles qui règlent la forme des actes ; les lois prohibitives, qui défendent « les actions qui troublent le repos de la société ou qui blessent les droits d'autrui », les lois permissives, qui « permettent certaines actions sans les commander ». Ensuite, dans la section VII « Quand on peut renoncer aux dispositions ou aux avantages de la loi », il confronte les lois faites dans l'intérêt du citoyen à la défense portée par l'article 6, en s'interrogeant sur la liberté consentie à la personne de déroger à une disposition légale. Toullier s'appuie sur Bouhier et l'analyse que celui-ci avait menée sur les statuts prohibitifs et sur la portée de la sanction que ceux-ci prononcent lorsqu'il leur est porté atteinte, pour bien faire sentir qu'il existe des cas où il est impossible de contrevenir à la règle légale : ainsi, lorsque la prohibition est absolument prohibitive, expressément ou tacitement ou encore lorsque elle a pour fondement « quelque cause publique ou politique, ou l'intérêt d'un tiers ». Il constate, alors, que les « jurisconsultes qui ont écrit sur la matière des statuts », comme Dumoulin, d'Argentré, Basnage, Bouhier ou encore le Breton Poullain-Duparc, ont échoué à donner des « principes simples, uniformes et invariables » permettant de faire le départ entre les lois prohibitives et non prohibitives. Il en déduit que c'est à l'esprit de la loi et à l'intention du législateur qu'il faut se référer pour y parvenir, tâche qu'il croit plus aisée avec la promulgation du Code¹⁸⁷⁶.

Dans la section VIII « Quelles personnes la loi oblige », il prend comme critère l'objet de la loi, et non plus l'effet, pour déterminer son champ d'application personnel. Le glissement s'opère de la même manière que chez Delvincourt : la loi, préceptive, prohibitive ou permissive *ab effectu*, peut être soit réelle, soit personnelle, soit de police et de sûreté *a subjecto* et c'est de cette dernière distinction que l'on infère si la loi commande aux seuls sujets ou si elle réunit sujets et étrangers dans une même soumission. Le raisonnement tenu pour l'article 6 projette ainsi une ombre portée sur l'article 3 : le statut prohibitif semble ainsi se trouver sur le point de bascule qui sépare l'ordre public interne et l'ordre public international.

Au moment d'aborder le cas des lois de police et de sûreté de l'alinéa 1^{er}, Toullier rétracte son ambition et se contente de reprendre les réflexions qu'avait développées Portalis dans son exposé des motifs sur le premier projet de loi, en ventôse an XI :

112. Un souverain ne peut commander qu'à ses sujets. Sa puissance ne s'étend point sur les étrangers. Cependant, s'ils viennent habiter sur son territoire, s'ils y voyagent, ils sont censés se soumettre aux lois et au souverain du pays. Les lois de l'hospitalité, qui dérivent du droit naturel, exigent que tout étranger respecte les lois du pays où il passe, ou dans lequel il réside, et qu'il s'y soumette ; d'autant mieux que, dans le cours de son voyage, et pendant le temps plus ou moins long de sa résidence, il est protégé par ces lois.

L'article 3 du Code civil n'a donc fait qu'énoncer une maxime de la raison naturelle, consacrée par le droit politique de toutes les nations, lorsqu'il a dit « que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. »

¹⁸⁷⁶ Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER, *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, 1^{ère} édition (révisée et mise à jour en prévision de la deuxième), t. 1, Paris, 1820, titre préliminaire, sections VI-VII, n°92-111, pp. 77-92, spéc. n°108-109, pp. 89-91 (avec les références). La quatrième édition en date de 1824 pour le tome 1^{er}, également consultée, est exactement la même que celle de 1820, avec une pagination identique.

113. Ainsi les étrangers qui délinquent sont justiciables des tribunaux du pays. Ils le sont même en matière civile dans beaucoup de cas...

114. Les lois ne commandent qu'aux personnes. Néanmoins, si l'on considère leur objet principal, on distingue celles qui ne sont relatives qu'à l'état et à la capacité des personnes, de celles qui règlent la transmission des biens. Les premières sont appelées lois personnelles, les secondes lois réelles.¹⁸⁷⁷

Là où ses développements précédents auraient pu lui permettre d'étudier quel genre de loi *ab effectu* sont les lois de police et de sûreté, si elles n'entrent pas dans la catégorie des lois prohibitives et si la défense qu'elles portent doit, pour être satisfaite, être impérativement respectée par les citoyens et les étrangers, Toullier s'en tient à une position prudente, qui traduit sa répugnance à s'engager sur le terrain des conflits de lois. Lui qui a pourtant démontré une certaine familiarité avec les questions relatives à la « matière des statuts », il reprend, très classiquement, les idées de souveraineté et de soumission présumée de l'étranger à la loi de l'Etat qui l'accueille (qu'il formule de manière universelle), ces mêmes idées qui ont justifié, dans l'esprit des Rédacteurs, la lettre de l'alinéa 1^{er} de l'article 3. Quelques décennies plus tard, Duvergier prendra appui sur Toullier pour développer des vues plus personnelles et plus centrées sur le conflit de lois¹⁸⁷⁸.

Jean-Baptiste-Victor Proudhon (1758-1838)¹⁸⁷⁹ est professeur de législation à l'Ecole centrale du Doubs de 1796 à 1802, puis, après la réorganisation de l'enseignement du droit, il devient professeur de droit civil, puis doyen, à Dijon à partir de 1804. Son *Cours de droit français*, dont la première partie porte *sur l'état des personnes et le titre préliminaire du Code Napoléon*, paru à Dijon en 1809, reconduit, sur la question de l'article 3, les idées que l'auteur avait émises avant la promulgation du Code, dans son *Cours de législation et de jurisprudence françaises sur l'état des personnes*, publié à Besançon en 1799. La comparaison des deux œuvres montre que le chapitre premier, qui comporte les « notions générales sur la loi et le droit » du *Cours de droit français* est le même que celui qui figurait déjà, dix ans auparavant, au chapitre deuxième du *Cours de législation*. A quelques aménagements et retranchements près opérés dans le second ouvrage, l'opinion de l'auteur ne s'est pas modifiée sur les grands principes qui lui semblent conduire la législation française et il est remarquable de constater qu'en 1799, il utilisait déjà le vocable de « lois de police ».

Ce chapitre premier, en sa section première, prend appui sur la distinction classique entre droit des gens (dont les usages doivent bénéficier à l'étranger présent sur le territoire) et droit civil. Proudhon subdivise alors le « droit civil » en droit public et en droit privé :

3°. On divise le droit civil en droit public et en droit privé.

Le droit public comprend les lois protectrices de la morale, du bon ordre, de la sûreté, et celles qui ont pour objet immédiat l'organisation du corps politique : telles sont les lois de police, sur la répression des délits ; celles qui défendent la polygamie, qui prohibent le mariage entre proches parents ; celles qui statuent sur la démarcation des autorités constituées ; celles qui soumettent la femme à l'autorité maritale, le fils mineur à la puissance paternelle, etc., etc.

¹⁸⁷⁷ Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER, *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, 1^{ère} édition (révisée et mise à jour en prévision de la deuxième), t. 1, Paris, 1820, titre préliminaire, section VIII, n°112-114, pp. 92-93. Les numéros suivants évoquent les alinéas 2 et 3, en citant, d'ailleurs, Bouhier, puis la règle *Locus regit actum*.

¹⁸⁷⁸ Sur les annotations de Duvergier sur la troisième édition du *Droit civil selon l'ordre du Code* de Toullier, parue en 1845, voir, *infra*, pp. 745-747.

¹⁸⁷⁹ Jean-Jacques CLERE, « PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 844-846.

Le droit privé renferme les lois directement portées pour régler les intérêts pécuniaires des citoyens entr'eux...¹⁸⁸⁰

La conception extensive du droit public que relaie Proudhon, à travers ce chapitre, et qu'il maintient inchangée même après l'entrée en vigueur du Code civil, comprend aussi bien des lois de police, qui sont directement mises en relation avec « la répression des délits », impliquant, par là, leur parenté avec les lois de sûreté, que des lois de pur droit privé, qui ont, toutes, pour trait commun d'entretenir un rapport soutenu avec l'ordre public. En visant ces dernières lois, qui sont réglementées par le Code, l'auteur entend démontrer qu'il n'est dans le pouvoir d'aucun particulier de les contourner ou de les violer et il ne fait aucun doute, dans son esprit, que la protection qui entoure ces lois d'un genre particulier s'applique, du point de vue du conflit de lois, aussi bien aux sujets qu'aux étrangers. Une approche extensive du droit public, qui déborde aussi largement sur des questions relatives au droit de la famille, autorise sans doute à étendre à ces dernières la valeur impérative attachée aux « lois de police et de sûreté ». De manière symbolique, la polygamie est déjà perçue, par un juriste du début du XIX^e siècle, comme contraire à l'ordre public international, puisque, proscrite formellement par le droit civil français, elle ne serait pas plus permise de la part d'un étranger. En effet, poursuivant juste après son exploration de la différence entre droit public et droit privé, Proudhon se rallie à l'idée classique, véhiculée par l'article 6 du Code, selon laquelle les dispositions de droit public prohibent formellement toute contravention à leur égard, tandis que les règles de droit privé, lorsqu'elles regardent l'intérêt d'un particulier, admettent que celui-ci puisse y renoncer ou y déroger par convention. Enfin, il conclut, sur la distinction public/privé, en subdivisant le droit civil en « droit personnel ou statuts personnels » et en « droit réel ou statuts réels »¹⁸⁸¹. Cet exposé général offre ainsi l'occasion à Proudhon de bien mettre dans des catégories distinctes les « lois de police et de sûreté » (alinéa 1^{er}), d'une part, qui sont de droit public et qui, pour cette raison, voisinent avec des lois d'ordre public qui ressortissent au droit privé le plus pur, les « lois réelles » (alinéa 2) et les « lois personnelles » (alinéa 3), d'autre part, qui ne sont que les réactualisations de la division bipartite traditionnelle. Il prépare ainsi le terrain à son étude de l'article 3.

Le chapitre cinquième de son *Cours de droit français* qui traite « des effets de la loi sous le rapport de son empire territorial » se présente comme la reprise et la réactualisation, sous le regard de l'article 3 du Code, du chapitre XIII du *Cours de législation*, qui s'attaquait à la « solution des questions mixtes ». Le conflit de lois prend, naturellement, le relai des conflits de coutumes. Après avoir, en introduction, annoncé son intention de commenter l'article 3 et distingué la force coactive de la loi (l'autorité du législateur, confinée au territoire) de sa force obligatoire (qui peut étendre ses effets partout où se trouve la personne et ses biens), et après avoir, dans la section 1^{ère}, évalué les importances respectives des deux critères de rattachement que sont le domicile et la nationalité, par

¹⁸⁸⁰ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Cours de droit français. Première partie sur l'état des personnes et le titre préliminaire du Code Napoléon*, 2^e édition, t. 1, Dijon, 1810 (également connu sous le nom de *Traité sur l'état des personnes*), chapitre premier, pp. 4-5. Comparer avec son *Cours de législation et de jurisprudence françaises sur l'état des personnes*, t. 1, Besançon, an VII (1799), chapitre II, article II, pp. 51-57, spéc. p. 51.

¹⁸⁸¹ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Cours de droit français. Première partie sur l'état des personnes et le titre préliminaire du Code Napoléon*, 2^e édition, t. 1, Dijon, 1810 (également connu sous le nom de *Traité sur l'état des personnes*), chapitre premier, pp. 5-6, spéc. p. 6 : « 4^o. On divise le droit civil en droit personnel et en droit réel. Le droit personnel, connu en jurisprudence sous la dénomination de *statuts personnels*, embrasse les lois qui régissent les qualités des personnes : telle est celle qui fixe la majorité. Le droit réel, ou les *statuts réels*, se composent des lois qui disposent des biens sans la volonté de l'homme : telle est celle qui règle les successions ab intestat ». Comparer avec son *Cours de législation et de jurisprudence françaises sur l'état des personnes*, t. 1, Besançon, an VII (1799), chapitre II, article II, pp. 51-57, spéc. pp. 53-54.

rapport au corps social auquel les individus s'identifient, Proudhon livre son sentiment sur l'article 3 dans les chapitres second et suivants¹⁸⁸². L'alinéa 1^{er} n'appelle, de sa part, qu'un jugement des plus brefs, qui est en consonance avec les idées qu'il a déjà exposées jusqu'alors :

En principe de morale et d'ordre public, l'homme est soumis aux lois du pays où il se trouve, et même, sous plusieurs rapports, aux lois du pays auquel il appartient ;
 Aux lois du pays où il se trouve, même accidentellement, parce que nul n'est reçu dans un Etat qu'à condition qu'il en respectera l'ordre et qu'il y sera passible des peines établies contre ceux qui se porteraient à l'enfreindre ;
 A celles de sa propre patrie, dans tout ce qui offenserait directement le pacte social par lequel il y tient...¹⁸⁸³

Le jugement qu'émet Proudhon en 1809, depuis l'avènement de l'article 3, est le même que celui qu'il portait en 1799 sur la question de la soumission éventuelle de l'étranger à la loi de l'Etat qui l'accueille sur son territoire. Il identifie bien les lois de police et de sûreté avec les lois d'ordre public et prend comme illustration principale du problème la sujétion de l'étranger à l'égard de la *lex loci delicti*, qui était déjà tenue pour acquise par la doctrine dès avant la Révolution et que les projets de codification portés par Cambacérès (auquel Proudhon dédie son ouvrage) n'avaient fait que renforcer. L'alinéa 1^{er}, au fond, n'a eu d'autre vertu que de graver dans le marbre de la législation cette règle déjà reçue et pratiquée par l'Ancien droit. Pour un auteur traditionnellement reconnu comme un des premiers fers de lance de la méthode exégétique, ne jurant que par le Code et faisant l'économie des autorités que pourraient lui apporter le droit romain ou les coutumes, Proudhon fait preuve, sur le sujet, d'un remarquable esprit de continuité qui le conduit à acclimater son enseignement sur les questions mixtes au cadre nouveau délimité par l'article 3 du Code civil. Cela rend d'autant plus intéressante la démarche de son successeur, Valette qui, annotant, en 1848, la troisième édition du traité sur l'état des personnes de Proudhon, fait part de ses opinions, nourries à la science du conflit de lois, pour compléter, amender et contrebalancer le discours du professeur dijonnais¹⁸⁸⁴.

2) L'Ecole de Paris : Duranton, Demante, Valette.

La génération de professeurs qui suit immédiatement les pionniers de l'Exégèse est la première à n'avoir pas fait ses études sous l'Ancien droit et à s'être formée au droit avec l'apprentissage du Code, sous l'Empire, puis sous la Restauration. Si elle ne méconnaît pas l'apport du passé, l'influence du Code se fait bien plus directe et ces professeurs prennent volontiers exemple sur leurs prédécesseurs pour construire leurs cours. Parmi cette génération, les trois noms qui suivent, en dépit de leurs différences d'âge et de tempérament, voire de parcours, dessinent les

¹⁸⁸² Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Cours de droit français. Première partie sur l'état des personnes et le titre préliminaire du Code Napoléon*, 2^e édition, t. 1, Dijon, 1810 (également connu sous le nom de *Traité sur l'état des personnes*), chapitre cinq, pp. 46-48 (introduction), 48-51 (section I), 51-54 (section II) et 54-59 (section III, sur le statut réel immobilier de l'al. 2).

¹⁸⁸³ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Cours de droit français. Première partie sur l'état des personnes et le titre préliminaire du Code Napoléon*, 2^e édition, t. 1, Dijon, 1810 (également connu sous le nom de *Traité sur l'état des personnes*), chapitre cinq, section II, pp. 51-52. Comparer avec son *Cours de législation et de jurisprudence françaises sur l'état des personnes*, t. 1, Besançon, an VII (1799), chapitre XIII, pp. 114-190, spéc. pp. 132-134. Le chapitre XIII termine sur des maximes générales, pp. 144-190, qui embrassent la matière des questions mixtes, à l'exemple des « principes généraux » du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* de Boullenois.

¹⁸⁸⁴ Sur les annotations de Duvergier sur la troisième édition du *Traité sur l'état des personnes* de Proudhon, parue en 1848, et sa discussion avec Valette, voir, *infra*, pp. 745-747.

contours d'une « Ecole de Paris » qui marque une pratique constante, pendant une bonne partie du XIX^e siècle, chez les professeurs de droit civil à la faculté de droit de Paris de s'adonner à l'exégèse du Code civil¹⁸⁸⁵.

Alexandre Duranton (1783-1866)¹⁸⁸⁶, advenu sur le tard à la carrière académique, après avoir exercé la profession d'avocat, est nommé professeur de procédure civile à Paris, avant de passer à la chaire de droit civil, où il exerce son magistère de 1822 à 1856. Le *Cours de droit français suivant le Code civil*, qui est le fruit de ses enseignements et qui paraît, en plusieurs éditions, à partir de 1825, réputé pour son parfait classicisme et sa recherche de neutralité, se ressent beaucoup de l'influence de son prédécesseur parisien, Delvincourt, alors qu'il aborde l'étude de l'article 3, alinéa 1^{er} dans le cadre de l'étude du Titre préliminaire, au chapitre II, section V « De l'effet de la loi quant aux personnes et aux biens ». La communauté d'idées est d'autant plus certaine que la méthode d'exposition est la même :

76. Nous avons dit que les objets principaux du droit ou des lois sont les personnes et les biens : de là, on a fait une division des lois en lois personnelles et en lois réelles.

77. Il en existe une troisième classe, celles qui ont pour objet de protéger la sûreté de l'État en général et des citoyens en particulier. On les appelle, dans un sens très étendu, *lois de police et de sûreté* (article 3 du Code Civil). Elles obligent tous ceux qui habitent le territoire français (*ibid.*).

Ceux qui ne sont que passagèrement en France sont également soumis à l'empire de ces lois. Il est juste, en effet, que l'étranger qui reçoit chez nous l'hospitalité n'abuse pas impunément du bienfait en troublant l'ordre social.

Sous la dénomination générique de lois de police et de sûreté, on comprend non seulement celles qui punissent les crimes, les délits, les contraventions, tels qu'ils sont définis par le Code Pénal et par d'autres lois ; mais on comprend aussi les ordonnances et les arrêtés rendus ou pris dans les moments d'urgence.¹⁸⁸⁷

Sur cette question, Duranton fait preuve d'une continuité remarquable, puisqu'il reconduit les idées qu'il vient d'exposer dans la première édition en date de 1825 dans les éditions suivantes, sans y apporter de retouche, ni invoquer une quelconque jurisprudence¹⁸⁸⁸. Il reproduit fidèlement la justification de l'existence de ces lois et de leur portée territoriale que donnaient déjà, à leur époque, les Rédacteurs, qui arguaient de l'obligation qui est faite à l'étranger de respecter les lois du pays qui l'accueille, en échange du « bienfait » qui lui est accordé. Sur ce point, Duranton n'apporte aucune idée nouvelle, puisque, comme Delvincourt, il y voit une catégorie de lois qui se déploie en dehors de la classification bipartite traditionnelle sur laquelle il est beaucoup plus disert¹⁸⁸⁹. Toutefois, il est davantage porté à entrer dans le détail des matières qui entrent dans le périmètre d'action des lois de police et de sûreté.

¹⁸⁸⁵ Sur l'Ecole de Paris, voir Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1^{ère} édition, 1996, n°32, pp. 62-63.

¹⁸⁸⁶ Jean-Louis HALPERIN, « DURANTON, Alexandre », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 387-388.

¹⁸⁸⁷ Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, 1^{ère} éd., Paris, 1825, section V, n°76-77, p. 47.

¹⁸⁸⁸ Ont été consultées, outre la première édition de 1825, la deuxième édition de 1828 et la quatrième de 1844.

¹⁸⁸⁹ Ces lois peuvent éventuellement se rattacher aux « lois qui sont destinées à la répression des faits qui troublent l'ordre social », auxquelles il identifie les lois pénales, et qu'il évoque dans la section 1^{ère} de son étude du titre préliminaire, au n°33, pp. 23-24 de l'édition de 1825. Sur la distinction entre statuts réels et personnels, à laquelle il ajoute les lois relatives aux meubles et à la forme des actes, voir Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, 1^{ère} éd., Paris, 1825, section V, n°79-93, pp. 48-53.

Antoine-Marie Demante (1789-1856)¹⁸⁹⁰, qui est professeur de droit civil à la faculté de droit de Paris de 1821 à 1856, se place dans la même ligne de pensée à l'égard de l'article 3 que Delvincourt et que son collègue Duranton dans le premier tome de son *Cours analytique de Code Napoléon*, publié à Paris en 1849, qui est l'enrichissement et la mise à jour de son *Programme du cours de droit civil*, paru, lui, entre 1830 et 1833. Son appréciation de l'article 3, alinéa 1^{er} s'effectue, de manière très classique, et à l'image de certains de ses prédécesseurs ou contemporains, en deux temps : une première approche très générale sur les différents types de lois et sur leurs effets, qui le conduit à distinguer les lois selon leur objet ; une deuxième qui se concentre sur l'article 3 du Code civil et lui permet de développer son opinion en matière de statuts réels et statuts personnels, selon une démarche qui doit beaucoup à l'Ancien Droit. La réédition et continuation que donne son ancien étudiant, Edouard Colmet de Santerre (1821-1903), du *Cours analytique* ne modifie en rien cet ordre, ni les développements qui sont y consacrés¹⁸⁹¹.

Dans la partie générale, contenue dans le titre « Du droit en général et du droit français en particulier », il part de la distinction entre lois naturelles, qui s'applique à tous les hommes, et lois positives ou arbitraires, qui ne s'adressent, en principe, qu'aux seuls membres de la société pour laquelle elles ont été faites. Mais cette dernière règle peut souffrir des exceptions, d'où la nécessité de garder en tête qu'il existe des lois réelles, des lois personnelles, des lois relatives à la forme des actes et, avant tout, des lois de police et de sûreté :

16. Ainsi, une branche importante du droit public de chaque peuple ayant pour objet de faire régner l'ordre sur son territoire, la soumission aux lois qui procurent ce grand bienfait doit être, pour tous, la condition du séjour ou de l'accès dans le pays. Cette condition peut certainement être imposée même aux étrangers, puisque, autrement, l'accès du territoire pourrait leur être refusé. Elle l'est d'autant plus justement qu'eux-mêmes profitent, pendant leur séjour, de l'ordre établi. C'est donc une règle constante que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire (v. C. civ., art. 3, al. 1), disons mieux, tous ceux qui se trouvent sur le territoire, ne fût-ce que passagèrement.¹⁸⁹²

Dans le prolongement des travaux qui l'ont précédé, Demante rattache les lois de police et de sûreté à la législation publique du pays, par opposition à la législation civile (qui comprend, elle, les lois réelles et personnelles), en reprenant une argumentation directement tirée de l'intention des Rédacteurs, telle qu'elle se révèle à la lecture des travaux préparatoires.

Dans la partie spécialement dédiée au titre préliminaire du Code civil, l'étude de l'article 3 se prolonge, au fil des annotations de l'auteur (qui ne sont pas modifiées par son continuateur), de considérations très générales sur la théorie des statuts et la division bipartite, à laquelle il substitue immédiatement une division tripartite, incluant les lois relatives à la forme des actes. Demante s'autorise à invoquer, pour défendre ses thèses, Prévost de la Jannès, Boullenois, Cochin, Lebrun, d'Aguesseau, toujours à propos du cinquante-quatrième plaidoyer, Pothier et Delvincourt, chez qui il a, sans doute, puisé une bonne partie de son inspiration pour développer ses opinions¹⁸⁹³. Les lois

¹⁸⁹⁰ Nader HAKIM, « DEMANTE, Antoine-Marie », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 320-322.

¹⁸⁹¹ Ont été consultés : Antoine-Marie DEMANTE, *Programme du cours de droit civil*, t. 1, Paris, 1830, pp. 7-11 et 27-28 ; ID., *Cours analytique de Code civil*, t. 1, articles 1 à 228, Paris, 1849, utilisée ci-après ; ID., *Cours analytique de Code civil, continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, t. 1, Paris, 1881, pp. 6-7, 9-10 et 49-56.

¹⁸⁹² Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, articles 1 à 228, Paris, 1849, introduction, n°8, 11 et 15-17, pp. 6-7 et 9-10, spéc. n°16, p. 9.

¹⁸⁹³ Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, articles 1 à 228, Paris, 1849, titre préliminaire, n°10 et 10bis, I à VI, pp. 44-51.

de police et de sûreté, par contraste avec les autres lois, ne font l'objet, cependant, que de quelques brèves remarques qui ne font, au fond, que synthétiser les idées très générales émises par ses prédécesseurs :

10. Quant aux personnes et au territoire, l'effet de la loi française se règle par la distinction faite précédemment entre les lois de police et de sûreté, les lois personnelles et les lois réelles...

10 bis. I. [*Aux lois réelles et personnelles, le législateur a entendu ajouter les lois de police et de sûreté.*] Quant aux lois de police et de sûreté, elles tendent à faire régner la paix et le bon ordre sur le territoire soumis à l'empire du législateur, soit en prévenant par certaines précautions, soit en réprimant par des peines, les atteintes qui y seraient portées. Chaque peuple étant maître de fermer son territoire aux étrangers, il est évident qu'il ne les y admet qu'à la charge d'observer les conditions d'un ordre qui, du reste, profite aux étrangers eux-mêmes pendant leur séjour.

Ce sont là des principes de raison qui font partie du droit naturel commun à tous les peuples. Notre législateur les a proclamés ici par rapport aux personnes françaises et au territoire français, parce qu'il n'a à s'occuper que de la France. Mais c'est sans préjudice de leur application aux personnes étrangères et au territoire étranger.¹⁸⁹⁴

Malgré sa présentation et malgré son inclination pour une division tripartite, voire quadripartite, des lois, Demante ne fait que greffer les lois de police et de sûreté au rameau que représente la distinction entre lois réelles et lois personnelles. Il n'explique la présence de l'article 3, alinéa 1^{er} qu'en y voyant une déclaration de souveraineté, dont l'une des exigences fondamentales est que tous, aussi bien les nationaux que les étrangers qu'il accueille, respectent l'organisation de l'Etat et l'ordre public. Il défend la vision, désormais bien installée, qui veut que le maintien de l'ordre public et le respect des dispositions de police soient la contrepartie de la protection que les lois offrent aux nationaux et des étrangers. Il admet, finalement, que le législateur de 1804 n'a eu qu'une visée particulariste et unilatérale de l'effet international des lois françaises et semble reconnaître que les conflits de lois dépassent, de loin, cette approche restrictive.

Professeur emblématique de la chaire de droit civil de la faculté de droit de Paris, où, en 1837, il succède à Delvincourt, et où il exerce jusqu'à sa mort, Claude-Denis-Auguste Valette (1805-1878)¹⁸⁹⁵ se détache de la simple interprétation téléologique de l'article 3 et de la recherche de l'intention du législateur, qui prédominent encore chez ses confrères, pour aborder avec intérêt la question des conflits de lois. Grand connaisseur des revues juridiques et prompt à échanger avec ses pairs, Valette ne s'enferme pas dans la tour d'ivoire du droit civil : il s'appuie sur les travaux, qu'il cite en référence, de Jean-Jacques-Gaspard Foelix, dont *le Traité du Droit international privé* est paru en 1843, et qui a codirigé avec lui la *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, et du continuateur de celui-ci, Charles Demangeat. Il manifeste son intérêt en deux temps : d'abord, dans l'annotation qu'il donne sur le passage que Proudhon a consacré à l'article 3 dans la réédition et mise à jour qu'il mène du *Cours de droit français* de ce dernier, à partir de 1842, puis, de manière bien plus condensée, dans le commentaire à l'article 3 qui figure dans son *Explication sommaire du livre premier*, parue en 1859. D'ailleurs, Valette y renvoie expressément son lecteur à l'annotation qu'il a faite du *Cours* de Proudhon :

¹⁸⁹⁴ Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, articles 1 à 228, Paris, 1849, titre préliminaire, n°10 et 10bis-I, pp. 44-45, où l'auteur renvoie au passage précité de son introduction.

¹⁸⁹⁵ Nader HAKIM, « VALETTE, Claude-Denis-Auguste », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 993-994.

III. C'est encore une étude assez ardue que celle du conflit des lois françaises et étrangères ou de l'application à faire aux étrangers, soit des lois de leur pays, soit des lois françaises, selon les cas. Le Code déclare d'abord nos lois de police et de sûreté applicables à tous ceux qui habitent le territoire (ou plutôt qui s'y trouvent, ne fût-ce qu'en passant), et cela sans s'inquiéter de leur nationalité (art. 3).

[*Puis, après avoir évoqué les alinéas 2 et 3, il conclut :*]

Et, par corrélation naturelle avec ce que l'article 3 dit des Français, il est admis sans difficulté que, en règle générale, et sauf les dérogations que la nécessité des choses peut exiger, soit pour la sûreté des nationaux en France, soit pour le maintien de quelque principe d'ordre public, il faudra faire aux étrangers l'application de leurs propres lois en ce qui concerne leur état et leur capacité.¹⁸⁹⁶

Cette synthèse offre donc à Valette l'occasion d'insister sur une idée qui lui est chère, à savoir que l'étranger a le droit de réclamer des tribunaux français la libre application de sa loi nationale (ou de celle son domicile) en matière de statut personnel et d'être mis sur un pied d'égalité et de réciprocité avec le Français, mais que ce droit est nécessairement conditionné au respect de la « sûreté » (entendre : des lois de sûreté), que réclame les ressortissants nationaux dans leur propre pays et au « maintien de quelque principe d'ordre public ». Sa présentation fait bien ressortir que ces impératifs tenant à la sûreté et à l'ordre public ne sont que des dérogations à la « règle générale » : l'application bilatérale de la loi nationale (ou domiciliaire) à l'état et à la capacité des personnes. Il dessine là, en lui conférant des traits encore peu appuyés, la moderne exception d'ordre public, qui se déploie fréquemment dans les questions relatives au statut personnel, du fait de l'extraterritorialité de principe qui s'attache à ce dernier.

En effet, à l'époque où il réédite le *Cours* de Proudhon, donc à partir de 1842, pour l'enrichir de ses observations personnelles, parfois critiques, à travers des notes portées au texte, Valette remet en perspective les affirmations un peu datées de Proudhon pour les éclairer sous un jour nouveau : celui du droit international privé, sous sa forme moderne, dont Foelix se voulait le promoteur, en France, à travers ses articles dans la *Revue étrangère et française* et son *Traité*. Il se sent ainsi autorisé à réévaluer les assertions de l'auteur à l'aune des évolutions qu'a connues une matière qui était encore très largement inconnue ou méconnue à l'époque de Proudhon. Il apporte alors des précisions sur les lois de police et sur l'exception d'ordre public :

1) Sur les lois de police, il prend une position relativement classique à leur sujet en insistant sur la « juste réciprocité » qui fonde, en échange de la protection qu'il peut lui réclamer, la sujétion de l'étranger *ratione delicti* à la loi française, que le fait reproché soit du ressort de la police ou qu'il soit de nature pénale :

En ce qui concerne les faits illicites, nous ferons la remarque suivante : l'étranger qui se trouve en France étant soumis à nos lois de police et de sûreté, par une juste réciprocité, il trouve dans ces mêmes lois une protection efficace, qui ne le distingue pas des Français. Par application de ce principe, on a jugé que la loi du 10 vendémiaire an 4, qui rend les communes responsables lorsque des délits contre les personnes ou les propriétés ont été commis sur leur territoire par des attroupements ou des rassemblements, pouvait être invoquée dans l'intérêt des étrangers (voir l'arrêt de la Cour de cassation [*Debon*] du 17 novembre 1834).¹⁸⁹⁷

¹⁸⁹⁶ Auguste VALETTE, *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon et des lois accessoires*, Paris, 1859, Indication des matières traitées dans le titre préliminaire du Code, III, pp. 4-5 et les notes.

¹⁸⁹⁷ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire*, 3^e éd. par Auguste VALETTE, t. 1, Paris, 1842, chapitre cinq, section II, pp. 86-90, observations, p. 89. Idem pour l'édition de 1848.

En transcrivant, presque en termes exacts, la solution de principe posée par la Cour de cassation lors de l'arrêt *Debont* du 17 novembre 1834¹⁸⁹⁸, Valette reflète l'attention nouvelle qu'une partie de la doctrine civiliste porte désormais à l'activité jurisprudentielle et témoigne d'une prise de conscience grandissante du lien indéfectible de parenté qui unit la matière civile à celle des conflits de lois (même lorsque celui-ci porte sur le droit public ou pénal). La Cour, au demeurant, n'a fait que reconduire une motivation – celle de la « juste réciprocité » – qui était déjà l'une de celles qui étaient évoquées par les Rédacteurs eux-mêmes.

2) Sur l'exception d'ordre public, Valette s'appuie ouvertement sur les travaux de Foelix pour commenter le chapitre V, en sa section première. Après avoir passé en revue, grâce à Foelix, l'état de la législation européenne en matière de loi applicable à l'état et à la condition des étrangers, l'annotateur constate que le Code civil n'a pas apporté de réponse certaine dans son article 3, l'alinéa 3 ne traitant pas de la soumission des étrangers à la loi française, comme le font l'alinéa 1^{er} et l'alinéa 2. Prenant appui sur les travaux préparatoires, il en déduit quelle a été l'intention du législateur de 1804 et porte sa propre appréciation sur la question :

Il paraît résulter de cette discussion [au Conseil d'Etat lors de la rédaction du Code] que l'on était disposé à laisser les étrangers soumis à leur loi personnelle ; toutefois, le silence du Code laisse, à cet égard, une certaine latitude à la doctrine.

Voici, à cet égard, quelle serait notre théorie. Nous appliquerons, en général, à l'étranger la loi personnelle étrangère ; mais ce principe souffrira des modifications dans notre intérêt. Nous ne reconnaitrons pas chez nous un état que nos lois considèrent comme contraire à l'ordre public, par exemple l'esclavage ou la polygamie. En outre, si l'étranger faisait en France des conventions avec des Français, nous lui appliquerions, relativement à sa capacité, la loi française s'il résultait un préjudice pour les Français de l'adoption de la loi étrangère. Si, donc, l'étranger, mineur d'après sa loi, est majeur d'après la loi française, nous lui appliquerons le Code civil. Car il n'y aurait plus de sécurité pour les Français qui ont contracté avec lui, si un étranger, âgé de plus de 21 ans, pouvait se faire restituer contre ses engagements en alléguant qu'il est mineur dans son pays.

La jurisprudence paraît être entrée dans cette voie ; un arrêt de la Cour royale de Paris, du 17 juin 1834, rejeta la demande en nullité d'une obligation contractée par un étranger mineur qui avait atteint la majorité française. Si, au contraire, l'étranger mineur d'après la loi française était majeur d'après la loi de son pays, nous le considérerions comme majeur. En effet, d'une part, il ne peut pas se plaindre de l'application de la loi de son pays ; et, d'autre part, il ne peut en résulter aucun préjudice pour les tiers (voir, toutefois, ce que dit M. Foelix, *Revue française et étrangère*, 7^e année, p. 608.¹⁸⁹⁹).¹⁹⁰⁰

Dans la conception que se fait Valette de l'exception d'ordre public à l'égard du statut personnel, celui-ci est destiné autant à prévenir les conséquences indésirables en matière d'état et de capacité des personnes nées de l'application d'une loi étrangère – sur le fondement de la règle donnant compétence à la loi nationale – sur le territoire français qu'à protéger un intérêt français, si celui-ci courait un risque d'être lésé, ou induit en erreur, par une majorité supposée. Mais l'exception d'ordre public, telle que l'entend Auguste Valette à propos de l'arrêt de la Cour royale

¹⁸⁹⁸ Sur cet arrêt *Debont*, voir *Dalloz Périodique*, 1834, 1^{ère} partie, p. 416 (cité ci-après en respectant la forme suivante : *Dalloz Périodique*, 1834, I, 416) et, *infra*, pp. 800-801. Charles Demolombe cite également cet arrêt à l'appui de ses considérations sur les lois de police et de sûreté : voir, *infra*, pp. 743-745.

¹⁸⁹⁹ Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, « Du conflit des lois de différentes nations, ou du droit international », *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, t. 7, Paris, 1840, 5^e partie, n°52-78, pp. 608-656, qui commente l'arrêt *Fontellas* de la Cour d'appel de Paris du 17 juin 1834 aux n°52-54, pp. 608-613.

¹⁹⁰⁰ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire*, 3^e éd. par Auguste VALETTE, t. 1, Paris, 1842, chapitre cinq, section I, pp. 80-86, observations, pp. 85-86.

de Paris, se teinte fortement, en l'espèce, de la coloration propre aux lois de police, puisqu'il en préconise l'application immédiate et impérative, au détriment de la règle de conflit. En ceci, l'illustre professeur parisien marque son désaccord avec la position défendue par Foelix et Demangeat, qui n'acceptent de faire prévaloir la loi personnelle de l'étranger qu'à condition de réserver l'exception au cas de manœuvre frauduleuse de la part de celui-ci¹⁹⁰¹. Mais il rejoint volontiers les vues de Charles Demolombe, qui, dans son *Cours de Code Napoléon*, cantonne l'exception à l'hypothèse où l'application de la loi nationale de l'étranger (en l'occurrence, l'état de minorité, qui justifie la demande de *restitutio in integrum*) « devait compromettre un intérêt français, même privé »¹⁹⁰². Cette solution n'est pas nouvelle, puisqu'elle avait déjà été envisagée par les juristes de l'Ancien droit, qui y avaient été confrontés dans le cadre du conflit de coutumes. L'arrêt *Fontellas* rendu par la Cour royale de Paris, le 17 juin 1834¹⁹⁰³, s'inscrit dans cette tendance jurisprudentielle que couronnera, quelques années après, l'arrêt *Lizardi* rendu par la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 16 janvier 1861¹⁹⁰⁴. Ainsi, Valette fait partie, avec Demolombe, de cette génération de civilistes qui s'ouvrent progressivement à la science du conflit de lois et qui n'hésitent plus à prendre position sur des questions de droit international privé.

3) L'âge d'or de l'Exégèse : Marcadé, Demolombe, Duvergier.

Comme le démontre l'exemple de Valette, qui se rapproche d'eux sur bien des aspects, les juristes, au milieu du XIX^e siècle, qui se livrent à l'exercice de l'exégèse du Code civil, sont, pour l'essentiel, des figures respectées et reconnues dans leur domaine de compétence : le droit civil français. Ils ne sont, d'ailleurs, pas tous des professeurs et les profils se diversifient quelque peu. Dès lors, ils ne se contentent pas de perpétuer, à leur manière, l'indispensable travail d'interprétation du Code qu'avaient lancé leurs prédécesseurs : ils y apportent le fruit de leur expérience du métier d'avocat, ainsi que le prouvent Marcadé et Duvergier, voire en conjuguant théorie et pratique, comme l'atteste le cas emblématique du professeur et avocat consultant, Demolombe. L'éloignement temporel croissant depuis 1804 leur permet de prendre du champ par rapport à la lettre du texte sans, pour autant, se détacher du Code et de faire des œuvres plus personnelles, plus originales, plus tournées vers la jurisprudence et, donc, plus portées sur les discussions ou les controverses doctrinales.

Bien qu'il soit reconnu pour son indépendance d'esprit et sa liberté de ton, l'avocat Victor-Napoléon Marcadé (1810-1854)¹⁹⁰⁵, dans son *Explication théorique et pratique du Code civil*, pour ne retenir que son titre le plus célèbre, est davantage tourné vers le passé que vers le présent au moment d'aborder l'article 3, alinéa 1^{er}. S'il n'hésite pas à aborder en détail la distinction des statuts

¹⁹⁰¹ Outre l'article précité à la note 1899, voir Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, *Traité de droit international privé*, Paris, 1^{ère} édition, 1843, livre II, titre I, chapitre II, n°64, pp. 112-117, et Charles DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France, dans l'ancien et le nouveau droit*, Paris, 1844, n°62, spéc. pp. 373-374 et 374 et ID., « Du statut personnel », *Revue pratique de droit français*, t. 1^{er}, Paris, 1856, pp. 49-66, spéc. p. 56. Alexandre DURANTON, dans son *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e édition, t. 1, Paris, 1844, p. 57, note 1, défend l'application de la règle de conflit et, comme Demangeat, fait retomber la faute sur le Français imprévoyant.

¹⁹⁰² Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, t. 1. Traité de la publication, des effets et de l'application des lois ; de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes d'état civil, du domicile*, 4^e édition, Paris, 1869, n°98 *in fine* et 102 (où il expose en détail le système de l'intérêt français), pp. 109 et 115-117.

¹⁹⁰³ Cour d'appel de Paris, 17 juin 1834, *Fontellas* : *Dalloz Périodique*, 1838, II, p. 215.

¹⁹⁰⁴ Cour de cassation, chambre des requêtes, 16 janvier 1861, *Lizardi* : *Dalloz Périodique*, 1861, I, p. 193 ; *Recueil Sirey*, 1861, I, 305 (note Massé). Voir *Grands arrêts*, n°5, pp. 39-46.

¹⁹⁰⁵ Nader HAKIM, « MARCADE, Victor-Napoléon », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 697-699.

réels et des statuts personnels, sans oublier les meubles et la forme des actes personnels, les lois de police et de sûreté ont droit à une définition qui se veut nouvelle, mais qui est, en réalité, tout à fait conforme à la tradition du premier XIX^e siècle. Cette définition est, d'ailleurs, demeurée inchangée au fil des éditions, y compris dans la réédition-réactualisation que son ami Paul Pont a prise à sa charge avec fidélité. Après avoir estimé que toutes les lois sont, par nature, personnelles (parce qu'elles sont prises « dans l'intérêt unique des personnes »), il remarque que, du point de vue de leur objet, elles peuvent avoir en vue les personnes ou les choses « avec lesquelles les personnes sont en relation », inaugurant la distinction qu'il approfondira, par la suite, entre lois personnelles et lois réelles. Le premier but de sa démonstration est de rappeler que les lois de police sont intrinsèquement personnelles, conformément à l'idée qu'il énonce plus haut :

Article 3. I. — Cet article nous présente une nouvelle classification des lois, laquelle les divise, sous le rapport de leur objet, en trois espèces :

1^o Les lois de police ;

2^o Celles s'occupant particulièrement des biens, et qu'on appelle lois réelles ou statuts réels ;

3^o Celles déterminant l'état et la capacité des personnes, et qu'on appelle lois personnelles ou statuts personnels.

...

Maintenant, les lois personnelles, ainsi opposées aux lois réelles, se subdivisent encore en deux classes, selon qu'elles s'occupent des personnes en tant seulement qu'elles habitent le territoire, ou qu'elles s'y attachent pour les suivre en quelque lieu qu'elles aillent. Dans le premier cas, on les appelle *lois de police* ; dans le second, elles conservent, dans un sens tout spécial, le nom de *lois personnelles*, pris alors dans une troisième et dernière acception. C'est ainsi qu'on a la division tripartite des *lois de police, réelles, et personnelles*.

II. — Les lois de police et de sûreté sont celles qui ont pour objet le maintien du bon ordre et de la tranquillité publique. Elles obligent tous ceux, sans exception, qui habitent le territoire, même les étrangers. Il est juste, en effet, que, protégés eux-mêmes par ces lois, ils les respectent à leur tour et n'aient pas le privilège absurde de venir impunément jeter le trouble dans le pays qui leur donne l'hospitalité. L'étranger, donc, en mettant le pied sur le sol d'une nation, doit comprendre qu'il s'oblige *ipso facto* à respecter toutes les lois de police qui y sont en vigueur.¹⁹⁰⁶

Marcadé insiste davantage, dans le raisonnement qu'il tient au sujet des lois, considérées du point de vue de leur effet, sur ce qui les unit davantage que sur ce qui les sépare. Il défend une division tripartite, qui se veut « nouvelle » et qui place les lois de police et de sûreté sur un pied d'égalité avec les lois réelles et les lois personnelles : il ne les exclut plus du champ des lois de droit civil, ainsi que le faisaient encore régulièrement ses prédécesseurs, et c'est sans doute, en cela, une véritable nouveauté. Il incline volontiers à qualifier, de manière générique, cette classe de lois visées à l'alinéa 1^{er} du Code de « lois de police », sortant de la lettre du texte. Son idée fondamentale est de tenir toutes les lois, considérées, cette fois-ci, du point de vue de leurs destinataires, pour « personnelles » et c'est pour cette raison qu'il explique que les lois de police ne sont, au fond, qu'une déclinaison de ces lois personnelles, qu'il faut ranger aux côtés des lois relatives au statut personnel. Les lois de police s'adressent à la personne présente sur le territoire, lorsque les lois relatives au statut personnel suivent la personne en quelque lieu qu'elle aille. Mais, de ces distinctions qui se veulent logiques, il ne tire aucune conclusion qui soit propre à éclairer la notion

¹⁹⁰⁶ Victor-Napoléon MARCADE, *Cours élémentaire de droit civil français, ou Explication théorique et pratique du Code civil*, 4^e éd., t. 1, Paris, 1850, titre préliminaire, article 3, § I-II, pp. 48-50. Ont également été consultées les éditions de 1844 et 1847 (sous le titre de *Éléments de droit civil français*), puis celles de 1873 et 1884, assurées par Paul Pont (sous le titre de *Explication théorique et pratique du Code civil*).

de « lois de police » sous un jour nouveau. La définition qu'il en donne, dans le deuxième paragraphe, renoue avec la vulgate maintes fois diffusée par les exégètes à partir des travaux préparatoires. Il est d'autant plus surprenant de constater que Paul Pont, dans la huitième édition qu'il donne de *l'Explication théorique et pratique*, en 1884, n'a pas annoté le paragraphe relatif aux lois de police pour y diffuser l'éclairage critique que la pratique jurisprudentielle n'aurait pas manqué de projeter sur une définition quelque peu vieillie¹⁹⁰⁷.

Charles Demolombe (1804-1888)¹⁹⁰⁸, par sa longévité et par l'influence exercée par le magistère intellectuel de son *Cours de code civil*, est peut-être la figure la plus emblématique et la plus connue parmi les Exégètes et, fort de sa longue expérience de professeur à Caen, y a gagné un surnom de « Prince de l'Exégèse » qui ne correspond peut-être pas à la réalité de son œuvre, à la méthode qu'il a suivie pour la bâtir et aux ambitions qu'il s'est fixées. Se tenant à une observation rigoureuse du texte de loi, il sollicite tous les matériaux qui lui permettent de construire une réflexion riche, argumentée et souvent tournée vers la dialectique, l'histoire ou la jurisprudence. Les questions de droit international privé, qui interrogent l'inadéquation des règles contenues dans le Code aux évolutions de la société et du droit, retiennent son attention et il n'hésite pas à y consacrer de très amples développements¹⁹⁰⁹.

Le long développement que consacre Demolombe aux lois de police dénote cet état d'esprit : dès l'introduction de son propos, dans la deuxième section du chapitre III de son étude sur le titre préliminaire, la doctrine française des statuts est citée en référence et il renvoie volontiers aux ouvrages de Froland, Boullenois et Bouhier. Il estime même que « les principes anciennement reçus de province à province, pourront être souvent ici d'un grand secours ; toutefois, ils ne devront être appliqués qu'avec discernement à une situation, qui est loin d'être la même », les conflits entre lois souveraines n'ayant pas la même dimension, ni toujours les mêmes enjeux que les conflits de coutumes. De même, il construit son raisonnement à partir d'arrêts qu'il a lui-même collectés et qu'il cite volontiers en référence : l'apport de cette jurisprudence est particulièrement importante, comme il le sera vu plus loin, pour cerner la typologie des lois de police.

La définition qu'il en donne, au § 71, est, en revanche, des plus classiques et repose sur une interprétation conforme à la pensée du législateur de 1804, mais elle s'inscrit également dans la lignée de l'Ancien droit, comme le signalent certaines références :

71. — L'effet des lois de police et de sûreté est d'obliger tous ceux qui habitent le territoire.

Tous... étrangers ou nationaux ;

Qui habitent, c'est-à-dire qui s'y trouvent, même accidentellement, même passagèrement.

Et il faut bien qu'il en soit ainsi : 1° il n'y aurait, sans cela, ni ordre ni police possibles ; 2° ces mêmes lois protègent tous les individus sans distinction, car non seulement l'étranger est obligé par elles, mais il en profite, il peut les invoquer. Les devoirs de l'hospitalité, de l'humanité, l'ordre public, enfin, du pays, c'est-à-dire notre propre intérêt, le commandent et telle est certainement la pensée de l'article 3 (Cass., 17 nov. 1834, *Debont*, D., 1834, I, 416).

¹⁹⁰⁷ Victor-Napoléon MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 1, 8^e édition par Paul PONT, Paris, 1884, article 3, n° I et II, n°65-67, pp. 58-59.

¹⁹⁰⁸ Jacqueline MUSSET, « DEMOLOMBE, Jean-Charles », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 324-325. Voir, aussi, ID., « Un célèbre juriste caennais du XIX^e siècle : Demolombe », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1995, n°1, p. 85-91.

¹⁹⁰⁹ Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, I : Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général ; de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile*, 4^e édition, Paris, 1869, n°68-108, pp. 80-124.

Dès lors aussi, la réciprocité et le propre intérêt de l'étranger lui-même exigent qu'il se soumette à ces lois ; car c'est, tout à la fois, la condition et le moyen de la protection qu'il reçoit d'elles... *intrasti urbem, ambula juxta ritum ejus*¹⁹¹⁰ (voyez l'article 272 du Code pénal).

74. – Si les lois de police obligent tous les individus, étrangers ou Français, qui se trouvent en France, réciproquement, elles n'obligent pas, en général, ceux, étrangers ou même Français, qui se trouvent en pays étranger ; car elles ont principalement pour but l'ordre intérieur et la police territoriale du pays (Cass., 26 septembre 1839, *Bertin, Dev.*, 1840, I, 64)¹⁹¹¹.

Toutefois, cette proposition est susceptible d'importantes modifications (voyez, à cet égard, les articles 5, 6, 7 du Code d'instruction criminelle, et le décret du 23 octobre 1811).¹⁹¹²

A travers une interprétation de l'alinéa 1^{er} qui insiste tout à la fois sur les finalités d'ordre public et de « police territoriale » qui lui sont assignées et sur la réciprocité qui engage l'étranger présent sur le territoire à l'égard des lois qui lui accordent leur protection, l'auteur se laisse guider par la jurisprudence de la Cour de cassation, en mettant en avant les arrêts *Debont*, déjà cité par Valette, et *Bertin*. C'est aussi la jurisprudence qui, à travers l'arrêt *Fontellas*, l'exhorte à défendre « l'intérêt français » quand l'intérêt d'un Français a à souffrir de l'application du statut personnel d'un étranger qui a échappé à ses prévisions¹⁹¹³. Fervent partisan de la règle de conflit ordinaire donnant compétence à la loi nationale, Demolombe n'hésite pas, en raison d'un intérêt jugé supérieur, et, d'ailleurs, favorable au développement des échanges en déjouant les mauvaises surprises et les manœuvres frauduleuses, à justifier l'application de la loi française à la capacité du mineur étranger qui se serait fait passer pour majeur lors de la conclusion de l'acte, pour se rétracter, ensuite, au détriment de son cocontractant français.

S'il reste relativement fidèle à l'héritage doctrinal de l'Ancien droit et du Code civil dans son exégèse de l'article 3, alinéa 1^{er}, Demolombe a entériné la rupture qu'a opérée le Code civil avec l'Ancien droit sur la question des conditions de l'assujettissement de l'étranger aux lois de police. Au XVIII^e siècle, Bouhier et Boullenois avaient admis que l'étranger excipe de son ignorance de bonne foi des règlements de police pour échapper à leur application, mais ils continuaient de débattre sur le point de savoir de quel délai les juges devaient se satisfaire pour apprécier la bonne ou mauvaise foi de l'étranger qui invoquait son ignorance. Sans s'arrêter, semble-t-il à l'argument le plus décisif qui est celui qui se tire de l'abrogation par le code civil du *jus commune* qui a, longtemps, constitué l'étalon auquel se mesurait le caractère exorbitant ou odieux de règlement de police local, les exégètes se soumettent à la lettre de l'article 3, alinéa 1^{er}, la formulation péremptoire et inconditionnelle de cette disposition n'admettant plus en principe qu'il soit dérogé, pour une telle raison, à l'application et à la compétence des lois de police et de sûreté sur l'ensemble du territoire. Déjà, Merlin, dans son *Répertoire universel et raisonné* de jurisprudence, peu après la promulgation du Code, alors qu'il n'avait pas osé remettre en cause la doctrine de l'ignorance de la loi par l'étranger, observait : « cette doctrine, dont l'application aurait été, dans tous les temps, très délicate et très dangereuse, ne peut plus être admise aujourd'hui. L'article 3 du Code civil porte que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire : il proscrie donc toute différence que l'on voudrait mettre à cet égard entre un Français et un étranger. Or, il est certain qu'un Français ne peut pas être excusé d'un délit, même correctionnel ou de simple police, sous prétexte qu'il

¹⁹¹⁰ Formule que l'auteur reprend, une nouvelle fois, directement, de Louis Boullenois, dans la onzième observation de son *Traité* (voir, *supra*, p. 448).

¹⁹¹¹ *Recueil Sirey*, 1840, I, pp. 64-65.

¹⁹¹² Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, I : Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, *op. cit.*, 4^e édition, 1869, n°71-74, pp. 84-87.

¹⁹¹³ Sur l'arrêt *Fontellas*, voir, *supra*, pp. 740-741 et, surtout, *infra*, pp. 834-835.

ignorait, en le commettant, la loi ou le règlement qui le prohibe et le punit ».

Demolombe aborde, au § 73, la question de l'excuse légitime, ou non, d'ignorance de la loi de police applicable que l'étranger nouvellement arrivé en France pourrait alléguer, non pas à l'encontre d'une loi répressive, mais d'un simple règlement de police. Se demandant, dans un premier temps, si « l'étranger nouvellement arrivé en France ne pourrait (...) pas invoquer comme excuse légitime son ignorance, [non] des lois répressives de ces actions partout et universellement mauvaises, mais du moins de ces règlements de police locaux et arbitraires que nul ne peut deviner », il justifie la négative par « l'intérêt général » : « on n'en finirait pas, en effet, avec toutes ces questions d'ignorance particulière et de bonne foi personnelle, en matière de police ». Il souligne, au passage, que les textes de lois ne prévoient pas ce cas de figure. Cependant, dans un second temps, et après avoir longuement soupesé le pour et le contre, il en arrive à une réponse nuancée, admettant qu'il soit dérogé au principe excluant toute considération d'ignorance, en cas de « force majeure et d'impossibilité ». Seule l'impossibilité absolue peut fonder une exemption¹⁹¹⁴. Ainsi, Demolombe, sur cette question qui agitait beaucoup les auteurs de l'Ancien droit, comme Boullenois et Bouhier, reflète l'opinion qui prévaut depuis 1804 : le principe est désormais, comme l'exprime Merlin, que l'étranger est assujéti aux lois de police, dès son entrée sur le territoire, quand bien même il les ignorerait. C'est reconnaître que l'impératif de maintien de l'ordre public, de « police » a désormais pris le pas sur toute autre considération et que l'affirmation générale et absolue contenue dans l'article 3 alinéa 1^{er} doit s'entendre, pour l'étranger résidant ou voyageant dans le territoire, de manière pleine et entière, en sorte qu'elle ne souffre pas dérogation, sauf le cas de force majeure.

Faisant exception à l'impressionnant cortège académique dans lequel il prend place par défaut, Jean-Baptiste Duvergier (1792-1877)¹⁹¹⁵ présente des liens très lâches et très artificiels avec les Exégètes : n'étant pas professeur de droit, mais avocat, il n'a laissé, à la différence de Marcadé, aucun commentaire en nom propre sur le Code et ne doit de figurer ici que pour avoir annoté le *Droit civil français* suivant l'ordre du Code de Toullier, entreprise qu'il mène à partir de 1832. Mais il sait imprimer sa marque sur les analyses du professeur rennais et les infléchir dans un sens plus conforme à ses opinions libérales. Ainsi, certaines des notes qu'il consacre aux développements de l'auteur lui permettent d'exposer ses propres vues et d'engager les discussions avec ses contemporains sur des questions de droit qui lui sont chères, comme le fait, à la même époque, Valette. De fait, l'article 3 est l'occasion pour lui de signifier l'intérêt qu'il prend à traiter de la matière du droit international privé. Il rebondit sur le troisième alinéa pour se plonger dans le débat qui oppose, d'un côté, Valette et Demolombe, partisans de la défense de « l'intérêt français » comme juste motif de déroger à la règle de conflit de principe en matière de statut personnel, et de l'autre, Foelix, Demangeat et Duranton qui estiment que seul l'ordre public suffit à écarter l'application normale de la règle de conflit (et l'application de la loi étrangère qu'elle désigne) et que le Français, qui a été induit en erreur par la majorité supposée et apparente de son cocontractant mineur, n'a pas de titre particulier à être protégé par les juges français, ni, encore moins, à réclamer

¹⁹¹⁴ Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, I : Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, op. cit., 4^e édition, 1869, n°73, pp. 85-87. En l'espèce, le juriconsulte caennais s'est inscrit directement dans les pas de Louis Boullenois, dans la onzième observation de son *Traité* (voir, *supra*, pp. 447-449), et de Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., Paris, 1813, t. 6 (Ide. - Légitima.), v° « Ignorance », § 1.

¹⁹¹⁵ Jean-Louis HALPERIN, « DUVERGIER, Jean-Baptiste », *Dictionnaire historique des juristes français*, op. cit., p. 398.

l'application impérative de la loi française¹⁹¹⁶. Dans ce débat, s'appuyant, d'une part, sur les travaux préparatoires et sur l'interprétation que ceux-ci semblent retenir de l'alinéa 3 et, d'autre part, sur les recherches comparatistes de Foelix dans son célèbre article dans la *Revue étrangère et française*, intégrées plus tard dans son *Traité de Droit international privé* de 1843, Duvergier se rallie à la doctrine de ce dernier, doctrine reprise de Story et enrichie des expériences de l'Ancien droit, et entreprend de combattre la thèse de Valette sur la dimension de loi de police reconnue à la loi française lorsqu'elle défend un intérêt privé d'un ressortissant français :

(a) Comme on le voit, d'après la disposition finale de l'art. 3, les lois concernant l'état et la capacité des personnes ou, pour parler le langage de la doctrine, les lois personnelles régissent les Français, même résidant en pays étranger. Mais faut-il décider par réciprocité qu'en France l'état et la capacité de l'étranger devront être réglés par les lois personnelles de son pays ?

L'affirmative me paraît incontestable.

[Après avoir rappelé la teneur des travaux préparatoires et la doctrine émise par Valette, il poursuit.]

On peut encore invoquer à l'appui de cette doctrine un arrêt de la Cour de Paris du 15 mars 1831, contre lequel on s'est vainement pourvu en cassation ([*Bonar contre d'Hervas*], arrêt de rejet, 17 juillet 1833)¹⁹¹⁷, et qui a refusé de faire application à une femme espagnole du sénatus-consulte velléien, et a validé, en conséquence, l'obligation qu'elle avait contractée, en France, pour son mari.

Ainsi, d'après M. Valette, la règle que l'étranger est régi par son statut personnel, doit fléchir : 1° si ce statut consacre un état que nos lois considèrent comme contraire à l'ordre public ; 2° si l'étranger ayant contracté en France avec un Français, il résultait pour celui-ci un préjudice de l'adoption de la loi étrangère.

J'admets sans difficulté la première restriction. Elle est nécessaire : on ne saurait raisonnablement forcer nos magistrats à admettre les conséquences légales d'un état que nos mœurs réprouvent. Mais cette restriction est la seule, selon moi, que comporte l'article 3. Je crois qu'aller plus loin, c'est méconnaître la pensée qui a présidé à sa rédaction et sur laquelle les auteurs sont unanimes.

Sans doute, l'application du statut personnel étranger, c'est-à-dire d'une loi qu'un Français peut très bien ignorer, présentera quelquefois des inconvénients dans la pratique. Mais, avec un peu de prudence, il est facile de les prévoir et de s'en garantir. D'ailleurs, c'est au législateur seul qu'il appartient de modifier la règle qu'il a établie : sa volonté est claire, je crois l'avoir montré ; jusqu'à nouvel ordre, il faut s'y conformer.¹⁹¹⁸

Le travail d'annotateur qu'effectue Valette ou Duvergier présente le mérite d'assurer la survie et la pérennité, d'un ouvrage de commentaire du Code civil qui, parce qu'il remonte aux premières années de l'Exégèse, commence à ressentir le poids des ans et à être dépassé, à la fois, par une jurisprudence en constant mouvement et par une doctrine à la recherche d'idées neuves, comme celles que diffuse, en France, l'œuvre de Foelix. Il montre aussi la manière dont l'actualité juridique entre au cœur même d'un ouvrage de doctrine qui aurait pu rester figé dans le temps. En l'occurrence, Duvergier saisit le prétexte que lui offre l'interprétation de l'article 3, alinéa 3 pour s'engager dans une discussion, par commentaires interposés, avec Valette sur le degré de sensibilité de l'ordre public du for à l'égard de la majorité apparente d'un étranger, qui est, en tout état de cause, différente de celle fixée par le Code pour les Français. L'exemple de cette controverse, qui vient se greffer sur une œuvre exégétique, montre bien que le conflit de lois entretient des liens

¹⁹¹⁶ Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e édition, t. 1, Paris, 1844, section V, n°93 et note 1, pp. 57-58, conclut en faveur du respect du statut personnel de l'étranger, car : « ceux qui contractent avec lui sont censés connaître sa capacité c'est leur faute s'ils ne s'en sont pas mieux informés ». L'auteur est donc d'avis que le Français doit supporter les conséquences de son imprévoyance.

¹⁹¹⁷ *Recueil Sirey*, 1831, 2^e partie, pp. 237-238 : Cour d'appel de Paris, 15 mars, 1831, *Bonar contre d'Hervas*.

¹⁹¹⁸ Charles-Marie-Bonaventure TOULLIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, continué et complété par Jean-Baptiste DUVERGIER*, 6^e édition, t. 1, Paris, 1846, p. 99, note (a), pp. 99-102.

forts avec le droit civil français, en l'interrogeant sur sa relativité. Il révèle également la différence d'appréciation des interprètes sur la règle jurisprudentielle tirée des affaires *Bonar contre d'Hervas et Fontellas* et qui sera consacrée définitivement par l'arrêt *Lizardi* de 1861¹⁹¹⁹. Le courant de pensée représenté par Foelix, Demangeat, Duranton et Duvergier (qui incline à partager le sentiment de ce dernier) a à cœur de préserver le jeu de la règle de conflit bilatérale en matière de statut personnel en restreignant la seule exception à l'ordre public du for. La tendance incarnée par Valette et Demolombe estime volontiers que le jeu de la règle de conflit bilatérale a vocation à se déployer librement sous la double réserve de l'ordre public du for et de l'application immédiate et impérative de la loi française. Au fond, la divergence n'est pas si fondamentale, mais elle révèle bien une prise de conscience progressive de la distinction entre loi (ou exception) d'ordre public et loi de police et de sûreté.

4) À la frontière entre la France et l'Allemagne, l'approche renouvelée du droit civil par Aubry et Rau

Le *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, écrit à quatre mains par les professeurs strasbourgeois, Charles Aubry (1803-1883)¹⁹²⁰ et Charles Rau (1803-1877)¹⁹²¹, et qui se voulait, dans sa première édition de 1839, une traduction du commentaire que le professeur de Heidelberg, Karl-Salomo Zachariae¹⁹²², avait consacré au Code civil lors de l'occupation napoléonienne en Rhénanie, s'est rapidement affranchi de la tutelle de l'œuvre originelle pour se construire, au fil des éditions, une identité propre, qui reflète bien davantage les conceptions propres de ses auteurs que celles de l'auteur allemand dont ils se sont inspirés, puis émancipés. Cette identité propre perdure, puis se transforme au cours des rééditions parues après la mort d'Aubry et confiées à divers civilistes, qui tentèrent, à des degrés différents et avec des fortunes diverses, de demeurer fidèles à l'esprit des deux professeurs strasbourgeois, tout en adaptant leur œuvre aux évolutions de la société et du droit privé¹⁹²³. La méthode mise en œuvre par Aubry et Rau doit de moins à moins à Zachariae, dont ils conservent le plan d'exposition systématique au détriment d'un plan qui aurait suivi l'ordre du Code civil, article par article, et traduit toujours davantage les ambitions d'Aubry, qui revendiquait son intention d'allier méthode exégétique et méthode dogmatique.

La lecture des éditions successives du *Cours de droit civil français* jusqu'à la cinquième édition supervisée par Gaston Rau et Charles Falcimaigne, dont le tome 1^{er} paraît en 1897¹⁹²⁴, permet d'apprécier l'évolution de l'œuvre et sa mutation en un véritable traité de droit civil (et non plus un « simple » commentaire au Code), mais aussi son ouverture aux questions de droit international

¹⁹¹⁹ Sur la jurisprudence en matière de statuts personnels et les arrêts cités au texte, voir, *infra*, pp. 811-840.

¹⁹²⁰ Jean-Louis HALPERIN, « AUBRY, Charles », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 28-29, et les références citées en bibliographie.

¹⁹²¹ Jean-Louis HALPERIN, « RAU, Frédéric-Charles », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, pp. 853-854.

¹⁹²² Charles-Antoine BROCHER, *K.-S. Zachariae, sa vie et ses œuvres*, Paris, 1869 et Jean-Louis HALPERIN, « Der Einfluss der deutschen Rechtsliteratur zum Code civil in Frankreich von Lassaulx bis Zachariä », *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, Berlin, 1998, pp. 215-237.

¹⁹²³ Sur la destinée du Cours de droit civil français d'Aubry et Rau, voir David DEROUSSIN, « Se survivre à soi-même. Le Cours de droit civil d'Aubry et Rau », Anne-Sophie CHAMBOST (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris, 2014, pp. 68-92.

¹⁹²⁴ Ont été consultés les tomes 1^{er} des premières (1839, parue à Strasbourg), troisième (1856, publiée à Paris) et quatrième (1869) éditions, celle-ci, qui fut la dernière parue du vivant de ses auteurs, étant considérée comme l'édition classique, ainsi que la cinquième édition (1897) par Rau et Falcimaigne.

privé. La sixième édition, confiée aux bons soins d'Etienne Bartin, doit être envisagée à part et traitée avec l'ensemble de l'œuvre de l'éminent civiliste et internationaliste. En effet, dès la première édition française, du fait du plan suivi par Zachariae, puis par ses successeurs, les conflits de lois ne sont plus confinés par le périmètre étroit délimité par l'article 3, mais ils s'intègrent à une réflexion générale sur « le conflit des lois françaises avec les lois étrangères », au § 31, ainsi que l'indique le titre du paragraphe que lui consacrent les auteurs dans la troisième édition de 1856. L'apparat critique et le recours à la jurisprudence qui assortissent le texte d'Aubry et Rau donnent de l'ampleur à leur commentaire en s'appuyant sur les opinions doctrinales et sur les arrêts. L'article 3 ne disparaît pas, puisque chaque alinéa est étudié pour lui-même : en revanche, il n'est plus vu comme une simple disposition du Code civil, mais comme le siège de la matière du droit international privé.

Dans la première édition, celle de 1839, qui demeure le plus sous l'influence de Zachariae, en dépit des remaniements qu'y ont apporté les deux auteurs, le § 31 s'intitule « Quelles sont les personnes et les choses soumises à l'empire du droit civil français ? », ce qui manifeste une proximité certaine avec l'état d'esprit des Rédacteurs, qui n'ont jamais entendu légiférer que sur cette importante question. La réponse qui y est apportée insiste sur la double dimension de souveraineté et de territorialité qui s'attache à la loi civile française en principe, pour mieux introduire les exceptions que sont les stipulations propres à un traité international, l'état et la capacité des étrangers (alinéa 3 *a contrario*), le statut réel immobilier pour les immeubles situés hors de France (alinéa 2 *a contrario*), la forme des actes si ceux-ci sont passés hors de France et la loi étrangère désignée par les parties pour régir leur convention si l'ordre public ne s'y oppose pas. Il est loisible d'en inférer ce que les auteurs ne disent pas, à savoir que l'alinéa 1^{er} aurait vocation à intervenir en pareil cas, puisque l'ordre public aurait, alors, une dimension internationale et non interne. La jurisprudence française, le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Merlin et les commentateurs du Code civil, ainsi que quelques auteurs allemands, sont invoqués dans les notes de bas de page à l'appui de la démonstration. Mais une position aussi exclusiviste et nationaliste, qui tend à voir dans l'alinéa 1^{er} une règle de principe dont les deux alinéas suivants ne seraient que les tempéraments, se ressent, surtout, de la lecture des travaux préparatoires, dans une approche qui semble encore tournée vers la recherche de l'intention du législateur :

§ 31. Cette question, considérée sous le point de vue pratique, peut se traduire ainsi : Quelles sont les lois d'après lesquelles les tribunaux français doivent décider les contestations civiles qui sont de leur compétence ?

Ainsi posée, la question se résout par le principe suivant : les tribunaux français n'ont, pour la décision des procès civils qui leur sont soumis, d'autres règles à suivre que les lois françaises ; peu importe que l'une des parties soit étrangère, et que le droit litigieux résulte d'un fait ou un acte arrivé ou passé hors de France.¹⁹²⁵

A partir de la troisième édition, celle de 1856, Aubry et Rau substituent leurs propres thèses au détriment du texte de Zachariae qui disparaît et le § 31 devient, dès lors, celui qui traite, dans une formulation plus moderne, « du conflit des lois françaises avec les lois étrangères ». Par cette actualisation, ils témoignent de leur prise en considération, non seulement des doctrines naissantes du droit international privé et des décisions de la Cour de cassation et des Cours d'appel, mais également des auteurs étrangers et des « doctrines de nos anciens auteurs », Froland, Boullenois et

¹⁹²⁵ Charles AUBRY et Frédéric-Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 1^{ère} édition, t. 1, Strasbourg, 1839, § 31, pp. 54-55.

Bouhier, dont ils font volontiers l'éloge, tout en rappelant la différence d'environnement entre la théorie des statuts du XVIII^e siècle et les conflits internationaux de lois de leur époque. De la troisième édition jusqu'à la cinquième de 1897, ces références bibliographiques s'enrichissent au fur et à mesure de manière dynamique, tandis que le texte d'Aubry et Rau demeure figé dans son état de 1856¹⁹²⁶. La littérature spécialisée, tant française qu'étrangère, et la jurisprudence occupent une place toujours plus importante dans les notes, mais la réflexion ne connaît, en elle-même, aucune évolution sensible.

L'économie générale présentée en introduction par les deux auteurs ressemble de très près à celle exposée dans le *Traité de droit international privé* de Foelix, qui la tient de Story, qui, lui-même, s'est fortement imprégné, dans la partie théorique qu'il a consacrée au conflit de lois, des thèses des Hollandais. De 1856 à 1897, le § 31, qui demeure inchangé, s'ouvre donc de cette manière :

Aucune nation n'étant tenue d'admettre dans son territoire l'application de lois étrangères, les juges n'ont, en principe, d'autres règles à observer, pour la décision des contestations qui leur sont soumises, que les lois de leur pays¹⁹²⁷.

Toutefois, des raisons de convenance réciproque, ont porté les peuples policés à permettre ou à prescrire, dans certaines limites, l'application par leurs tribunaux respectifs de lois d'autres pays. Mais les règles ou usages suivis à cet égard dans les divers États sont loin d'être uniformes.

Le Code civil ne contient pas sur cette matière un ensemble complet de législation. Pour combler les lacunes qu'il présente, il faut recourir aux doctrines de nos anciens auteurs et à la pratique judiciaire.¹⁹²⁸

Le principe et l'exception, tel qu'ils sont énoncés et confirmés par les notes, est d'inspiration nettement hollandaise : les juges du for sont tenus, *de summo jure*, d'appliquer leurs propres lois, tandis qu'il faut s'en remettre à « des raisons de convenance réciproque » entre les peuples pour que les lois étrangères soient autorisées par les tribunaux d'un pays, sous la réserve de l'ordre public, à y produire leurs effets. Aubry et Rau invoquent ainsi la doctrine de Foelix pour justifier cette solution, qui est conforme à l'idée « d'indépendance réciproque des nations » qui est formulée, en l'espèce, avec un accent particulariste très prononcé¹⁹²⁹.

La conséquence qui en découle logiquement se répercute inévitablement sur les lois de police et de sûreté qui sont traitées de la manière suivante :

On entend par lois de police et de sûreté toutes celles qui ont pour objet la sûreté des personnes ou des propriétés et le maintien du bon ordre, peu importe qu'elles soient prohibitives ou impératives, et que leurs dispositions soient ou non sanctionnées par voie de répression pénale...

Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire français, même les étrangers qui ne s'y trouvent que passagèrement. Article 3, alinéa 1^{er}. Ainsi, un étranger peut, en vertu de la loi française, être condamné en France à fournir des aliments à des parents ou alliés

¹⁹²⁶ Charles AUBRY et Frédéric-Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 3^e édition, t. 1, Paris, 1856, § 31, pp. 70-101 ; ID., 4^e édition, t. 1, Paris, 1869, *eod. loc.*, pp. 80-114 ; ID., 5^e édition par Gaston RAU et Charles FALCIMAIGNE, t. 1, Paris, 1897, *eod. loc.*, pp. 129-174.

¹⁹²⁷ *Note de Aubry et Rau, présente depuis 1856* : « Cette proposition fondamentale de la matière est une conséquence directe du principe de l'indépendance réciproque des nations, principe d'après lequel chaque nation possède seule et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans toute l'étendue de son territoire. FOELIX, *Du Droit international privé*, n° 9-18. VALETTE sur Proudhon, *De l'état des personnes*, I, 79 » : voir Charles AUBRY et Frédéric-Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 3^e édition, t. 1, Paris, 1856, § 31, note 2, p. 70

¹⁹²⁸ Charles AUBRY et Frédéric-Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 3^e édition, t. 1, Paris, 1856, § 31, pp. 70-71 ; ID., 4^e édition, t. 1, Paris, 1869, *eod. loc.*, p. 80 ; ID., 5^e édition par Gaston RAU et Charles FALCIMAIGNE, t. 1, Paris, 1897, *eod. loc.*, pp. 129-131.

¹⁹²⁹ Sur la doctrine de Foelix, exprimée dans son *Traité du droit international privé*, voir, *infra*, pp. 765-770.

auxquels il n'en devrait pas d'après les lois de son pays. Ainsi encore, l'étranger ne peut en France exercer sur son enfant que les droits de correction établis par la loi française, encore que les lois de son pays lui confèrent des pouvoirs plus étendus.¹⁹³⁰

Aubry et Rau, comme nous le verrons, s'attardent, essentiellement, sur la typologie des lois de police et de sûreté : c'est, sans doute, là leur apport le plus essentiel. Le fait est que, si l'interprétation de la règle est classiquement orientée vers la souveraineté de la loi française, puisqu'ils citent encore, en note, la célèbre phrase de Portalis qu'il a énoncée dans plusieurs de ses discours : « Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté »¹⁹³¹, ils n'hésitent plus à faire état d'une définition extensive des « lois de police et de sûreté », qui s'éloignent de leur lettre même, en perdant progressivement leur caractère de droit public et de droit pénal, et cela pour s'identifier de plus en plus à des dispositions de droit privé. L'attitude de Aubry et Rau à l'égard du droit international privé annonce déjà fortement celle de la dernière génération de civilistes qui perpétueront la méthode du commentaire au Code.

5) Les derniers commentateurs du Code : Beudant, Huc, Baudry-Lacantinerie.

Les professeurs de droit civil qui font paraître leurs cours de droit civil durant les décennies 1880 et 1890 demeurent fidèles à la tradition du commentaire chère aux civilistes qui furent leurs aînés et, en cela, ils s'inscrivent dans les derniers temps de l'Exégèse, dont ils commencent à s'éloigner¹⁹³². Le commentaire au Code demeure, pour eux, un passage obligé auquel ils doivent se confronter pour prouver leur valeur. Charles Beudant, Théophile Huc et Gabriel Baudry-Lacantinerie sont les auteurs de traités importants qui affichent des ambitions qui, déjà, témoignent d'une prise de distance avec le simple commentaire littéral. Leurs œuvres respectives témoignent de l'acclimatation des juristes civilistes aux questions de droit international privé, puisque l'article 3 devient le prétexte à exposer les discussions portant sur tel ou tel aspect du conflit de lois et à faire état de l'évolution de la jurisprudence et de son poids sur la destinée des trois alinéas.

Charles Beudant (1829-1895)¹⁹³³, professeur de droit civil à Toulouse, puis, à partir de 1868, à Paris, où il deviendra doyen de la faculté, est l'auteur d'un *Cours de droit civil français*, publié après sa mort en 1896-1897 par les bons soins de son fils, Robert Beudant, lui-même professeur, et continué, par la suite, avec l'aide de Paul Lerebours-Pigeonnière. Dans son *Cours de droit civil français*, Beudant entend étudier l'article 3 uniquement dans la mesure où celui-ci traite de la loi française et de son champ d'application personnel et territorial, sans rentrer dans les détails d'une science qu'il laisse à la discipline désormais constituée qu'est le droit international privé. Après avoir brièvement

¹⁹³⁰ Charles AUBRY et Frédéric-Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 3^e édition, t. 1, Paris, 1856, § 31, pp. 71-72 ; ID., 4^e édition, t. 1, Paris, 1869, *ead. loc.*, pp. 81-82 ; ID., 5^e édition par Gaston RAU et Charles FALCIMAIGNE, t. 1, Paris, 1897, *ead. loc.*, pp. 131-133.

¹⁹³¹ Sur la phrase prononcée par Portalis dans ses quatre discours le 1^{er} pluviôse an IX, les 3 et 23 frimaire an X et le 4 ventôse an XI, voir, *supra*, respectivement, pp. 677-679 ; 690 ; 694-695 ; et 705-708. Dans la même note, ils font référence, en l'attribuant erronément à Portalis, à la célèbre maxime latine de Boullenois, paraphrasant Saint-Augustin, qui figure dans la XI^e observation de son *Traité : intrasti urbem, ambula juxta ritum ejus*. Sur la onzième observation du *Traité* de Boullenois, voir, *supra*, pp. 441-457, spéc. 448 (pour la maxime en question).

¹⁹³² Ainsi, le décret du 30 avril 1895 met fin à l'obligation de suivre l'ordre du Code. Sur cette question, voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « Droit civil et histoire du droit à l'aube du XX^e siècle », *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber amicorum Walter Pintens*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 815-830.

¹⁹³³ Jean-Louis HALPERIN, « BEUDANT, Léon-Charles-Adolphe », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, p. 108. Voir aussi David DEROUSSIN, « Charles Beudant, un juriste libéral », in Eric GASPARINI (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Ganzin*, Paris, 2016, pp. 655-694.

évoqué les antécédents historiques de l'article 3 et en avoir conclu que l'équilibre trouvé par les Rédacteurs à travers les trois alinéas qui composent cet article s'était fortement inspiré de certaines solutions dégagées par la théorie des statuts, sans nécessairement consacrer un système en particulier, il en expose l'idée générale, en distinguant les lois territoriales, « constitutives de l'état social du pays », visées par les deux premiers alinéas, et les lois personnelles « reflet des influences de race, qui tiennent au caractère d'un peuple, à ses mœurs, à son tempérament », incarnées par la disposition de l'alinéa 3. Face au « laconisme du Code civil », c'est à la doctrine¹⁹³⁴ et à la jurisprudence qu'il a appartenu de dégager les critères permettant de caractériser les lois qu'il faut qualifier de territoriales et celles qu'il fait ranger dans la catégorie de lois personnelles. Il aborde, alors, les principales applications des règles contenues dans l'article 3, dont l'alinéa 1^{er} sur les lois de police et de sûreté :

264. Ce sont les termes dont se sert l'article 3, alinéa 1 : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Par loi de police et de sûreté, il faut entendre toutes les lois qui ont pour but le bon ordre, la salubrité publique, la sécurité des personnes, la sûreté des propriétés. Elles régissent tous ceux qui habitent le territoire, parce que le but qu'elles visent est indépendant de toute considération de personne et ne peut être atteint que si elles sont obéies de tous. L'ordre est affaire locale, affaire de souveraineté ; par conséquent, la loi française, à cet égard, dénie toute ingérence aux lois étrangères et s'applique aux étrangers.¹⁹³⁵

Les vues de Beudant sont plus instructives en ce qui concerne la typologie des lois de police que pour leur définition. Celle-ci articule la qualification autour de la souveraineté de la loi française afin de satisfaire un impératif d'ordre public, un objectif de politique législative que s'est fixé le législateur : « le bon ordre et la souveraineté nationale », est-il précisé à la fin du n°264. Elles ne s'identifient pas à la matière dans laquelle elles viendraient à intervenir, mais à la finalité particulière qui justifie son existence et dont le juge doit assurer le respect par tous, y compris par les étrangers.

Théophile Huc (1829-1906)¹⁹³⁶, avocat et professeur de droit civil à Toulouse de 1859 à 1884, avant de se tourner vers une carrière de magistrat, est l'un des derniers commentateurs à suivre, par obligation, l'ordre du Code civil, article après article. Son *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, publié entre 1892 et 1903, montre, au sujet des questions relatives au conflit de lois, abordées dans le cadre du titre préliminaire, une dilection certaine pour l'histoire, puisque son étude, basée sur les travaux historiques d'Armand Lainé, débute par une histoire de la condition de l'étranger jusqu'à l'Ecole Hollandaise et son héritière anglo-américaine. Huc admet que les Rédacteurs du Code se sont basés sur la distinction entre statuts réels et statuts personnels sans vouloir l'adouber officiellement et il en déduit que l'interprétation de l'article 3, loin de fermer le champ du droit international, donne la permission aux juges et à la doctrine de soumettre à la loi

¹⁹³⁴ La deuxième édition conduite par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière et parue à Paris en 1934 donne, au n°262, un « aperçu sommaire du mouvement des idées doctrinales depuis 1804 », qui part, en réalité, des héritiers de Savigny ou de Mancini pour arriver jusqu'à Bartin et Lerebours-Pigeonnière. Voir Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e édition par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, t. 1, Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil, Paris, 1934, pp. 237-246, spéc. pp. 243-244. Il est fort probable que Lerebours-Pigeonnière, internationaliste reconnu, a mis la main sur les paragraphes relatifs aux conflits de lois.

¹⁹³⁵ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e édition par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, t. 1, Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil, Paris, 1934, pp. 244-246, n°264.

¹⁹³⁶ Jacques POUJAREDE, « HUC, Théophile-Louis-Étienne », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 537-538.

française ou aux lois étrangères les rapports de droit qui n'y sont pas expressément visés. Passant ensuite à l'étude de l'alinéa 1^{er}, il lui consacre plusieurs paragraphes, dont la plupart s'efforcent de dresser un panorama des lois pouvant être qualifiées de « lois de police ». Sa définition est la suivante :

107. Chaque État étant souverain et indépendant, a le droit de prescrire sur son territoire par des lois proprement dites, ou par des règlements ou arrêtés, les mesures ayant pour objet la sûreté des personnes, et des propriétés, le bon ordre, la salubrité publique, comme aussi la prévention et la répression des crimes, des délits et des contraventions.

En cette matière, comme en tout autre, le pouvoir social, dans chaque État, est l'expression de la volonté souveraine du peuple et est seul chargé de la mission de faire respecter la justice et les bonnes mœurs sur son territoire. Il suffit de constater un aussi évident axiome.¹⁹³⁷

Huc envisage ensuite le champ d'application territorial et personnel de l'alinéa 1^{er} pour adopter, *in fine*, une conception singulièrement restrictive, qui dissimule mal un certain embarras :

108. Les lois dont nous venons de parler obligent tous ceux qui, d'après le texte de l'art. 3, § 1, habitent le territoire français. L'expression ne doit pas être prise à la lettre, elle s'applique à tous ceux qui se trouvent sur le territoire de la République, quelle que soit la durée de leur séjour en France. Les étrangers qui jouissent du bénéfice de ces lois doivent naturellement les observer.

Le territoire comprend la totalité du sol soumise à la souveraineté politique de la nation. Les parties occupées par une armée d'invasion ne seraient pas soustraites à l'application du premier paragraphe de l'art. 3. Par conséquent, les sujets d'une nation ennemie restés en France, pendant la durée de la guerre, malgré le décret d'expulsion, demeurent soumis aux lois de police et de sûreté, même dans les pays occupés par l'ennemi¹⁹³⁸.

Les navires portant pavillon français sont assimilés au territoire, et, par suite, la loi française est applicable à tous les faits délictueux commis par les personnes qui sont à bord¹⁹³⁹.

Les étrangers se trouvant en France ne sont soumis qu'à l'observation des lois de police et de sûreté, c'est-à-dire aux lois qui présentent un caractère pénal. D'après Demolombe, l'art. 3, § 1 « doit s'entendre dans un sens plus vaste, de tout ce qui concerne l'ordre public¹⁹⁴⁰. » — Mais rien de plus insaisissable que cette notion de l'ordre public, et les tribunaux eux-mêmes, nous avons eu l'occasion de le remarquer, ne sont pas toujours d'accord lorsqu'il s'agit de savoir si une loi a le caractère d'ordre public.¹⁹⁴¹

113. De tout de qui précède, il résulte que les lois de police et de sûreté ont véritablement reçu le caractère de lois *réelles*.

114. Les tribunaux français sont donc compétents pour statuer sur toutes les actions civiles résultant de faits commis en France, constituant la violation d'une loi de police ou de sûreté, ou d'une loi considérée comme telle ; peu importe que l'action soit introduite par un étranger contre un étranger, par un étranger contre un Français, ou par un Français contre un étranger. Cette compétence est obligatoire pour les tribunaux français, et le défendeur étranger, mais non domicilié, ne pourrait pas utilement demander son renvoi devant les juges de sa nation.¹⁹⁴²

Le juriste toulousain incline donc à bien distinguer le champ matériel d'action des lois de police *stricto sensu* de l'ordre public international, notion qui lui paraît trop incertaine et trop vague.

¹⁹³⁷ Théophile HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 1, art. 1-143, Paris, 1892, n°107, p. 107.

¹⁹³⁸ *Note de l'auteur* : Cass., 18 juillet 1874 : *Recueil Sirey*, 1875, I, p. 136.

¹⁹³⁹ *Note de l'auteur* : Cass., 11 février 1881 : *Recueil Sirey*, 1882, I, p. 433.

¹⁹⁴⁰ *Note de l'auteur* : DEMOLOMBE, t. 1, n° 70.

¹⁹⁴¹ Théophile HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 1, art. 1-143, Paris, 1892, n°108, pp. 108-109.

¹⁹⁴² Théophile HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 1, art. 1-143, Paris, 1892, n°113-114, p. 112.

Il cantonne donc les lois de police à celles qui présentent un caractère répressif, à l'inverse de Demolombe, qui n'hésite pas à élargir le spectre jusqu'aux dispositions de droit privé. Loin d'y voir une déclaration de souveraineté, il préfère l'interpréter comme une disposition qui s'inscrit dans la continuité historique des statuts réels de l'Ancien droit.

Gabriel Baudry-Lacantinerie (1837-1913)¹⁹⁴³, professeur de droit civil à Poitiers à partir de 1868, puis nommé à Bordeaux en 1871, où il demeure jusqu'à sa retraite en 1903, et dont il devient doyen en 1886, est connu comme l'auteur principal d'un *Traité théorique et pratique de droit civil*, paru en vingt-six volumes de 1895 à 1905, dont il a confié la rédaction à une équipe de juristes réunie par ses soins, mais, également, plus modeste et plus accessible, d'un *Précis de droit civil*, en trois volumes, édité à Paris en trois volumes en 1882-1883. Dans le premier de ses volumes, paru en 1882, il traite des « effets des lois relativement aux personnes et au territoire sur lesquels elle exercent son empire », pour reprendre un intitulé classique qui résume l'esprit de l'article 3. Pour ce faire, il s'appuie beaucoup sur les enseignements de l'Ancien droit et cite la théorie des statuts en emblème de la matière. Il soutient encore que « l'intérêt réciproque des nations, *recipoca utilitas*, plus encore que les règles de la courtoisie internationale, exigent (*sic*) que chaque nation admette, dans une certaine mesure, l'application des lois étrangères sur son territoire » et que c'est vers ce sentiment qu'a penché le législateur au moment de rédiger l'article 3.

Ses considérations se limitent à une définition des plus traditionnelles, qui demeure dans la ligne définie par les travaux préparatoires, sans y ajouter d'originalité particulière :

I. Lois de police et de sûreté

70. On désigne, sous ce nom, toutes les lois et règlements (*sic*) qui ont pour objet le maintien du bon ordre, la sûreté des personnes et le respect des propriétés. Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, même passagèrement. Aussitôt qu'ils mettent le pied en France, les étrangers se trouvent donc soumis à nos lois de police et de sûreté, alors même qu'elles seraient contraires à celles de leur pays, alors même aussi qu'ils ignoreraient ces lois. On peut leur dire : *Intrasti urbem ; ambula secundum ritum ejus*. « Chaque état, dit M. Laurent, a le droit et le devoir de veiller à sa conservation ; or comment un état pourrait-il se conserver et se maintenir, s'il y avait dans son sein des hommes qui peuvent impunément enfreindre sa police et troubler sa tranquillité ? »

Quelles sont les lois qui doivent être considérées comme *lois de police et de sûreté* ? Il est sans difficulté que les lois pénales ont ce caractère. Cass., 17 mai 1900, D. 00.1.401. La jurisprudence l'attribue aussi aux lois relatives à l'ordre public. C'est ainsi que plusieurs décisions judiciaires ont fait application à des étrangers, bien que leur loi nationale fût contraire, des articles 205, 206 et 207 qui établissent l'obligation alimentaire entre certains parents et alliés. Les dispositions de nos lois qui prohibent la polygamie ou les mariages entre proches parents, ont été aussi, au même titre, déclarées applicables au même titre à des étrangers.¹⁹⁴⁴

A la différence de Huc, son contemporain, Baudry-Lacantinerie accepte de conférer une portée large aux lois de police, sans les cantonner à la seule matière pénale. La définition très vague qu'il en donne, et les références qu'il cite à son appui, qui ne sont pas exemptes de confusion (attribuant ainsi au Belge François Laurent une phrase prononcée par Portalis dans son second exposé des motifs du 4 ventôse an XI et reprenant l'antienne latine vulgarisée par Boullenois dans

¹⁹⁴³ Nader HAKIM, « BAUDRY-LACANTINERIE, Marie-Paul-Gabriel », *Dictionnaire historique des juristes français*, op. cit., p. 72.

¹⁹⁴⁴ Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 1, Paris, 1910, n°70, pp. 35-36. Le texte y est similaire, à quelques ajustements près, à celui qui figurait dans l'édition de 1882, n°71, p. 41.

la onzième observation de son *Traité*), démontrent qu'il n'a qu'une familiarité lointaine avec la discipline et qu'il se contente de véhiculer quelques idées générales sans prendre véritablement position. Malgré l'intérêt inégal que tous ces professeurs de droit civil peuvent porter, à titre personnel, pour les questions de droit international privé, il n'en demeure pas moins que, en règle générale, tous les commentateurs du Code, exégètes ou assimilés, se sentent obligés d'aborder le sujet et, avec un bonheur variable, de relire l'article 3 à l'aune des enseignements de la matière.

B. Les caractères des « lois de police et de sûreté » : typologies.

En adoptant une définition classique des lois de police et de sûreté centrée autour de la souveraineté de la loi française et en s'estimant tenus d'interpréter les intentions, exprimées ou présumées, du législateur de 1804, les Exégètes se sont, tous, efforcés à discerner et à restituer le sens et la portée des notions de « police et de sûreté » en recherchant la finalité commune aux lois qui revêtent l'un ou l'autre, voire l'un et l'autre, de ces deux traits de caractères. Quelles sont les fonctions que doivent remplir ces lois, étant admis que, du point de vue normatif, les dispositions ainsi visées ne sont pas nécessairement toutes de nature légale ? Quels types de règles ces « lois » désignent-elles ? Quelle branche du droit étaient-elles à même, selon eux, d'assurer cette protection dont s'estimait investi le législateur et à laquelle il entendait bien qu'il ne soit pas porté atteinte ? Les lois de police et de sûreté ne visent-elles que les seules dispositions de droit public et de droit pénal, qui semblent s'imposer à l'esprit sur la base d'une simple interprétation littérale ?

De fait, bon nombre de commentateurs au Code ne vont cesser d'élargir la catégorie en suivant le pas de la jurisprudence et de l'étendre à des classes de lois ou de règlements qui n'entretiennent pas nécessairement de liens avec les matières de police administrative et de sûreté pénale. Certains, fidèles exégètes de la pensée des Rédacteurs du Code civil, identifient purement et simplement les « lois de police et de sûreté » aux lois et règlements qui assurent le maintien de l'ordre public (au sens où l'entend le droit public et dans la continuité de la notion de « police » telle qu'elle était entendue sous l'Ancien Régime) et la sûreté des personnes, à laquelle vient s'ajouter, au fil du siècle, celle des biens. L'inclusion des lois de droit public et de droit pénal au sein de la catégorie générique de l'alinéa 1^{er} ne se dément jamais et elle est constamment réaffirmée par l'ensemble des auteurs. Mais, à partir de Demolombe et d'Aubry et Rau, et sous l'influence conjointe de la jurisprudence et de la doctrine de droit international privé, le spectre des lois de police s'agrandit pour s'étendre aux institutions de droit privé qui se destinent à défendre l'ordre social et à maintenir les conditions nécessaires pour assurer l'équilibre des intérêts privés, lorsque ceux-ci sont mis en péril par une situation créée sous l'empire d'une loi étrangère aux valeurs reçues dans l'ordre juridique du for. L'ouverture aux questions de conflit de lois ne fait qu'accentuer ce sentiment croissant de la complexité des lois de police, qui sont, la plupart du temps, assimilées aux « lois d'ordre public », que celles-ci s'appliquent par exception ou de manière immédiate.

1) Les lois de police comme lois de droit public et de droit pénal.

Si la plupart des civilistes qui défendent une conception stricte des lois de police comme dispositions territoriales de droit public et de droit pénal appartiennent à la première partie du XIX^e siècle et aux premières générations d'exégètes, l'intégration naturelle de ces dispositions à la catégorie visée à l'alinéa 1^{er} demeure une vérité constamment et continuellement vérifiée dans chaque

définition doctrinale qu'aucun auteur ne vient remettre en cause par la suite.

Bon nombre de ces auteurs n'entendent pas entrer dans le détail, se contentant d'affirmer quelques idées fort générales, et ne ressentent pas la nécessité d'approfondir la question de la délimitation de ces lois de police et de sûreté. Le trait se constate, le plus souvent, chez ceux qui méconnaissent le conflit de lois ou qui n'y portent pas grande attention. A leurs yeux, les seules lois susceptibles d'assurer le maintien du bon ordre public, la paix ou la tranquillité de l'Etat et de ses citoyens, la sûreté des personnes, pour reprendre leurs définitions les plus courantes, sont les lois de droit public et de droit pénal. Parmi eux, certains comme Delvincourt – qui voit dans les lois de police celles « qui maintiennent l'ordre, la tranquillité et la sûreté dans l'Etat » et qui font « partie de celles qu'on appelle du droit public »¹⁹⁴⁵ – ou encore Marcadé – qui évoque évasivement ces lois « qui ont pour objet le maintien du bon ordre et de la tranquillité publique »¹⁹⁴⁶ – n'en retiennent que la dimension publiciste. D'autres envisagent volontiers de concert la double dimension de droit public et de droit pénal que recouvre la notion. Ainsi, Demante estime que les lois de police se rattachent à cette « branche importante du droit public de chaque peuple ayant pour objet de faire régner l'ordre sur son territoire », avant de préciser, plus loin, que « elles tendent à faire régner la paix et le bon ordre sur le territoire soumis à l'empire du législateur, soit en prévenant par certaines précautions, soit en réprimant par des peines les atteintes qui y seraient portées »¹⁹⁴⁷. De même, Duranton, qui est l'un des premiers dans l'histoire de l'Exégèse, avec Proudhon, à avoir ressenti la nécessité de s'aventurer sur le terrain de la définition matérielle de ces lois, veut voir principalement dans ces lois « qui ont pour objet de protéger la sûreté de l'État en général et des citoyens en particulier » des dispositions à caractère pénal, mais il y ajoute les mesures d'urgence :

Sous la dénomination générique de lois de police et de sûreté, on comprend non seulement celles qui punissent les crimes, les délits, les contraventions, tels qu'ils sont définis par le Code Pénal et par d'autres lois ; mais on comprend aussi les ordonnances et les arrêtés rendus ou pris dans les moments d'urgence.¹⁹⁴⁸

Duranton n'a jamais précisé ce qu'il sous-entendait par « moments d'urgence », mais il est loisible d'en inférer qu'il s'agit là de mesures de police destinées à maintenir l'ordre public en cas de troubles. Mais l'idée d'urgence qu'il émet de la sorte n'est pas sans préfigurer les interventions des tribunaux français lorsque ceux-ci sont amenés à prendre des mesures d'urgence, provisoires ou conservatoires dans des litiges purement privés¹⁹⁴⁹. D'autres, enfin, comme Toullier, ne rentrent absolument pas dans le détail du sujet.

2) Des lois de police par extension aux lois d'ordre public : les institutions de droit privé.

Dès lors qu'ils s'efforcent de dépasser l'interprétation littérale de l'alinéa 1^{er}, les juristes

¹⁹⁴⁵ Claude-Etienne DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, Paris, 1813, p. 10.

¹⁹⁴⁶ Victor-Napoléon MARCADE, *Cours élémentaire de droit civil français, ou Explication théorique et pratique du Code civil*, 4^e éd., t. 1, Paris, 1850, titre préliminaire, article 3, § I-II, p. 49.

¹⁹⁴⁷ Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, articles 1 à 228, Paris, 1849, introduction, n°16, p. 9 et titre préliminaire, article 3, n°10 bis, p. 45.

¹⁹⁴⁸ Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, 1^{ère} éd., Paris, 1825, section V, n°77, p. 47.

¹⁹⁴⁹ Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté*, *op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 48-50, n°14, en donne plusieurs exemples tirés de la jurisprudence française du XIX^e siècle concernant les intérêts du mineur étranger résidant en France, la provision *ad litem* en faveur d'un étranger plaçant en France, l'opposition à la sortie d'un navire étranger ou à la saisie du fret, ou encore la protection des droits des tiers en matière mobilière.

civilistes sont naturellement portés à défendre une conception extensive de la notion de « loi de police et de sûreté » en agrégeant aux dispositions de droit public et de droit pénal les règles de droit privé qui, d'une manière générale, leur semblent concourir au maintien de l'ordre public dans l'intérêt de l'Etat comme dans l'intérêt privé. La grande majorité des auteurs, sans entrer dans la théorisation de ces « lois d'ordre public », sent bien que certaines institutions de droit privé révèlent leur dimension d'intérêt général lorsque la loi française qui en dispose est mise en balance avec des lois étrangères dont l'application, en France, serait jugée choquante. C'était déjà l'opinion de Proudhon dans son *Cours de droit français* qui envisageait, de la manière la plus large qui soit, le champ matériel d'application des lois de police en y enrôlant les règles de droit civil, en particulier des dispositions de droit familial portant sur les empêchements à mariage ou sur la puissance maritale. Dans son approche de l'ordre public, les « règles de la morale » jouent un rôle éminent, qui ne doit pas dissimuler le fait qu'elles sont indistinctement confondues avec des règles de droit public et de droit pénal. L'approche de Proudhon est donc difficile à cerner avec exactitude, dans la mesure où les lois de police sont des lois qui ressortissent du droit public, lui-même tenu, au même titre que le droit privé, pour une subdivision du droit civil¹⁹⁵⁰. Le célèbre professeur de Dijon aurait-il déjà perçu dans ces lois des dispositions ayant en vue l'intérêt public, par opposition aux lois qui n'intéressent que les intérêts privés ?

Auguste Valette, dans ses annotations sur le *Cours* de Proudhon et dans son *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon*, est l'un de ceux qui ont le mieux pressenti la différence entre loi d'ordre public et loi d'application immédiate (ou « de police »), à travers l'arrêt *Fontellas*, sans, toutefois, arriver à la concrétiser sous forme de distinction théorique. Mais, en déclarant que le statut personnel devait céder devant la « sûreté des personnes » ou les « principes d'ordre public », en estimant que l'ordre juridique français ne devrait pas céder devant « l'esclavage ou la polygamie », en inscrivant dans le champ d'application des lois de police l'arrêt *Debont*, il semble incliner à reconnaître une triple dimension – publique, pénale et civile – aux lois françaises qui entendent s'appliquer sur le territoire à titre impératif au détriment d'une loi étrangère ou en faisant fi de la qualité d'étranger de celui qui la réclame¹⁹⁵¹.

C'est à partir de Demolombe et de Aubry et Rau que les tentatives de classification des lois de police et de sûreté prennent une véritable ampleur, grâce aux exemples qui viennent illustrer un principe qui a, trop longtemps, souffert de demeurer dans le vague. Ainsi, Charles Demolombe, dans son *Cours de Code Napoléon*, prend le temps de déployer l'éventail des normes qui rentrent, naturellement, dans le périmètre matériel des « lois de police et de sûreté » de l'alinéa 1^{er}, en faisant état, relativement à ces deux notions, d'un vocabulaire et de conceptions héritées de ceux de la Révolution :

N^o 1. Lois de police et de sûreté (art. 3, 1^{ère} p.).

70. – Quels sont les caractères distinctifs de ces lois ? Quels sont leurs effets ?

¹⁹⁵⁰ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Cours de droit français. Première partie sur l'état des personnes et le titre préliminaire du Code Napoléon*, 2^e édition, t. 1, Dijon, 1810 (également connu sous le nom de *Traité sur l'état des personnes*), chapitre cinq, section II, pp. 51-52.

¹⁹⁵¹ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire*, 3^e éd. par Auguste VALETTE, t. 1, Paris, 1842, chapitre cinq, sections I et II, observations, pp. 83-86 et 89-90, spéc. p. 86 et 89 ; Auguste VALETTE, *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon et des lois accessoires*, Paris, 1859, Indication des matières traitées dans le titre préliminaire du Code, III, p. 5. Sur Auguste Valette et sur l'interprétation qu'il donne des arrêts *Fontellas* et *Debont*, voir, *supra*, pp. 739-741.

Sous ce mot *lois*, il faut comprendre non seulement les lois proprement dites, mais les ordonnances, règlements ou arrêtés, rendus par les autorités compétentes, comme les préfets, les maires, dans les limites de leurs attributions. Le caractère de ces lois, ou plutôt, en général, de ces règles obligatoires, est, d'ordinaire, facile à reconnaître ; elles ont pour but la sûreté des personnes et des propriétés, le bon ordre, la salubrité publique ; elles répriment les crimes, les délits et les contraventions.¹⁹⁵²

S'il ne fait aucun doute, pour Demolombe, que les lois de police et de sûreté visent, en premier lieu, les dispositions de droit public et de droit pénal, il précise, à dessein, que ce caractère ne doit pas seulement être reconnu à la législation *stricto sensu*, mais à toute la réglementation de droit administratif. De ce point de vue, il se situe dans la continuité de la doctrine internationaliste et de la jurisprudence de l'époque qui n'ont cessé d'envisager et de classer les dispositions de police en fonction de leur seule finalité, et non en fonction de leur nature : n'importe quelle disposition, indépendamment de la norme qui en est le support, peut ainsi devenir « de police » s'il apparaît que son respect vise à la sûreté et à l'ordre publics.

Cette composante essentielle qu'est la finalité d'ordre public, au sens le plus général du terme, s'accuse encore davantage chez Demolombe, qui ajoute à sa définition que les « lois » de police et de sûreté doivent également être entendues des règles de droit civil, particulièrement quand elles sont liées à des mesures d'urgence, provisoires ou conservatoires :

Mais je crois qu'il faut aller plus loin, et que notre article doit s'entendre, de tout ce qui concerne l'ordre public, l'intérêt public (articles 3 et 6) ; l'appréciation devient alors, comme toujours dans ce cas, plus délicate ; mais la règle ne m'en paraît pas moins vraie (comparer Limoges, 22 février 1866, *Robinson*¹⁹⁵³).

Ce sont là des mesures conservatoires, des mesures d'urgence, pour lesquelles l'humanité et, par conséquent, l'ordre public et la bonne police du pays exigent que les magistrats du lieu soient toujours compétents.¹⁹⁵⁴

De fait, la liste des extraits de la jurisprudence qui suit en fait foi, puisque les mesures concernées ont trait à :

- 1) L'autorisation accordée par les juges français à la femme étrangère de quitter le foyer conjugal en cas de séparation de corps prononcée sous l'empire de la loi matrimoniale des époux, alors qu'ils s'étaient déclarés incompetents pour en connaître. La mesure est prise « afin de veiller à la sûreté personnelle de l'époux le plus faible »¹⁹⁵⁵ ;
- 2) L'obligation faite au mari étranger de fournir, même en France, des aliments à sa femme, « dans l'intérêt de l'ordre public »¹⁹⁵⁶ ;
- 3) La tutelle provisoire accordée au mineur étranger, présent en France sans la moindre protection (article 406 du Code)¹⁹⁵⁷.

¹⁹⁵² Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, t. 1, Paris, 1869, n°70, p. 83.

¹⁹⁵³ Cour d'appel de Limoges, *Robinson*, 28 (et non 22) février 1866 : *Recueil Sirey*, 1866, II, pp. 143-144.

¹⁹⁵⁴ Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, t. 1, Paris, 1869, n°70, p. 84.

¹⁹⁵⁵ Cour de cassation, 27 novembre 1822, *Zaffiroff* et Cour d'appel de Paris, 26 avril 1823, *Ely* (et non *Fly*) : *Répertoire Dalloz*, t. 18, Paris, 1850, n°318-320, pp. 113-114 ; Cour d'appel de Metz, 26 juill. 1865, *Raucq* : *Recueil Sirey*, 1866, II, p. 237.

¹⁹⁵⁶ Cour d'appel de Paris, 19 décembre 1833, *Favre* : *Dalloz Périodique*, 1834, II, p. 65 ; Cour d'appel de Paris, 2 août 1866, *De Civry* : *Recueil Sirey*, 1866, II, p. 342.

Mais les interventions des lois de police et de sûreté ne se limitent pas à ces seuls cas de figure. Demolombe, qui fait un usage assez large de la notion, les détecte également dans les lois sur la contrefaçon de marques, à partir d'un cas jurisprudentiel qu'il aborde dans son chapitre sur la jouissance des droits civils et dans ses considérations sur la jouissance de ces droits, en France, par des étrangers. Débattant d'un arrêt de la Cour de cassation s'opposant à ce qu'un marchand étranger, non admis à la jouissance des droits civils, non résidant et non établi en France, puisse s'opposer à l'apposition de ses marques ou de ses noms sur des produits mis en vente par des Français (Cour de cassation, 14 août 1844, *Guesnot*¹⁹⁵⁸), il conteste la lecture restrictive faite par la Cour, arguant que tout marchand étranger doit avoir le droit d'intenter une action en contrefaçon à l'égard d'un marchand français qui commercialiserait des produits qui se feraient passer pour les siens, car les lois françaises sur la contrefaçon sont des « lois de police et de sûreté » :

D'après l'article 3, les lois de police et de sûreté obligent et protègent aussi les étrangers.

Les lois qui défendent la contrefaçon des marques et l'usurpation des noms d'un fabricant, appartiennent à cet ordre de lois, et en ont effectivement tous les caractères.

Donc, elles sont applicables à l'étranger en France, soit contre lui, soit pour lui. Je dis que ce sont là, dans le sens juridique de ce mot, des lois de police...

Ce sont là, dis-je, des lois de police, d'abord parce qu'elles ont pour but le bon ordre, la bonne foi des relations commerciales, l'intérêt des producteurs et aussi des consommateurs ; [ensuite, parce qu'elles s'appliquent à tout établissement et tout atelier situé en France et à tout marchand sans distinction] ; en troisième lieu, parce qu'elles prononcent des peines ; et que ce sont là les trois caractères distinctifs des lois de police : lois de bon ordre, lois territoriales, lois répressives.¹⁹⁵⁹

De même, il considère que l'obligation générale faite aux tribunaux français de connaître, même entre étrangers, des litiges portant sur des délits civils est une « conséquence nécessaire » qui découle de l'article 3, alinéa 1^{er} :

Les tribunaux français doivent statuer, même entre étrangers, sur les actions civiles résultant des délits commis en France ; et un étranger peut, en conséquence, se porter partie civile devant les tribunaux criminels contre un autre étranger (comparer Bordeaux, 11 août 1842, *Tuckett*¹⁹⁶⁰; voyez aussi l'avis du conseil d'État du 4 juin 1806¹⁹⁶¹).

Telle est la conséquence nécessaire de l'article 3, d'après lequel les lois de police et de sûreté obligent et protègent tous ceux qui habitent le territoire.

Je crois même qu'il ne serait pas nécessaire que le fait dommageable constituât un délit caractérisé et prévu par la loi pénale ; nous avons dit que ces mots : lois de police et de sûreté, comprennent, en général, les dispositions qui ont pour but la garantie des personnes et des propriétés ; il nous semble donc que l'étranger, lésé en France dans sa personne ou dans ses biens par un autre étranger, devrait obtenir des dommages-intérêts (articles 1382 et 1383), lors même que le fait nuisible ne serait pas d'ailleurs réprimé par une loi pénale (comparer Paris, 21 mars 1862, *de Roban-Fénis*¹⁹⁶²).¹⁹⁶³

¹⁹⁵⁷ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e édition, Paris, 1813 (t. 7, Légit. – Marc), v^o « Légitimité », sect. IV, § 3, p. 291 ; comparer avec Cour de cassation, 18 août 1847, *Vérité* ; et 25 août 1847, *Quartin* : *Recueil Sirey*, 1847, II, p. 645 et p. 713.

¹⁹⁵⁸ Cour de cassation, 14 août 1844, *Guesnot* : *Recueil Sirey*, 1844, I, 756.

¹⁹⁵⁹ Sur cette lecture critique de l'arrêt *Guesnot* et le débat engagé à son propos, voir Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, t. 1, Paris, 1869, n^o246 bis et ter, pp. 375-382.

¹⁹⁶⁰ Cour d'appel de Bordeaux, 11 août 1842, *Tuckett* : *Recueil Sirey*, 1843, II, p. 116.

¹⁹⁶¹ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, 1827, III^e partie, XXIV, avis du Conseil d'État sur l'article 3, n^o2, rendu le 31 mai et approuvé le 4 juin 1806, p. 639 : voir, *infra*, pp. 803-804.

¹⁹⁶² Cour d'appel de Paris, 21 mars 1862, *de Roban-Fénis* : *Recueil Sirey*, 1862, II, p. 411.

Avec sa méthode habituelle, n'hésitant pas à recourir aux arrêts et à les discuter le cas échéant¹⁹⁶⁴, Demolombe témoigne d'une prise en compte de plus en plus marquée de la part de la doctrine civiliste des évolutions que la jurisprudence fait subir à l'alinéa 1^{er} de l'article 3 : le droit privé *lato sensu*, impliquant aussi bien le droit civil que le droit commercial, rentre dans l'orbite des lois de police. La contrefaçon de marque ou la responsabilité civile sont ainsi attirées dans le champ matériel de ces lois, qui, désormais, dépasse très largement la sphère du droit public et du droit pénal.

Aubry et Rau, à la même époque que Demolombe, dressent, à leur tour, dans leur *Cours de droit civil français*, une liste des dispositions qui leur semblent susceptibles d'être qualifiées « de police » dans le prolongement direct de la définition théorique qu'ils ont donnée des lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er} :

Les lois de droit civil qui rentrent dans cette catégorie sont, notamment : celles qui concernent les actes de l'état civil ; celles qui règlent les pouvoirs du mari sur la personne de sa femme, des pères et mères ou tuteurs sur la personne de leurs enfants ou pupilles ; celles qui imposent à certaines personnes l'obligation de se fournir des aliments ; celles qui défendent la polygamie et les mariages entre proches parents ou alliés ; enfin, celles qui sont relatives à l'interdiction, en tant du moins que cette mesure intéresse la sûreté publique.¹⁹⁶⁵

Ces règles, qu'il serait traditionnel de rattacher au statut personnel, à l'état et à la condition des personnes et aux questions de famille, demandent donc à ce que chaque situation reçoive le même règlement, celui requis par les lois françaises en la matière, afin que soit respectée une égalité de traitement conforme à des considérations de « sûreté publique ». En cela, elles sont de véritables « lois de police ». Cependant, il semble que ces objectifs, au regard de la liste de ces « lois de droit civil », soient tout aussi remplis par une mise à l'écart de la règle normalement applicable, par hypothèse le statut personnel étranger, et une substitution de la règle matérielle française, ce qui préfigure, cette fois-ci, à la mise en jeu de la future exception d'ordre public, ici intégrée à l'article 3, alinéa 1^{er}. Que la règle contenue dans cet alinéa prenne la forme d'une loi de police ou d'une exception invoquée au nom de l'ordre public, il n'en demeure pas moins que Aubry et Rau, adoptant une position similaire à celle de Demolombe, et à la même époque (1869), contribuent à faire évoluer la notion d'ordre public auprès de la doctrine civiliste et que celle-ci, sous l'influence des premiers travaux des internationalistes, cités, d'ailleurs, par les deux professeurs strasbourgeois, change d'acception. Là où, pendant longtemps, chez les civilistes, l'ordre public s'entendait quasi uniquement dans un sens publiciste et pénaliste, les « lois de police » telles que les entendent Aubry et Rau ou Demolombe prennent une coloration civiliste plus prononcée, comme en témoigne leur liste.

D'autres exemples concrets, choisis par Aubry et Rau, semblent confirmer cette unicité de l'ordre public et des lois de police. En effet, ils poursuivent :

¹⁹⁶³ Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, t. 1, Paris, 1869, n°261, p. 403.

¹⁹⁶⁴ Sur la jurisprudence correspondant aux « lois de police et de sûreté » énumérées par Demolombe, voir, *infra*, pp. 796-845.

¹⁹⁶⁵ Charles AUBRY et Frédéric-Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e édition, t. 1, Paris, 1869, § 31, pp. 81-82, ainsi que la note 5.

Ainsi, un étranger peut, en vertu de la loi française, être condamné en France à fournir des aliments à des parents ou alliés auxquels il n'en devrait pas d'après les lois de son pays. Ainsi, encore, l'étranger ne peut en France exercer sur son enfant que les droits de correction établis par la loi française, encore que les lois de son pays lui confèrent des pouvoirs plus étendus.¹⁹⁶⁶

Dans l'un et l'autre cas, alors qu'il existe une réglementation (ou un défaut de réglementation) étrangère à laquelle l'étranger, du fait de son statut personnel, est tenu de se conformer, la loi étrangère est mise en échec par l'application de la loi française. C'est bien par la prise en considération de la loi étrangère, de sa teneur comme des résultats auxquels elle aboutit, qui dicte la mise en jeu de l'exception de l'ordre public, sous couvert des lois de police. Aubry et Rau eux-mêmes ajoutent, en note, en invoquant les opinions concordantes de Demolombe et de Demangeat : « Ce serait une erreur de croire que, sous l'expression lois de police et de sûreté, on n'ait entendu parler que des lois criminelles ou de justice répressive », en se fondant seulement sur la réponse faite par Boulay-de-la-Meurthe au premier consul lors des discussions au Conseil d'Etat. Gaston Rau et Charles Falcimaigne, leurs continuateurs, ont suffisamment de matière jurisprudentielle, en 1897, pour illustrer cette position en évoquant, comme exemples, la loi du 15 juin 1872, relative aux titres au porteur, perdus ou volés, qui étend sa protection à tous les propriétaires, français et étrangers ; les lois sur le travail des enfants dans les manufactures ; la loi du 27 mai 1885, sur les récidivistes, ces deux derniers cas de figure étant également cités par Théophile Huc à la même époque ; les dispositions de la loi réprimant les faits d'espionnage et d'intelligence avec l'ennemi, qui sont logiquement étendues à « un sujet de la nation ennemie » ou encore l'interdiction du port des décorations étrangères en France¹⁹⁶⁷.

Le reproche a pu être adressé à la classification d'Aubry et Rau, « d'englober des lois qui visent avant tout un but de protection individuelle et appartiennent à ce titre au statut personnel »¹⁹⁶⁸. Mais la question de la détermination des lois de police et de sûreté ne roule pas sur leur objet ; elle dépend exclusivement de leur finalité. Que la loi concernée appartienne au statut réel ou au statut personnel importe peu, puisque rien n'exclut qu'il soit recouru à une loi de police et de sûreté ou que soient opposées les exigences de l'ordre public à un statut personnel étranger qui serait jugé contraire à la finalité recherchée par le législateur. Les lois civiles dont la prévalence est jugée indispensable et par le législateur et par le juge au cas où la loi étrangère normalement applicable aboutirait à un résultat choquant sont donc bel et bien intégrées, par les deux civilistes et leurs continuateurs, dans l'arsenal de l'ordre public que les tribunaux ont à leur disposition.

C'est, d'ailleurs, cette tendance à élargir le champ d'application matériel des lois de police en s'appuyant sur la notion élastique d'« ordre public », bien illustrée par Aubry et Rau, mais aussi Demolombe, que Théophile Huc s'empresse de critiquer dans son *Commentaire théorique et pratique*. Le juriste toulousain considère, pour sa part, que l'article 3, alinéa 1^{er} ne doit s'appliquer, en principe, qu'aux « lois qui présentent un caractère pénal » et que la notion d'ordre public est ce qu'il y a de plus « insaisissable » pour les tribunaux et les auteurs. Toutefois, démentant quelque peu son affirmation première, il passe en revue, via la jurisprudence, un certain nombre de dispositions qui

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁹⁶⁷ Charles AUBRY et Frédéric-Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e édition par Gaston RAU et Charles FALCIMAIGNE, t. 1, Paris, 1897, § 31, pp. 132-133, ainsi que les notes 5, 6 bis et 6 ter. Sur la jurisprudence correspondant aux « lois de police et de sûreté » énumérées par Aubry et Rau, puis par Gaston Rau et Falcimaigne, voir, *infra*, pp. 796-845.

¹⁹⁶⁸ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, Paris, 1905, p. 229.

lui semblent entrer dans cette catégorie. Ainsi cite-t-il cinq domaines dans lesquelles les lois de police et de sûreté ont vocation à s'appliquer aussi bien aux Français qu'aux étrangers et qui ont été reconnus par la jurisprudence des juges du fond comme de la Cour de cassation : la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes ; la loi sur les faillites ; la loi du 28 mars 1882 ; les mesures provisoires en règle générale et celles qui bénéficient à la femme qui les demanderait dans le cadre d'une action en divorce ou en séparation de corps (Huc écrit peu de temps après la loi Naquet sur le divorce) ; ou encore les lois protectrices des travailleurs, comme la loi du 19 mai-3 juin 1874 sur le travail des enfants dans les manufactures¹⁹⁶⁹. Quel que soit le scepticisme qu'affiche Huc à l'égard de l'extension des lois de police, force lui est de constater, à travers le panorama jurisprudentiel auquel il s'est livré, que les lois de police ne peuvent plus se restreindre aux seules règles de droit public et de droit pénal, mais que l'ordre public, *lato sensu*, s'étend tout aussi bien aux dispositions de droit civil comme de droit commercial ou encore de droit du travail.

Charles Beudant, dans son *Cours de droit civil français*, repris par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, s'efforce de livrer une classification qui comprend, « directement ou par extension », sous la « dénomination générique de *lois de police et de sûreté* », trois types de dispositions concernées :

- 1) « Les lois, décrets ou ordonnances relatifs à la police proprement dite, à la police préventive : police générale de l'Etat, police municipale, police des marchés », ainsi que les lois « qui règlent les conditions d'exercice des professions » : la sanction par voie de répression pénale n'est pas le seul critère distinctif des lois de police ;
- 2) « Le droit pénal tout entier, c'est-à-dire les dispositions qui prononcent des peines contre les crimes, les délits et contraventions, les lois qui décident *quid liceat quid non*, en d'autres termes, les lois de police répressive », rejoignant ainsi l'opinion de Boulay sur l'acceptation de l'expression « loi de sûreté » ;
- 3) « Même dans le droit privé, les dispositions constitutives de l'ordre social ou économique tel que chaque pays l'entend, tel, notamment, que nous l'entendons en France. Il en est ainsi pour les lois prohibitives de l'esclavage. C'est une règle admise que tous les esclaves qui touchent la terre française sont libres ; la règle est applicable aux étrangers comme aux Français. Il en est de même pour les lois qui imposent à certaines personnes de donner des aliments à d'autres, pour les lois sur le travail des enfants dans les manufactures, sur la protection des nourrissons, sur le taux d'intérêt de l'argent, sur la liberté du travail, de même que pour certaines lois qui concernent les actes de l'état civil, le régime des aliénés pour celles qui répriment l'abus de certains pouvoirs de famille »¹⁹⁷⁰. Cette typologie rejoint celle qu'établissait Beudant, sans se dissimuler la difficulté, des « lois qui intéressent l'ordre public » interne et qui regroupe les règles de droit public et de droit pénal, ainsi que certaines dispositions de droit privé¹⁹⁷¹.

Gabriel Baudry-Lacantinerie est beaucoup plus succinct dans son *Précis de droit civil*, mais s'inscrit dans la même tendance. D'un côté, il rappelle, arrêt de la Cour de cassation à l'appui, que les lois pénales ont naturellement ce caractère de police et de sûreté, tel qu'il est défini par l'alinéa

¹⁹⁶⁹ Théophile HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 1, art. 1-143, Paris, 1892, n°109-112, pp. 109-111. Sur la jurisprudence relative aux « lois de police et de sûreté » énumérées par Huc, voir, *infra*, pp. 796- 845 et 1004-1047.

¹⁹⁷⁰ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e édition par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, tome 1^{er}, introduction et explication du titre préliminaire du Code civil, Paris, 1934, n°264, pp. 244-246.

¹⁹⁷¹ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e édition par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, tome 1^{er}, introduction et explication du titre préliminaire du Code civil, Paris, 1934, n°201-210, pp. 190-200.

1^{er} de l'article 3 du Code civil. De l'autre, il ajoute « la jurisprudence l'attribue aussi aux lois relatives à l'ordre public », en évoquant, brièvement, les cas des lois sur l'obligation alimentaire entre certains parents et alliés qui sont appliquées à des étrangers, « même lorsque leur loi nationale serait contraire », et des lois qui « prohibent la polygamie ou les mariages entre proches parents ». Pour classiques qu'ils soient, le fait de rappeler leur valeur de lois de police démontre une constante de la doctrine civiliste, au moment de dresser la typologie de ces lois.

Parmi les nombreux enseignements à tirer de cet aperçu (large, mais non exhaustif) des typologies tentées par la doctrine civiliste, il est possible de constater, en premier lieu, que celle-ci suit le mouvement lancé par la jurisprudence, puis prolongé par la doctrine internationaliste, à élargir la catégorie des « lois de police et de sûreté » au-delà de la lettre de l'alinéa 1^{er} et qu'elle accompagne, en témoignant des avancées en ce domaine, le phénomène de maturation de ladite catégorie.

En second lieu, les typologies proposées par les auteurs se recourent pour l'essentiel autour des grandes décisions de la jurisprudence française. Elles dépassent rapidement, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, la lecture restrictive de l'alinéa 1^{er} à laquelle se tenaient encore les premiers Exégètes pour ajouter aux dispositions de droit public et de droit pénal, presque immédiatement identifiées à cet alinéa, les règles de droit privé, civil ou commercial, qui ressortissent, dans l'esprit des commentateurs, à un ordre public défini *lato sensu* et qui s'étend de manière élastique, au fur et à mesure de l'évolution du droit français. L'exemple du droit du travail l'atteste amplement. D'une manière générale, les législations du Second Empire et de la III^e République ont fortement contribué à enrichir la catégorie. C'est pourquoi la majeure partie des auteurs parle volontiers des « lois d'ordre public » à propos de l'alinéa 1^{er}, sans toujours, d'ailleurs, chercher à se prononcer sur l'éventuelle distinction ou assimilation à l'égard des lois d'ordre public interne.

En troisième lieu, une constante semble traverser les siècles : pour ne s'en tenir qu'aux XVIII^e et XIX^e siècles, les Exégètes n'ont fait que reproduire la diversité des exemples qui ressortait déjà des réflexions de Bouhier et de Boullenois sur les lois de police et sur les lois pénales. Le sentiment qui en ressort est celui d'une catégorie composite toujours susceptible de s'étendre sur de nouveaux champs matériels d'application et difficilement réductible à une identité claire et unique. De fait, il semble difficile de raisonner sur les lois de police et de sûreté autrement que par une approche casuistique, qui met à mal les classifications prédéfinies ou qui, tout du moins, semble révéler des zones frontalières où semblent se croiser et s'entremêler des considérations publicistes, pénalistes et privatistes.

Le travail de définition théorique et de délimitation matérielle des Exégètes, malgré la frustration qu'il peut parfois susciter, était nécessaire et a permis de suivre la destinée doctrinale de l'alinéa 1^{er} jusqu'au moment de passer le relais à une doctrine internationaliste qui n'émerge, en France, qu'à partir des années 1840, avec les travaux de Jean-Jacques-Gaspard Foelix puis de Charles Demangeat. Les lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er}, reconnu comme siège de la matière, puis, plus tard, consacré comme siège de la discipline, sont donc des lois vouées à occuper le champ de réflexion des internationalistes.

Section 2nde. Les premiers pas de la doctrine internationaliste française : l'interprétation de l'article 3, alinéa 1^{er}, entre territorialisme et accueil mesuré de la loi étrangère (1840-1880).

Les premières décennies qui ont suivi la promulgation du Code civil sont marquées par l'atonie qui frappe la doctrine civiliste en matière de droit international privé : les Exégètes ne s'éveillent que tardivement aux questions relatives au conflit de lois et le statut des étrangers y est, longtemps, traité avec la même rigueur et avec la même sécheresse que celles dont a voulu faire preuve le législateur de 1804. La vénération que suscite le Code et l'attachement viscéral qu'il manifeste envers l'exclusivité de la loi française, qui s'expriment, notamment, à travers l'unilatéralisme de l'article 3 ou encore la sévérité de l'article 11, empêchent les premiers commentaires au Code de s'émanciper de la tutelle que fait peser sur eux la grande œuvre napoléonienne. L'apaisement des relations internationales, tant sur le plan politique qu'économique, qui suit le Congrès de Vienne et l'activité répétée des tribunaux français, constamment saisis de litiges impliquant des étrangers présents sur le territoire, et auxquels ils n'ont pu sempiternellement répondre en déclinant leur compétence, ont pu contribuer à revenir sur le splendide isolement dans lequel se sont, un temps, drapés jurisprudence et doctrine françaises et qu'encourageait, il est vrai, le prestige de la codification. Par ailleurs, la diffusion du Code civil à travers l'Europe a pu rappeler aux juridictions françaises qu'elles se trouvaient en face de ressortissants étrangers, dont la législation civile s'était modelée sur le Code français ou s'en était fortement inspirée. Toutefois, ce n'est qu'à partir des années 1840 que se révèle une véritable doctrine de droit international privé en France, issue de la démarche comparative initiée par Jean-Jacques-Gaspard Foelix, qui, en introduisant auprès de toute une génération de juristes, les œuvres de Joseph Story, mais aussi de Nicola Rocco, provoque une émulation qui entraîne certains d'entre eux à se consacrer pleinement aux conflits de lois et aux autres thématiques que porte en lui cette science nouvelle. Pendant un long moment, les travaux se concentrent sur la condition de l'étranger, dans la foulée de l'*Histoire de la condition des étrangers* du disciple de Foelix, Charles Demangeat, parue en 1844, et fait l'objet de plusieurs dissertations, tandis que les traités de droit international privé demeurent relativement rares ou obscurs. Cet effet d'entraînement ne se fait pas immédiatement ressentir : ce n'est que dans les décennies 1880 que de nouvelles approches viendront concurrencer, puis supplanter la ligne doctrinale héritée de Foelix et de Story, dont il est le fidèle disciple français et qu'il a, par son *Traité du droit international privé*, paru, pour la première fois, en 1843, puissamment contribué à faire connaître aux juristes européens.

La stabilité apparente qui caractérise le droit international privé français jusque dans les années 1880 s'explique par l'enracinement profond de la matière dans la tradition héritée de l'Ancien droit. L'intérêt suscité par les travaux de Story et de Foelix, très marqués par une sensibilité historique omniprésente, a conduit les internationalistes qui ont suivi leurs traces à se tourner vers les œuvres de l'École française des statuts et, notamment, vers celles des trois grands noms de la doctrine du XVIII^e siècle, dont Merlin s'était fait, dès les premières décennies du XIX^e, le fidèle continuateur à travers son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Mais l'héritage se double du legs opéré, par l'intermédiaire des mêmes Story et Foelix, des thèses issues de l'École Hollandaise : en effet, celles-ci dominent, pendant quelques décennies, la théorie et la pratique du droit international privé. Elles sont confortées par l'approbation apparente que semblent leur donner, malgré les nuances qu'imposent leurs propres constructions intellectuelles, Bouhier et Boullenois. Elles sont renforcées par leur compatibilité avec l'article 3 du Code civil. L'esprit nationaliste, particulariste et unilatéraliste semble trouver confirmation dans le principe de

souveraineté/territorialité hollandais, quand bien même un juriste comme Huber semble adopter des vues beaucoup plus universalistes, et dans la réciprocité sur laquelle reposent les systèmes proposés par les Voet et Huber. L'Ancien droit n'est pas uniquement suivi parce qu'il offre des réponses à des questions que les juristes français du XIX^e siècle avaient trop longtemps perdues de vue ; il est remis au goût du jour, parce qu'il correspond à une mentalité dominante que seule les dernières décennies du siècle, grâce à la diffusion des idées nouvelles apportées par Savigny et Mancini, feront quelque peu évoluer dans un sens nettement plus tourné vers la communauté de droit.

Il résulte de ce contexte intellectuel qui oscille entre, d'une part, l'ouverture aux droits étrangers et aux droits de l'étranger et, d'autre part, la réserve qu'inspirent les législations étrangères, quand elles s'accordent mal avec le Code civil ou avec la société française du milieu du siècle, une volonté, constamment réaffirmée, des juristes français à l'esprit profondément legaliste de protéger l'ordre juridique délimité par la codification. Le balancier tente encore de trouver son équilibre entre la souveraineté/territorialité, ce *summum jus* réinterprété au prisme du concept de souveraineté de la loi française, revigoré par la codification, et la *comitas*, cette règle de convenance, dérivée du droit des gens et destinée à favoriser les bonnes relations entre Etat et le développement des commerces juridiques entre personnes privées de différentes nations.

Paradoxalement, le poids, si écrasant à de nombreux égards, de l'œuvre de Foelix sur la destinée du droit international privé doit être ramené à sa juste mesure à propos de l'article 3, alinéa 1^{er} qu'il n'intègre absolument pas dans sa construction théorique. La place du célèbre internationaliste s'en trouve minorée, sur ce point, par rapport à celle qu'il occupe habituellement dans l'histoire de sa discipline en France. Il n'en va pas de même pour son successeur Demangeat et les autres spécialistes. L'alinéa 1^{er} se présente bien, à leurs yeux, comme l'instrument privilégié pour assurer la primauté, voire l'exclusivité, de la législation nationale à l'encontre des intrusions jugées choquantes ou indésirables d'une loi étrangère. La défiance à l'égard de cette dernière n'a plus lieu d'être pour les juristes internationalistes français, mais il n'en demeure pas moins que certains effets emportés par l'application de ses règles ne sont pas souhaitables. L'esprit de repli a laissé place à l'esprit de protection : il n'est plus question de garder les portes closes – l'alinéa 3 de l'article 3 interdisait, de toute façon, de conserver une telle posture –, mais il s'agit de conserver le droit de décider les effets que l'on entend accueillir ou ceux que l'on veut refouler aux frontières. La loi française est encore perçue comme un bienfait dont l'étranger profite par sa présence, temporaire ou prolongée, sur le territoire, alors que la loi étrangère n'inspire pas la même confiance, quand bien même l'esprit comparatiste progresse sensiblement avec les travaux des internationalistes. Leur étude sur l'alinéa 1^{er} révèle une vérité que n'affecte pas la plus ou moins grande générosité de chacun envers la condition de l'étranger : c'est que « les lois d'ordre public » ne sont pas l'exception, mais bel et bien la règle.

De 1840 à 1880, la doctrine de droit international privé s'inscrit dans le prolongement des principes théoriques dégagés par Foelix dans son *Traité du droit international privé*, publié pour la première fois en 1843 et mise à jour, après la mort de l'auteur, par Charles Demangeat jusqu'en 1866. Si Foelix délaisse volontiers l'article 3, alinéa 1^{er} pour se concentrer sur la distinction bipartite des statuts héritée de l'Ancien droit, il n'en est pas moins celui qui, inspiré par Story, a réintroduit les idées hollandaises en France (§ 1). En revanche, Demangeat, son disciple et continuateur, est beaucoup plus sensible à la dimension d'ordre public qui s'attache à l'alinéa 1^{er}. S'il ne s'exprime pas pleinement dans les différentes rééditions du *Traité* de Foelix qu'il supervise, encore contraint qu'il est par le texte de l'auteur, il développe des vues personnelles avec davantage de liberté et

d'ambition dans son *Histoire de la condition des étrangers en France*, parue en 1844. Son œuvre marque le point de départ d'une littérature internationaliste tournée vers la condition civile des étrangers. Or, si la sujétion de l'étranger aux lois de police ne semble pas s'intégrer avec aisance dans une construction doctrinale encore hantée par la distinction entre statuts réels et statuts personnels, la condition civile des étrangers est un domaine qui s'offre naturellement aux réflexions sur la lettre et l'esprit de l'article 3, alinéa 1^{er}. C'est à partir de Demangeat et jusqu'en 1880 que s'épanouit en doctrine la notion de « loi d'ordre public » dont l'article 3, alinéa 1^{er} est, tout à la fois, le support et la justification (§ 2.). L'entreprise de Foelix n'a pas suscité beaucoup d'émules et elle est demeurée, jusque dans les années 1870, la référence incontournable en matière de conflits de lois. Mais les rares juristes à s'être dédiés à la tâche de rédiger un traité sur le droit international privé, comme Antoine Mailher de Chassat, Gabriel Massé ou, plus tardivement, Louis Barde, n'ont pas imité l'attitude de Foelix et se sont sentis tenus de conduire une analyse d'un article 3, qui se présente comme le siège de la matière¹⁹⁷². Au milieu de doctrines où domine encore nettement l'influence de la théorie des statuts héritée de l'Ancien droit, l'alinéa 1^{er} redevient une référence incontournable et les usages qu'ils en font montrent qu'ils le perçoivent, également, comme l'emblème de la souveraineté et de la territorialité de la loi française face aux lois étrangères. De même, pour ceux qui se consacrent à la condition civile des étrangers, cet alinéa concentre en lui, à leurs yeux, non seulement toute la force du droit public et du droit pénal français, mais encore celle de cet ordre public international, qui trouve, précisément, son fondement dans ces lois de police (§ 3).

§ 1. L'acclimatation des thèses de l'École Hollandaise en France : la doctrine de Jean-Jacques-Gaspard Foelix entre territorialisme de principe et méconnaissance de l'article 3, alinéa 1^{er}.

S'il ne peut être considéré comme le père du droit international privé moderne, l'honneur revenant à son grand inspirateur, l'Américain Joseph Story, ni même comme le premier juriste européen à avoir écrit sur le sujet, la préséance devant être accordée au Napolitain Nicola Rocco, Jean-Jacques-Gaspard Foelix (1791-1853)¹⁹⁷³ s'est acquis plus d'un titre à passer à la postérité. Il demeure le juriste qui a réintroduit les thématiques relatives au conflit de lois dans la science juridique française, après la longue éclipse de la Révolution et des premières décennies du XIX^e siècle, et qui a pleinement rempli le rôle de légataire universel de la théorie des statuts de l'Ancien droit, réparant ainsi la chaîne interrompue entre Boullenois et l'après-Code civil. Il est, également, celui qui a fortement contribué à acclimater l'expression de « Droit international privé », qu'il tient de Story, en France et en Europe, en le choisissant comme titre de son œuvre majeure, le *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, publié à Paris en deux éditions, en 1843, puis révisée en 1847, du vivant de l'auteur, et perpétué par les troisième et quatrième éditions que prend à sa charge Charles Demangeat en 1856 et 1866. L'influence de Foelix, prolongée par Demangeat, s'est maintenue jusqu'à l'émergence d'une nouvelle génération, patronnée par l'équipe du *Journal du droit international privé* (connu également sous le nom de *Clunet*), fondé en 1874 et promu, par la suite, par la création d'un cours de licence portant sur le droit international privé en 1880. Le *Traité* de Foelix est la consécration des principes issus de l'École

¹⁹⁷² Sur cette première doctrine de droit international privé, voir les appréciations critiques de Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, Paris, 1905, pp. 177-179.

¹⁹⁷³ Jean-Louis HALPERIN, « FOELIX, Jean-Jacques-Gaspard », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 437-438.

Hollandaise et, notamment, des trois axiomes de Huber, qu'il reproduit avec une scrupuleuse fidélité, mais l'adhésion de l'auteur à la souveraineté/territorialité des lois de l'Etat le conduit, paradoxalement, à ignorer quasi totalement l'alinéa 1^{er} de l'article 3 du Code civil, dont il ne semble pas percevoir les liens de parenté très étroits qu'il entretient avec les idées hollandaises.

Fruit, à l'origine, d'une série d'articles parus en 1840 et 1841 dans la *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, dont Foelix est l'un des fondateurs, et qui forme déjà une suite doctrinale continue et cohérente, le *Traité du droit international privé* entend se modeler entièrement sur les *Commentaries on the Conflict of Laws*¹⁹⁷⁴ de Joseph Story (1779-1845)¹⁹⁷⁵, publiés en 1834, dont il est la transposition parfaite sur le plan de la théorie et dont il reprend la division en deux grandes parties, l'une générale, l'autre spéciale. La première d'entre elles, très brève et très condensée, expose, de manière synthétique, les principes généraux du droit international privé, tandis que la seconde, beaucoup plus ample et détaillée, traite de chacune des grandes questions pratiques que suscite le conflit de lois au prisme de l'Ancien droit, constamment cité à titre d'argument d'autorité, de la jurisprudence et du droit comparé, qui occupe une part très importante dans les développements. Foelix revendique fièrement cette filiation dès sa préface¹⁹⁷⁶, tout comme il revendique son attachement à la tradition héritée de l'Ancien droit. Il cultive le sentiment que les règles de résolution des conflits marquées du sceau de l'Histoire et de la pratique constante du *jus gentium* forment une vérité qui s'impose à toutes les nations, là où les codifications récentes, par leur manque d'ampleur et d'ambition, n'ont pas su saisir l'essence de la matière et ne forment, au mieux, que des solutions particulières pour chaque Etat. La contrepartie de sa méthode est donc son désintéressement pour les dispositions du Code civil, et, notamment, pour son article 3, qui brille, à ses yeux, par son insuffisance et sa trop grande modestie par rapport aux foisonnantes et luxuriantes constructions doctrinales de l'Ancien droit.

De Story, Foelix a hérité les présupposés théoriques, tout en réfutant l'idée de système, trop abstraite à son goût. Constatant l'absence de toute communauté juridique, et persuadé que l'indépendance des nations souveraines répugne à reconnaître une autorité supranationale, il déclare avoir eu pour seule intention de « réunir, dans un cadre méthodique, les règles ou principes qu'un usage assez général des nations paraît avoir consacrés ». Par les diverses sources qu'il a consultées – lois, traités internationaux, ouvrages de doctrine, arrêts de jurisprudence –, il lui a semblé que se dégagent un certain nombre de préceptes, que l'usage et le « consentement exprès ou tacite » des nations ont fini par confirmer.

Les principes fondamentaux de sa doctrine, exposés dans le chapitre III de son titre préliminaire, qui recouvre la partie purement théorique de son travail, se réclament entièrement de l'Ecole hollandaise, d'une manière générale, et de Ulrich Huber, en particulier¹⁹⁷⁷, et se placent sous l'autorité de Story :

9. Le premier principe général, en cette matière, résulte immédiatement du fait de l'indépendance des nations. « Chaque nation possède et exerce seule et exclusivement la souveraineté et la

¹⁹⁷⁴ Joseph STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 1^{ère} édition, Boston, 1834.

¹⁹⁷⁵ Sur Joseph Story, avocat puis magistrat parvenu en 1811 au poste de juge à la Cour Suprême, mais, également, professeur à Harvard, voir Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, *op. cit.*, pp. 140-150, et Bertrand ANCEL, *Eléments*, *op. cit.*, pp. 429-437. Voir aussi Kurt NADELMANN, « Joseph Story's Contribution to American Conflicts of Law », *American Journal of Legal History*, n°5, 1961, pp. 230-253 et Gerhard KEGEL, « Story and Savigny », *American Journal of Comparative Law*, n°37, 1989, pp. 39-66.

¹⁹⁷⁶ Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 3^e édition par Charles DEMANGEAT, t. 1, Paris, 1856, préface de la 2^{ème} édition, p. IV.

¹⁹⁷⁷ Sur les thèses de Ulrich Huber, voir, *supra*, pp. 205-224 et 293-323.

juridiction dans toute l'étendue de son territoire. » De ce principe, il suit que les lois de chaque Etat affectent, obligent et régissent de plein droit toutes les propriétés immobilières et mobilières qui se trouvent dans son territoire, comme aussi toutes les personnes qui habitent ce territoire, qu'elles y soient nées ou non ; enfin, que ces lois affectent et régissent de même tous les contrats passés, tous les actes consentis ou perpétrés dans la circonscription de ce même territoire...

10. Le second principe général, c'est qu'aucun Etat, aucune nation ne peut, par ses lois, affecter directement, lier ou régler des objets qui se trouvent hors de son territoire, ou affecter et obliger les personnes qui n'y résident pas, qu'elles lui soient ou non soumises par le fait de leur naissance. C'est là une conséquence du premier principe général : le système contraire, qui accorderait à chaque nation le pouvoir de régler les personnes ou les choses se trouvant hors de son territoire, méconnaîtrait l'égalité des droits entre les diverses nations et la souveraineté exclusive qui appartient à chacune d'elles.

11. Les deux principes que nous venons d'énoncer engendrent une conséquence importante, et qui renferme notre doctrine tout entière : c'est que tous les effets que les lois étrangères peuvent produire dans le territoire d'une nation dépendent absolument du consentement exprès ou tacite de cette nation. Une nation n'étant point obligée d'admettre dans son territoire l'application et les effets des lois étrangères, elle peut indubitablement leur refuser tout effet dans ce territoire : elle peut prononcer cette prohibition à l'égard de quelques-unes seulement, et permettre que d'autres produisent leurs effets en tout ou en partie. Si la législation de l'Etat est positive sous l'un ou l'autre de ces points de vue, les tribunaux doivent nécessairement s'y conformer. En cas de silence, et alors seulement, les tribunaux peuvent apprécier, dans les espèces particulières, jusqu'à quel point il y a lieu à suivre les lois étrangères et à en appliquer les dispositions. Le consentement exprès de la nation à l'application des lois étrangères dans son territoire résulte soit de lois par elle rendues, soit de traités conclus avec d'autres nations. Le consentement tacite se manifeste par les décisions des autorités judiciaires et administratives, ainsi que par les travaux des auteurs.

Les législateurs, les autorités publiques, les tribunaux et les auteurs, en admettant l'application des lois étrangères, se dirigent, non pas d'après un devoir de nécessité, d'après une obligation dont l'exécution peut être exigée, mais uniquement d'après des considérations d'utilité et de convenance réciproque entre les nations (*ex comitate, ob reciprocam utilitatem*). La nécessité du bien public et général des nations a fait accorder, dans chaque Etat, aux lois étrangères, des effets plus ou moins étendus. Chaque nation a trouvé ses avantages dans ce mode de procéder...

Aujourd'hui, toutes les nations ont adopté, en principe, l'application, dans leurs territoires, des lois étrangères, sauf toutefois (ainsi que nous venons de l'indiquer, et que nous l'expliquerons encore par la suite) les restrictions exigées par le droit de souveraineté et l'intérêt de leurs propres sujets.¹⁹⁷⁸

Deux principes généraux et un corollaire : Foelix ne se contente pas d'adopter la construction axiomatique de Huber, il en transpose les idées fondamentales :

1) L'indépendance des nations, qui rend illusoire ou, au moins, hypothétique la perspective d'un *jus commune*, signifie qu'elles seules exercent, *de plein droit*, « la souveraineté et la juridiction » sur leur territoire, c'est-à-dire sur les biens qui y sont situés, sur les personnes qui s'y trouvent et sur les actes qui y sont conclus. « Les lois de chaque Etat affectent, obligent et régissent de plein droit... toutes les personnes qui habitent ce territoire, qu'elles y soient nées ou non » : Foelix reformule, en termes résolument huberiens, la règle contenue dans l'article 3, alinéa 1^{er}, sans faire référence à

¹⁹⁷⁸ Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 3^e édition par Charles DEMANGEAT, t. 1, Paris, 1856, titre préliminaire, chapitre III, n°9-11, pp. 19-22. Voir aussi la préface de la seconde édition qui figure aux pp. III-IV. Le choix a été fait de se fonder sur la troisième édition qui reproduit avec fidélité le texte de l'auteur dans son dernier état et qui permet, de surcroît, de consulter les annotations qu'y a apporté Charles Demangeat. Voir, *infra*, p. 768, la suite logique de l'idée exprimée par la dernière phrase.

celle-ci, et l'énonce même avec un exclusivisme que n'auraient pas renié les Rédacteurs du Code, jusqu'à ce qu'ils soient contraints d'amender le caractère absolu de la règle pour faire place à l'extraterritorialité du statut personnel ;

2) Par identité de raison, et toujours en raison de la souveraineté/territorialité que revendique chaque Etat à son profit, le pouvoir d'un Etat se confine, *de plein droit*, à son territoire et ne peut en franchir les limites. Les biens et les personnes qui sont hors de portée de son pouvoir lui échappent complètement et sont laissés à la discrétion des Etats sur lesquels ils se situent ou ils se trouvent ;

3) Le corollaire réside dans le troisième axiome: un Etat n'est jamais tenu, *de plein droit*, d'accepter l'action d'une loi étrangère sur son territoire. Si la plupart des Etats, aujourd'hui, acceptent de laisser une loi étrangère produire ses effets à l'intérieur de leur frontière, c'est par une tolérance qui s'appuie, non pas sur une contrainte juridique de quelque sorte (qui serait attentatoire au premier principe), mais sur le « consentement exprès ou tacite » de la part de l'Etat. C'est « l'utilité et la convenance réciproque entre les nations » – *ex comitate* et *ob reciprocam utilitatem* pour reprendre des expressions employées en son temps par Huber – qui ont conduit les Etats à s'entendre entre eux afin de laisser les lois étrangères franchir les limites du territoire et être sanctionnées par leurs tribunaux.

La doctrine de Foelix est la traduction quasi parfaite des trois axiomes de Huber et s'inscrit dans la droite ligne de la *comity of Nations* chère à Story. Elle véhicule l'idée qui est à la racine même de l'article 3, alinéa 1^{er} et elle rappelle, dans sa définition de la *comitas*, le droit souverain de chaque Etat de refuser à une loi étrangère de pénétrer sur son territoire. Par conséquent, découle de son adhésion aux thèses des Hollandais une conséquence naturelle : le principe même de l'ordre public international, érigé en barrière contre la loi étrangère, qui est bien présent au cœur de son système de pensée, mais qu'il voit comme un usage commun aux souverainetés et non comme la règle qui serait exprimée par une disposition du Code civil :

15. Ainsi que nous l'avons fait remarquer au n° 11, l'application des lois étrangères admet une double restriction, fondée sur le principe de l'indépendance des nations : les lois étrangères ne peuvent être invoquées, si elles préjudicient au droit de souveraineté ou aux droits des nationaux. Aucune nation ne renonce, en faveur des institutions d'une autre, à l'application des principes fondamentaux de son gouvernement ; elle ne se laisse pas imposer des doctrines qui, selon sa manière de voir, sous le point de vue moral ou politique, sont incompatibles avec sa propre sécurité, son propre bien-être, ou avec la consciencieuse observation de ses devoirs ou de la justice. Ainsi, aucune nation chrétienne ne tolère sur son territoire l'exercice de la polygamie, de l'inceste, l'exécution de conventions ou de dispositions contraires à la morale, l'emploi de châtimens et de cruautés qui se trouvent autorisés par les mœurs des infidèles. Ainsi, on ne reconnaît pas aux étrangers le droit d'amener des esclaves et de les traiter comme tels. De même, toute nation refuse d'appliquer dans son territoire les lois étrangères fondées sur un égoïsme étroit, et consacrant des faveurs ou privilèges au profit de leurs nationaux.¹⁹⁷⁹

La conception de l'ordre public international, ici développée par l'auteur, souligne, de manière intéressante, les deux sortes d'intérêts que la loi française peut prendre à sa charge pour repousser les conséquences indésirables d'une loi étrangère trop éloignée des valeurs de l'ordre juridique français : le « droit de souveraineté » et « les droits des nationaux ». Les perspectives

¹⁹⁷⁹ Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 3^e édition par Charles DEMANGEAT, t. 1, Paris, 1856, titre préliminaire, chapitre III, n°9-15, pp. 28-30.

d'intervention de la loi française qu'ouvrent ces deux intérêts, public et privé, s'avèrent riches en potentialités, que la jurisprudence ne manquera pas d'exploiter.

Comment expliquer, dans ces conditions, que Foelix n'ait jamais fait, dans l'ensemble de son œuvre, le rapprochement entre l'alinéa 1^{er} de l'article 3 du Code civil et les principes fondamentaux qu'il défend aussi fièrement ? La construction théorique de Foelix est entièrement imprégnée de la forte influence qu'exerce sur lui la théorie des statuts, dont il peine, d'ailleurs, à se détacher, y compris au moment d'expliquer la règle contenue dans l'alinéa 3, et elle se bâtit, en grande partie, autour de la division bipartite des statuts, qui autorise donc à traiter du sort des deux derniers alinéas de l'article 3. Or, la théorie des statuts hollandaise donne à Foelix et à ses successeurs un principe d'explication qui permet aux Etats souverains d'orchestrer, d'une manière qui leur semble harmonieuse et respectueuses des identités juridiques de chacun, les rapports privés internationaux, sans blesser l'ordre public international. De même, la théorie des statuts française offre aux auteurs français un cadre formel et conceptuel qui permet de disperser les différentes lois en concours autour de l'articulation que représente la distinction des statuts réels et personnels, qui n'est pas conçue de manière exclusive, autorisant ainsi de réfléchir sur la loi relative aux meubles ou encore à la forme des actes. C'est cet alliage entre héritage de la tradition française et réception des idées hollandaises que reprennent les premiers auteurs, qui, à la suite de Foelix, s'aventurent à rédiger des traités de droit international privé, en usant encore d'une rhétorique et d'un schéma de pensée ouvertement statutistes.

Malgré l'indéniable influence hollandaise qui conditionne l'entièreté de ses principes fondamentaux, Foelix ne professe pas un grand égard pour l'alinéa 1^{er}, auquel il ne se réfère quasiment jamais, alors même que les lois de police sont la manifestation par excellence de la souveraineté/territorialité et que Bouhier et Boullenois en parlaient expressément dans leurs ouvrages respectifs. Mais le paradoxe trouve sans doute son explication dans le fait que, précisément, cet alinéa vise, aux yeux de Foelix, les dispositions de droit public et de droit pénal de chaque Etat, c'est-à-dire des normes extérieures au conflit de lois en matière de droit privé et qui ne rentrent que marginalement dans le cadre du conflit de lois¹⁹⁸⁰. A l'inverse, coïncidant mieux avec ses options, les alinéas 2 et 3 retiennent bien plus naturellement son attention. Les seules lois de police que Foelix se donne la peine d'évoquer expressément, en lien direct avec l'alinéa 1^{er}, sont de deux sortes :

1) D'une part, les mesures d'urgence, provisoires ou conservatoires prises pour la sûreté d'une personne en état de faiblesse. Alors qu'il rappelle le principe, déjà bien ancré en jurisprudence, de la compétence absolue des tribunaux français pour prendre des mesures conservatrices ou provisoires, nonobstant leur incompétence sur le fond, il ne le rattache aucunement à l'article 3, alinéa 1^{er}, sauf dans le cas précis où les relations de famille placent une personne en état de détresse :

¹⁹⁸⁰ Par interprétation *a contrario* d'une note de bas de page de Foelix, à propos de l'article 5 du Code des Deux-Siciles : « Les lois obligent tous ceux qui habitent le territoire du royaume, qu'ils soient citoyens, étrangers domiciliés, ou passagers ». Foelix commente ainsi cet article : « Le texte n'ajoute pas, comme le premier alinéa de l'art. 3 du Code civil français, après les mots : *les lois*, ceux : *de police et de sûreté* ; l'omission de cette addition restrictive démontre l'intention du législateur de généraliser la disposition ». Parler, comme il le fait, d'addition restrictive tend à prouver qu'il ne voit pas dans ledit alinéa l'expression d'un principe général, mais bien davantage un tempérament qui en énerve la force : voir Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 3^e édition par Charles DEMANGEAT, t. 1, Paris, 1856, livre premier, titre premier, section première, n°32, p. 73.

[Mesures dans l'intérêt de la personne] 162. Il a même été admis que les tribunaux français sont compétents à l'effet d'ordonner des mesures conservatrices ou provisoires, relatives aux contestations entre étrangers dont ils ne peuvent pas examiner le fond...

Il a été reconnu que, lorsqu'il s'élève des contestations entre époux étrangers qui résident en France, les tribunaux peuvent, par application du § 1^{er} de l'art. 3 du Code civil, ordonner des mesures provisoires nécessaires à la sûreté de l'une des parties, ou pour lui assurer des moyens d'existence. Il en est de même des mesures d'égalité nature dans l'intérêt des enfants.

Ils peuvent autoriser la femme à quitter la maison du mari provisoirement, par mesure de prudence, de police ou de convenance.

De même, ils peuvent connaître d'une réclamation d'aliments formée par une femme étrangère contre son mari.¹⁹⁸¹

2) D'autre part, la mise en cause de la responsabilité pénale de l'étranger, qu'il évoque de manière relativement classique, sans analyser plus avant le sens et la portée de l'alinéa :

[Responsabilité pénale] 578. En France, l'art. 3 du Code civil porte : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». D'après ce texte, nul doute qu'un étranger peut être poursuivi en France pour crimes ou délits par lui commis dans le territoire français.¹⁹⁸²

Dans l'une et l'autre situation, Foelix a été confronté à une jurisprudence qui a fait usage de l'alinéa 1^{er} pour fonder son intervention au bénéfice de l'étranger et les solutions qu'il relaie recourent volontiers les solutions que retient, de son côté, la doctrine civiliste pour caractériser les lois de police. Mais il n'en infère aucune définition théorique qui permettrait de deviner l'interprétation qu'il donne des lois de police et de sûreté. La réflexion de Foelix est, au fond, réduite à sa plus simple expression au sujet d'un alinéa 1^{er} qui s'intègre, semble-t-il, mal à sa doctrine : il est influencé par les qualifications « de police et de sûreté » qui figurent dans l'alinéa 1^{er} et qui l'éloigne du champ d'étude qu'il s'est circonscrit, à savoir le droit privé. Sans doute se sent-il encouragé dans son attitude de relative indifférence par les précédents historiques de Bouhier et de Boullenois. Certes, ceux-ci s'intéressent grandement aux lois de police et aux lois pénales et s'estiment tenus d'en faire état, mais ils éprouvent un certain trouble face à ces lois qui, soit échappent à la division bipartite des statuts (ce que Boullenois parvient à assumer, *in fine*, en en faisant une classe à part de lois dans les principes généraux qui ouvrent son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*), soit y entrent de manière trop artificielle, par le recours fort commode à une classification *ab effectu*, comme c'est le cas chez Bouhier. Foelix choisit, quant à lui, d'ignorer ces lois de police et de sûreté, car, naturellement incluses dans son premier principe, elles sont directement tournées vers l'ordre interne et n'offrent pas, pour lui, de projection sur le conflit de lois. A l'époque où il écrit, les lois de police et de sûreté ne sont pas envisagées sous cet angle, mais sous celui de la condition civile de l'étranger.

¹⁹⁸¹ Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 3^e édition par Charles DEMANGEAT, t. 1, Paris, 1856, livre deuxième, titre deuxième, chapitre deuxième, section deuxième, n°162, p. 313.

¹⁹⁸² Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 3^e édition par Charles DEMANGEAT, t. 1, Paris, 1856, t. 2, livre deuxième, titre neuvième, chapitre troisième, pp. 291-292. Il s'appuie sur Jean-Henri-Claude MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Bruxelles, 1839, n°69, pp. 54-55, qui estime que l'action publique s'étend aux étrangers qui commettent sur le territoire une infraction pénale, qu'ils en soient les résidents ou qu'il n'y soient que de passage, en raison de leur sujétion *ratione delicti* aux lois pénales qui y ont cours.

§ 2. Charles Demangeat et la question de condition civile de l'étranger : les lois de police au service de l'ordre public international.

Charles Demangeat (1820-1896)¹⁹⁸³, avocat et professeur de droit romain à Paris, après avoir été suppléant, puis, enfin, magistrat à la Cour de cassation à partir de 1870, est entré dans la carrière du droit international privé par son *Histoire de la condition civile des étrangers en France sous l'Ancien et le nouveau droit*, parue en 1844, et par sa collaboration régulière à la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* de Foelix, qui l'a désigné pour prendre sa succession dans l'édition de son *Traité*. De fait, il enrichit de ses annotations les troisième et quatrième éditions (1856 et 1866) de la grande œuvre de Foelix, où, tout en gardant la déférence aux idées exprimées par son prédécesseur, il n'hésite pas à faire entendre son opinion et à faire valoir, s'il y a lieu, son désaccord. Il y affiche, de façon ponctuelle, une considération plus marquée pour l'alinéa 1^{er} et pour le recours à l'ordre public, mais toujours en s'appuyant sur la jurisprudence, qui lui sert de guide suprême. Son évolution ultérieure vers l'universalisme ne se fait pas encore trop sentir dans ses annotations, mais elle s'inscrit dans une logique de plus grande ouverture sur les systèmes juridiques étrangers et sur le comparatisme, là aussi, dans l'espoir que des règles jurisprudentielles communes puissent parvenir à créer une harmonie entre les différentes législations¹⁹⁸⁴.

Cependant, davantage qu'à cette approche de la matière, qui demeure encore très casuistique, quoiqu'elle soit très riche d'enseignement d'un point de vue pratique, c'est dans son *Histoire de la condition civile des étrangers* et dans ses articles à la *Revue pratique de droit français*, dont il est un des fondateurs en 1856, que Demangeat livre ses vues les plus personnelles et les plus approfondies. Dans son grand ouvrage qui ne se restreint pas à la seule perspective historique¹⁹⁸⁵, mais qui jette ses regards sur l'état du droit français en vigueur dans le début des années 1840, il traite, à plusieurs reprises, de l'assujettissement de l'étranger aux lois de police et de sûreté sous l'empire du Code civil. Son ouvrage, le plus fameux sur la question, peut servir utilement d'étalon-maître pour évaluer les autres travaux, trop mineurs pour être rangé sur un pied d'égalité avec lui, qui paraissent, entre 1840 et les années 1880, sur la question de la condition civile des étrangers, mais qui, tous, abordent la question des lois de police.

Demangeat analyse, tout d'abord, les rapports qu'entretiennent les étrangers présents sur le territoire avec le droit constitutionnel, sous l'angle des droits et des devoirs qui leur sont reconnus par l'Etat. Venant à la question des devoirs, qui met directement l'étranger aux prises avec l'article 3, alinéa 1^{er}, il range cette dernière disposition parmi les lois qui garantissent l'ordre public, en l'introduisant de cette manière :

L'étranger est obligé à ne rien faire de contraire à l'ordre public : spécialement en ce qui concerne nos lois pénales, elles sont applicables contre lui aussi bien qu'en sa faveur.

Chaque État en effet a naturellement et nécessairement le droit de veiller à sa conservation, au maintien de l'ordre qui résulte de sa constitution. En conséquence, dès qu'un étranger commet

¹⁹⁸³ Jean-Louis HALPERIN, « DEMANGEAT, Charles », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, p. 320.

¹⁹⁸⁴ Charles DEMANGEAT, « Introduction », *Clunet*, 1874, n°1, p. 7-16, où, présentant la toute jeune revue sur les fonts baptismaux, il se réfère au constat de Foelix de l'impossibilité de parvenir à un règlement uniforme des conflits de lois et formule le vœu que ce constat puisse être balayé par les évolutions récentes de la discipline, qui incitent à croire dans la possibilité de créer une communauté de droit.

¹⁹⁸⁵ Sur laquelle il faut relever, spécialement, les considérations de l'auteur sur le maintien, sous la Révolution, des dispositions tenant à l'ordre public et des lois pénales à l'égard de l'étranger, même lorsque celui-ci fut généreusement accueilli par la philanthropie des débuts de la Révolution : voir Charles DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers*, Paris, 1844, chapitre IV, première période, p. 246-248.

chez nous un de ces actes qui donnent ordinairement naissance à une action publique, parce qu'ils atteignent, directement ou indirectement, la société tout entière, cet étranger tombe sous le coup de la loi française, qui, sans sortir des bornes de la justice, veille à ce que les actes de cette nature ne puissent, par l'impunité de leur auteur, offrir un attrayant et trop dangereux exemple. Peu importe que l'acte coupable émane d'un Français ou d'un étranger : l'impunité serait également fâcheuse. Il faut donc dire sans hésiter que toutes les règles de notre législation pénale s'appliquent en principe à l'étranger, qui a violé les lois de l'hospitalité en portant atteinte à cet ordre social qui lui donnait protection ; et jamais il n'y aura lieu de distinguer si le fait commis au mépris de notre loi est ou non réputé illicite dans le pays de l'étranger.¹⁹⁸⁶

Après avoir rappelé la lettre de l'article 3, alinéa 1^{er}, Demangeat s'efforce d'identifier la nature même de ces lois de police et de sûreté et de discerner à quel type de législation – civile, criminelle ou publique – elles correspondent. Sa réponse se construit en deux temps. Dans un premier temps, il explique les sens qu'il convient de donner aux termes « police » et « sûreté » qui sont expressément visés par l'alinéa 1^{er} de l'article 3 :

Que faut-il entendre précisément par *Lois de police et de sûreté* ? D'abord, ce ne sont pas seulement les lois pénales proprement dites ; il faut encore, évidemment, comprendre sous cette dénomination les lois simplement préventives, les mesures de précaution qui tendent à empêcher les infractions aux lois, ou même à empêcher certains accidents. De plus, nous ne prenons pas ici le mot *Lois* dans son sens spécial ou technique : nous appliquons également sans difficulté à tous ceux qui se trouvent sur le territoire les différents actes du pouvoir exécutif, les différents règlements qui sont rendus par certains fonctionnaires dans les limites de leur compétence pour assurer la tranquillité publique.¹⁹⁸⁷

Ainsi, les règlements de police (« pour assurer la tranquillité publique »), de nature administrative, et qui appartiennent au droit public de chaque Nation, et les lois pénales, qui sont évoquées presque comme une évidence constatée *a fortiori*, ont vocation à constituer le cœur même de la catégorie des lois de police et de sûreté. Cette catégorie ne se limite pas à la seule norme législative, mais, également, aux actes pris par la puissance publique par l'intermédiaire du pouvoir exécutif, agissant dans l'intérêt commun¹⁹⁸⁸. Cette idée, somme toute classique, est constamment réaffirmée par l'ensemble des auteurs, sans exception, qui traitent de la condition civile des étrangers en France à la même époque : la double acception, publiciste et pénale, est même souvent le premier trait de caractère qui est attaché à l'alinéa 1^{er} de l'article 3. C'est pourquoi certains d'entre eux prennent la même précaution de langage que Demangeat, en précisant que le terme « loi » doit s'entendre *lato sensu* et inclure les actes ordinaires de police administrative¹⁹⁸⁹.

Jusqu'à présent, Demangeat a insisté sur la dimension répressive des lois de police et de sûreté, en rappelant la soumission de l'étranger à la loi française à raison des délits qu'il a pu commettre en contravention d'une disposition pénale, mais au cas de contravention à une

¹⁹⁸⁶ Charles DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers*, Paris, 1844, chapitre V, section première « Des étrangers du point de vue du droit constitutionnel », pp. 311-312.

¹⁹⁸⁷ Charles DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers*, Paris, 1844, chapitre V, section première, pp. 312-313.

¹⁹⁸⁸ Voir également Charles-Alexandre SAPEY, *Les étrangers en France sous l'ancien et le nouveau Droit*, Paris, 1843, p. 203 et Jules BATBIE, *De la condition civile des étrangers en France*, Paris, 1862, p. 100.

¹⁹⁸⁹ Eugène SOLOMAN, *Essai sur la condition juridique des étrangers*, Paris et Tours, 1844, chapitre II, p. 23 : « Le mot lois comprend ici non seulement l'œuvre directe du pouvoir législatif, mais aussi les arrêtés de police faits par les maires dans les limites de leurs attributions déterminées par la loi (loi du 24 août 1790). Ces actes des maires sont comme une émanation indirecte du pouvoir législatif sur les points attribués à leur juridiction ». Henri BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris, 1865, pp. 280-281, pour sa part, paraphrase purement et simplement Demangeat dans la définition qu'il donne des lois de police et de sûreté.

réglementation de police administrative. La justification, annoncée dès le début, réside toujours dans la préservation de l'ordre public français, qui, d'interne, devient international, par l'énoncé de la règle de la *lex loci delicti*. Certains estiment que c'est autant l'action publique que l'action civile qui est réglementée par cet article, en raison du principe de soumission à la *lex loci delicti* et de la compétence du tribunal du lieu de l'infraction : les deux actions sont indissociables, parce que c'est toujours au lieu où le fait délictueux a été commis et le préjudice subi qu'il convient d'apporter la réparation¹⁹⁹⁰.

L'auteur, d'ailleurs, ne manque pas d'accorder le bénéfice de la réciprocité au ressortissant étranger, en soulignant, à propos des droits qui lui sont reconnus, qu'il a, tout autant, le droit d'en bénéficier qu'il a le devoir de s'y soumettre¹⁹⁹¹. C'est un principe que les auteurs s'attachent parfois à invoquer comme une « équitable réciprocité » pour justifier l'application de ces règles, dans le prolongement d'un célèbre *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques* lu par Portalis jeune¹⁹⁹².

Dans un second temps, Demangeat entend dépasser cette acception classique et élargir la classe des lois destinées à intégrer le champ d'action de l'ordre public et, donc, rentrer dans le périmètre des « lois de police ». Par contraste avec la conception restrictive encore dominante, notamment dans la doctrine civiliste, il fait preuve de davantage de profondeur de vue, en observant que l'ordre public, au sens du droit civil, a vocation à s'identifier à l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil :

Ce n'est pas encore là l'énumération complète de toutes les natures de règles positives auxquelles fait allusion le 1^o de l'article 3 du Code civil. Toutes les dispositions de nos lois, qui sont purement civiles en ce sens qu'elles ne sont point sanctionnées pour le cas d'inobservation par des peines proprement dites, mais qui sont fondées sur la protection due aux mœurs publiques, ou sur le désir de prévenir le scandale, ou enfin qui se rattachent intimement aux principes libéraux de notre organisation sociale, toutes ces dispositions-là doivent enchaîner l'étranger aussi bien que le

¹⁹⁹⁰ Charles-Alexandre SAPEY, *Les étrangers en France sous l'ancien et le nouveau droit*, Paris, 1843, p. 203 ; Eugène SOLOMAN, *Essai sur la condition juridique des étrangers*, Paris, Tours, 1844, p. 25 ; Jules BATBIE, *De la condition civile des étrangers en France*, Paris, 1862, pp. 100-101 ; Auguste GUILLET, *De la condition civile des étrangers à Rome et en France*, Yvetot, 1863, pp. 150-151 ; Henri BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris, 1865, pp. 7-8, 175 et 280 ; Albert TROCHON, *Les étrangers devant la justice française*, Paris, 1867, pp. 262-264 ; Edmond CONTAL, *De la condition civile des étrangers à Rome et en France*, Nancy, 1870, pp. 156-157 ; René PORTET, *De la condition juridique des étrangers en France et de la naturalisation*, Evreux, 1882, pp. 177-179.

¹⁹⁹¹ Charles DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers*, Paris, 1844, chapitre V, section première, pp. 306-307 : « Les étrangers ont, évidemment, le droit de sûreté, c'est-à-dire qu'ils peuvent réclamer la protection du gouvernement, pour eux-mêmes et pour leurs propriétés, et la réparation du dommage à eux injustement causé sous l'un ou l'autre de ces points de vue ». L'auteur, *eod. loc.*, range le droit de sûreté et celui de bonne renommée (qui protège la personne dans sa réputation) parmi « la classe des droits privés parce qu'ils constituent dans leur principe des rapports de particulier à particulier, mais que nous rangeons cependant ici à la suite des droits publics », parce qu'ils ont trait à l'ordre public étatique et qu'ils sont, pour cette raison, protégés par des dispositions répressives. Voir aussi pp. 310-311 : « toujours en vertu de cette même idée de réciprocité, l'étranger est également astreint à ne rien faire qui puisse porter atteinte à cet ordre public dont il recueille les bienfaits » et p. 393 sur le droit de l'étranger à obtenir justice d'un délit qu'il a subi en France de la part d'un autre étranger, en raison de l'atteinte à « l'ordre public ».

¹⁹⁹² Henri BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris, 1865, pp. 164-165 ; Albert TROCHON, *Les étrangers devant la justice française*, Paris, 1867, pp. 261-262. Tous deux, plaidant pour la réciprocité, invoquent le rapport à l'Académie des Sciences morales et politiques de Joseph-Marie PORTALIS inséré dans la *Revue de législation et de jurisprudence (revue Wolowski)*, t. VI, 1842, pp. 122-157, faisant l'éloge de l'ouvrage de Nicola ROCCO, *De l'usage et de l'autorité des lois du royaume des Deux-Siciles dans leurs rapports avec la personne des étrangers qui habitent ce royaume et le pays auquel ils appartiennent*, publié en 1837. Portalis jeune y déclare, notamment, que : « tous les jours, on contraint des étrangers à subir la juridiction du pays où ils se trouvent pour l'application des lois de police et de sûreté, et on voudrait qu'ils ne puissent l'invoquer dans leur intérêt quand ils ont besoin de sa protection et de son équité ? Mais l'étranger, en mettant le pied sur le territoire d'un pays qui n'est pas le sien, ne contracte-t-il pas nécessairement avec tous ceux qui l'habitent l'obligation générale de se soumettre à la juridiction locale ? C'est une nécessité de sa position, autrement tout pacte lui serait interdit, au moins avec d'autres étrangers » (*eod. loc.*, p. 146).

Français. Nul doute par exemple que l'étranger invoquerait en vain sa loi personnelle pour se soustraire à la disposition du Code civil qui défend de pactiser sur succession non encore ouverte, à la disposition du même Code qui prohibe en général la recherche de la paternité, etc.¹⁹⁹³

L'interprétation de Demangeat est, cette fois-ci, au contraire de nombre de ses contemporains commentant le même article, délibérément extensive : ainsi, l'application des lois de police et de sûreté ne dépend plus de la nature même de la loi (loi pénale, de droit public, de droit privé), mais le terme même peut s'entendre de toute législation prohibitive, de nature civile, qui défendrait qu'un étranger excipât de son statut personnel pour se soustraire à ses dispositions. Ainsi, d'après l'auteur, l'ordre public peut ainsi être légitimement opposé à celui qui prétendrait échapper à la prohibition des pactes sur succession future ou à la prohibition de la recherche en paternité naturelle. C'est là renouer avec la logique propre aux statuts prohibitifs, désormais projetés dans la dimension purement internationale des conflits de lois et opposables aux statuts personnels ou aux conventions placées sous l'empire de droits étrangers. L'un des successeurs de Demangeat, Amédée Danguillecourt, écrivant en 1875, est bien représentatif de cette interprétation large de l'article 3, alinéa 1^{er} et de l'extension des impératifs tenant à l'ordre public international aux lois civiles. Aux dispositions de droit public et de droit pénal, il ajoute :

... toutes les mesures qui tendent à garantir la sûreté des propriétés, à protéger les personnes, à assurer le bon ordre et, par cela même, toutes les dispositions de nos lois civiles, qui, bien que dépourvues de sanctions pénales, sont inspirées par des considérations d'ordre public ou social. Ainsi, l'étranger est tenu de se soumettre non seulement à nos lois pénales, mais encore à toutes nos dispositions civiles se rattachant de près ou de loin à l'ordre public.¹⁹⁹⁴

Or, c'est cette conception extensive de l'ordre public international, véhiculé par les lois de police, que Demangeat contribue à diffuser, à travers son ouvrage, aux doctrines civiliste et internationaliste de son temps. La conséquence la plus immédiate est qu'une partie de la doctrine n'hésite plus à suivre Demangeat et assimiler purement et simplement les lois de police aux « lois d'ordre public », en adoptant la même définition élargie de l'article 3, alinéa 1^{er}¹⁹⁹⁵.

Quels domaines la conception extensive de l'ordre public conquiert-elle ? Demangeat donne quelques exemples de son application, mais c'est, en grande partie, les auteurs qui traitent de la condition civile des étrangers, en même temps ou après lui, qu'il appartient d'en observer les manifestations. Les lois pénales, et les actions en justice qui en découlent, étant l'archétype des lois de police et de sûreté, il n'est pas nécessaire de revenir dessus. Sans prétendre en dresser une liste exhaustive, il est, néanmoins, possible d'apprécier l'étendue du champ d'application matériel qui s'ouvrent aux lois d'ordre public :

1° Dans le droit fil de la responsabilité pénale, Jules Batbie et Auguste Guillet concordent pour être d'avis que la responsabilité civile entre naturellement dans le champ de l'article 3, alinéa 1^{er}, qu'ils citent explicitement¹⁹⁹⁶ ;

¹⁹⁹³ Charles DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers*, Paris, 1844, chapitre V, section première, pp. 313-314.

¹⁹⁹⁴ Amédée DANGUILLECOURT, *De la condition des étrangers en France*, Paris, 1875, pp. 182-183.

¹⁹⁹⁵ L'assimilation des lois de police aux « lois d'ordre public » se fait particulièrement ressentir, chez Albert TROCHON, *Les étrangers devant la justice française*, Paris, 1867, pp. 261-270 ; Amédée DANGUILLECOURT, *De la condition des étrangers en France*, Paris, 1875, pp. 182-183 et 223 ; René PORTET, *De la condition juridique des étrangers en France et de la naturalisation*, Evreux, 1882, pp. 177-179.

¹⁹⁹⁶ Jules BATBIE, *De la condition civile des étrangers en France*, Paris, 1862, pp. 110-111 : « Ainsi comme les lois de police et de sûreté protègent tous ceux qui habitent le territoire, on est d'accord pour proclamer la compétence forcée de nos tribunaux, lorsqu'il s'agit de la réparation civile d'un délit ou d'un quasi-délit commis en France par un étranger à

2° Les mesures conservatoires, provisoires et d'urgence : elles sont unanimement reconnues comme d'application immédiate et impérative lorsqu'il s'agit de protéger les personnes ou les biens. L'intervention des juges est beaucoup plus sensible lorsqu'ils sont confrontés à une situation de détresse familiale. Avant tout règlement du litige au fond, ou même au cas où ils seraient incompétents pour trancher la question principale, les juges français ont le devoir, sur le fondement de l'article 3, alinéa 1^{er}, de prendre toutes les décisions qui s'imposent, lorsque la loi étrangère laisse ses ressortissants ou l'un d'entre eux sans secours ou sans ressources. Ainsi est-il de l'obligation alimentaire demandée par une femme ayant perdu la nationalité française par mariage contre son désormais ex-mari¹⁹⁹⁷ ; la protection que réclame une épouse à l'encontre de son mari en cas de mauvais traitement de celui-ci, et, notamment, la demande de vivre dans un domicile séparé¹⁹⁹⁸ ; et toutes sortes d'exemples semblables qui peuvent, d'ailleurs, sortir du champ du droit civil pour évoluer dans le périmètre du droit commercial¹⁹⁹⁹.

3° L'esclavage est un exemple privilégié par Charles Demangeat pour démontrer que la loi étrangère doit être déclarée, en pareil cas, contraire à l'ordre public français. Sur l'esclavage, Demangeat a ses fortes paroles :

Nos lois ont tellement horreur de l'esclavage et de tout ce qui y ressemble que, si nous supposons un citoyen d'un pays où cette plaie sociale existe encore, qui vient en France amenant à sa suite des esclaves ou des affranchis, nos lois se substitueraient à l'instant en faveur de ces malheureux à leur loi personnelle, et briseraient dans la main du maître ou du patron un pouvoir et des droits incompatibles avec les principes rationnels de notre organisation sociale. C'est là un des cas rares où la loi du pays de l'étranger, quoique éminemment personnelle, ne peut aucunement le suivre en France pour y régler son état et sa capacité, parce que cette loi est contraire à l'ordre public français.²⁰⁰⁰

« Nos lois se substitueraient à l'instant en faveur de ces malheureux à leur loi personnelle » : Demangeat semble ainsi incliner en faveur de l'application impérative et immédiate de la loi française, qui présente l'avantage de faire cesser le scandale aussitôt et, en principe, de plein droit, là où le recours à une exception d'ordre public supposerait, au moins, d'introduire une instance.

4° Eugène Soloman exige qu'il soit fait preuve de la même rigueur à l'égard des mariages

rencontre d'un autre étranger. On ne s'arrête pas là et on donne une décision analogue toujours en vertu de l'art. 3 en faveur des demandes en dommages-intérêts pour lésion d'un étranger, quant à sa personne ou quant à ses biens, alors même que cette lésion ne tomberait pas sous le coup de la loi pénale ». Voir, dans le même sens, Auguste GUILLET, *De la condition civile des étrangers à Rome et en France*, Yvetot, 1863, pp. 150-151.

¹⁹⁹⁷ Auguste GUILLET, *De la condition civile des étrangers à Rome et en France*, Yvetot, 1863, pp. 149-150, et la jurisprudence des juges du fond qu'il rapporte, parle « d'une obligation naturelle qui a quelque affinité avec les lois de police et de sûreté » et, dans le même sens, Henri BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris, 1865, pp. 175-176.

¹⁹⁹⁸ Auguste GUILLET, *De la condition civile des étrangers à Rome et en France*, Yvetot, 1863, pp. 151-152 : « pour arriver à ce résultat, il n'est pas nécessaire que la séparation de corps soit prononcée, et, comme il est du devoir du juge de pas laisser la femme exposée aux violences de son mari, il prendra à son égard une mesure provisoire, il l'autorisera à avoir une habitation séparée de celle de son mari. Dans ce cas, il fera une application de l'article 3. Mais il laissera entière la demande principale en séparation de corps afin qu'elle soit soumise à la juridiction naturelle des époux ». Toujours, dans le même sens, Henri BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris, 1865, pp. 175-176.

¹⁹⁹⁹ Eugène SOLOMAN, *Essai sur la condition juridique des étrangers*, Paris et Tours, 1844, résume l'idée en ces termes : la conscience des juges « les autorise à retenir les causes qui leur sont déférées ; elle veut surtout qu'ils aillent en avant, quand leur intervention est requise dans l'intérêt sacré de la sûreté des personnes et des bonnes mœurs », sauf manœuvre frauduleuse de la part d'un justiciable étranger. Il ajoute, dans sa note 52, qu'il illustre de nombreux exemples : « Ainsi, nos tribunaux peuvent heurter le droit de suite des lois personnelles en ordonnant, par application de l'art. 3, alinéa 1^{er} du Code civil, des mesures provisoires nécessaires à la sûreté de l'une des parties ».

²⁰⁰⁰ Charles DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers*, Paris, 1844, chapitre V, section première, p. 302.

polygamiques. La polygamie est trop éloignée des mœurs françaises pour être simplement tolérée par l'ordre public : « Nous ne reconnâtrons pas chez nous un état que les lois considèrent comme contraire à l'ordre public, par exemple l'esclavage ou la polygamie »²⁰⁰¹.

Il est intéressant de relever que les mariages polygamiques, voire incestueux ne suscitent pas, chez Demangeat, le même courroux que chez Soloman. S'il ne fait aucun doute que l'ordre public français s'oppose à la conclusion, en France, d'une nouvelle union par un mari du vivant de sa première femme, en vertu des articles 184 et 188 du Code civil, l'annotateur de Foelix n'est pas défavorable à l'idée d'une moindre réactivité de ce même ordre public en présence d'unions multiples qui auraient été contractées par un étranger dans son pays, et conformément aux lois qui y sont en vigueur, et à celle d'accorder, à tout le moins, le bénéfice du mariage putatif, comme pour les mariages entre parents à degré prohibé en France. Il refuse, en tout cas, d'envisager leur annulation²⁰⁰². La tolérance relative dont fait preuve l'auteur à l'égard d'une forme de mariage si éloignée des valeurs ayant cours en France n'est pas sans préfigurer, avec, sans doute, une certaine hardiesse pour son époque, l'effet atténué de l'ordre public à l'égard des mariages polygamiques, tel qu'il se révélera pleinement, un siècle plus tard, avec l'arrêt *Chemouni*, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 28 janvier 1958²⁰⁰³.

5° La puissance paternelle, si l'on en croit, du moins, Edmond Contal : « Puissance paternelle. La loi sur la puissance paternelle est, dans ses dispositions coercitives, une loi de police, de sûreté, d'ordre public. Le droit de garde, etc., devra être exercé dans les limites déterminées par la loi française, il n'y aura pas lieu ici de s'occuper de la loi étrangère »²⁰⁰⁴.

6° L'incapacité d'une personne protégée – femme mariée ou mineur – à conclure certains actes, qui vise le cas de figure, déjà rencontré en doctrine (lorsque celle-ci s'est disputée à propos des arrêts *Bonar contre d'Hervas* et *Fontellas*), de la personne protégée étrangère qui, ayant contracté avec un Français, excipe ensuite de son incapacité, fixée par sa loi personnelle, pour faire annuler l'engagement qu'elle a conclu²⁰⁰⁵. Ralliant la position adoptée par Auguste Valette à la même époque, Eugène Soloman considère qu'il s'agit d'un juste tempérament à l'application bilatérale de l'article 3, alinéa 3, tempérament qu'il formule ainsi : « si, par suite les principes fondamentaux de notre droit public, si le bon ordre ou les mœurs du pays sont en danger, si des intérêts français ont à souffrir des conséquences de ce système, appliquons par exception la loi française aux étrangers ». C'est pour cela qu'il milite pour l'application de l'article 3, alinéa 1^{er} au cas de figure envisagé²⁰⁰⁶ ;

7° L'article 37 du Code de commerce, qui soumet à l'autorisation du chef de l'Etat la création d'une société anonyme²⁰⁰⁷, constitue une « loi de police, qui en France, oblige les étrangers comme

²⁰⁰¹ Eugène SOLOMAN, *Essai sur la condition juridique des étrangers*, Paris, Tours, 1844, p. 33.

²⁰⁰² Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 3^e édition par Charles DEMANGEAT, t. 1, Paris, 1856, n°15, note (a), p. 29.

²⁰⁰³ *Grands Arrêts*, n°30-31, pp. 269-283. Voir, aussi, pour un panorama jurisprudentiel, Bertrand ANCEL, « Le statut de la femme du polygame », *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations internationales*, Paris, 1993, pp. 105-123.

²⁰⁰⁴ Edmond CONTAL, *De la condition civile des étrangers à Rome et en France*, Nancy, 1870, p. 209.

²⁰⁰⁵ Voir, *supra*, pp. 745-746 (où la dispute est évoquée par Duvergier) et, *infra*, pp. 818-820 et 834-835.

²⁰⁰⁶ Eugène SOLOMAN, *Essai sur la condition juridique des étrangers*, Paris et Tours, 1844, pp. 31-32. L'auteur aborde directement la question de l'application de la loi française à la question de l'incapacité ou de la capacité de la personne protégée un peu plus loin, aux pp. 36-37, déclarant, à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 juin 1834, *Fontellas* : « C'est une application, pour cause de dol, de la règle de l'art. 3, alinéa 1^{er} du Code civil sur les lois de police et de sûreté ». Sur la position de Valette, voir, *supra*, pp. 740-741. Sur l'arrêt en lui-même, voir, *infra*, pp. 834-835.

²⁰⁰⁷ CODE DE COMMERCE, Paris, Imprimerie impériale, 1807 : « La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du [chef de l'Etat] et avec son approbation pour l'acte qui la constitue : cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique ». Sur cette autorisation, voir Anne

les nationaux», en vertu de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, selon Henri Bonfils, qui, en l'occurrence, ne fait que se conformer à une jurisprudence bien installée et consacrée par un arrêt de la Chambre de requêtes de la Cour de cassation du 1^{er} août 1860²⁰⁰⁸.

8° La Cour de cassation, ainsi que le relèvent encore des auteurs comme Bonfils ou Trochon, n'hésite pas à appliquer la loi française relative à la faillite à un commerçant étranger, établi en France, et, selon un arrêt rendu par la Chambre des requêtes le 24 novembre 1857, ce serait en vain qu'il verrait dans cette législation sur la faillite un droit civil propre aux Français et non un droit issu des gens, qui, seul, serait applicable, sauf traité international, à l'étranger. En effet, la loi française, selon la Cour, a « les caractères d'une loi de police obligeant tous ceux qui habitent le territoire français »²⁰⁰⁹.

Dans la lignée de Demangeat, les auteurs qui ont traité de la condition civile des étrangers ont construit une catégorie de « lois d'ordre public », assise sur l'article 3, alinéa 1^{er} et ils ont été encouragés en cela par une pratique jurisprudentielle faisant un usage généreux des lois de police et de sûreté, tant à titre de loi d'application immédiate et impérative qu'à titre d'exception d'ordre public. L'idée de vouloir affiner une catégorie qui leur apparaît déjà comme un expédient pratique pour filtrer les effets portés par la loi étrangère qui prétend s'appliquer en France ne leur semble pas essentielle : là où le législateur de 1804 n'a pas distingué, il ne leur appartient pas de distinguer. Leur raisonnement est plus simple et se veut plus efficace : chaque fois qu'il faut expliquer, soit l'application impérative d'une loi française, soit la paralysie qui frappe la loi étrangère normalement compétente, l'article 3, alinéa 1^{er} se présente comme une justification toute trouvée reposant sur la souveraineté de la loi française, laquelle offre un principe que nul n'oserait même discuter. Les lois de police et de sûreté ont, naturellement, aux yeux de ces internationalistes, qui, en dépit de leur rôle mineur, ont contribué à leur manière à la progression de leur discipline, vocation à sortir du carcan étroit que semble indiquer leur appellation pour servir de substrat à l'ordre public international français, dont les premières manifestations se font sentir avec une vigueur non démentie en jurisprudence et, par réfraction, en doctrine.

§ 3. L'article 3, alinéa 1^{er}, expression de la souveraineté de l'Etat et de son ordre public : la première doctrine de droit international privé aux prises avec les lois de police.

En dépit de l'intérêt renouvelé de la doctrine française pour les questions de droit international privé qu'ont suscité les travaux de Foelix, et malgré les efforts de Demangeat pour assurer la succession, le *Traité* du droit international privé n'a pas trouvé d'équivalent durant toute la période et les rares entreprises individuelles qui ont tenté de bâtir un système de résolution des conflits de lois n'ont jamais réussi à égaler le prestige de l'œuvre de Foelix et, encore moins, à

LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris, 1985, pp. 21 et suivantes.

²⁰⁰⁸ Henri BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris, 1865, pp. 26 et 103-104, qui fait deux fois état de la qualification de loi de police et qui cite également une jurisprudence des juges du fond. Le premier des motifs retenus par la Cour de cassation, dans son arrêt de 1860 (*eod. loc.*, p. 104), mérite d'être retranscrit : « Attendu que la disposition de l'article 37 du Code de commerce, qui soumet les sociétés anonymes à la nécessité de l'autorisation du chef de l'Etat, est essentiellement une *loi de police et d'ordre public* qui, en France, oblige l'étranger aussi bien que le Français ; qu'elle a pour but de protéger les régnicoles contre les dangers d'entreprises hasardeuses et mal conduites, et que l'on ne comprendrait pas qu'il fût entré dans la pensée de la loi de consacrer un privilège en faveur des sociétés étrangères, et de les affranchir des garanties qu'elle exige des sociétés... » (souligné par nous).

²⁰⁰⁹ Henri BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris, 1865, pp. 176-177 ; Albert TROCHON, *Les étrangers devant la justice française*, Paris, 1867, pp. 270-273.

marquer la postérité. Parmi les ouvrages qui, en France, ont jalonné la période qui s'écoule jusque dans les années 1880, tous ne présentent pas les mêmes mérites et leurs auteurs n'ont pas tous atteint le même degré de réputation. Aux côtés du commercialiste Massé, qui s'est aventuré sur le terrain du droit international privé général dans son célèbre ouvrage sur *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil* (1844-1848), figurent deux jurisconsultes de second rang, dont la carrière relativement discrète n'a pas permis de conserver le souvenir : Antoine Mailher de Chassat, qui fait paraître son *Traité des statuts* en 1845 et, bien des années plus tard, Louis Barde, qui, lui, publie en 1880 sa *Théorie traditionnelle des statuts* dont le titre indique bien l'ambition de construire sa doctrine en se fondant essentiellement sur les enseignements du passé.

Les œuvres ainsi regroupées montrent bien, par leurs dissemblances et par leurs aspirations parfois divergentes, que le droit international privé, sous sa forme moderne, est une science encore jeune et qui se cherche encore. Entre Massé (A.) qui se tourne vers le droit des gens pour desserrer l'étau que fait peser le Code civil sur les étrangers, Mailher de Chassat (B.) qui conçoit le droit international privé comme un conflit de souverainetés entièrement fondé sur les lois nationales, et Louis Barde (C.) qui assume pleinement l'héritage de la doctrine française pour le transposer aux problèmes de conflits de lois de son époque, l'effervescence doctrinale est davantage marquée par la confrontation des théories et des préceptes que par l'émergence d'une ligne doctrinale claire. L'ère des « dispersions doctrinales » ne fait que s'ouvrir.

Si la réunion de ces auteurs sous une même bannière est inconcevable, tant leurs œuvres sont dissemblables et, parfois, divergentes, celles-ci ont, au moins, pour traits communs de porter, au moins pour partie, sur le droit international privé, en général, et sur le conflit de lois, en particulier, des regards convergents sur l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil. Tous y voient l'expression de la souveraineté de l'État, fondement des lois d'ordre public qui enserrent dans leurs dispositions les Français comme les étrangers.

A. Gabriel Massé : la confrontation des lois de police et de sûreté avec le droit commercial.

La lecture que propose Gabriel Massé (1807-1881)²⁰¹⁰, avocat puis magistrat parvenu, au terme d'une belle carrière, jusqu'à la Cour de cassation, est celle d'un juriste tout à la fois civiliste et commercialiste qui s'est tourné vers le droit international privé à l'occasion de son ouvrage le plus fameux *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, paru en six volumes de 1844 à 1848²⁰¹¹. Il y développe, notamment, l'idée que les lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er} ont vocation à sortir du champ exclusivement civil pour se déployer sur le terrain du droit commercial, afin de répondre aux exigences de souveraineté lorsque celle-ci est aux prises avec un élément d'extranéité. Les étrangers, à raison de leur présence sur le territoire, qu'il faut comprendre également dans sa dimension maritime, ou à raison des actes répréhensibles qu'ils commettent dans le cadre d'une activité de commerce ou à l'encontre d'un commerçant, sont naturellement soumis à l'empire de ces lois. L'explication en réside, selon Massé, dans le « contrat tacite entre le souverain qui ouvre à l'étranger l'accès de son territoire, et l'étranger qui vient se placer sous la juridiction de ce souverain, dont il est alors le sujet temporaire pour tout ce qui regarde l'ordre intérieur de l'État » (§ 521). Sensible à la force du droit naturel, dont il cite volontiers les grands noms, Massé estime que cette règle tirée de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, et qui reprend, d'ailleurs, le sens que lui attribuait Portalis, est aussi « une règle du droit public de l'Europe » :

²⁰¹⁰ Jean-Louis HALPERIN, « MASSE, Gabriel », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 708.

²⁰¹¹ Sur Gabriel Massé, voir Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, *op. cit.*, p. 40.

521. De l'obligation des étrangers d'observer les lois de police et de sûreté, résulte pour l'autorité publique le droit de les y contraindre, et conséquemment de les punir s'ils les enfreignent...

Il n'y a même pas lieu de distinguer sur ce point entre les délits commis contre des étrangers et ceux qui seraient commis contre des nationaux ; d'une part, parce que la protection de la loi française s'étend sur les uns comme sur les autres ; ensuite, parce que, dans un cas comme dans l'autre, le délinquant trouble également l'ordre public, en violant la loi qu'il avait pris l'engagement d'observer.²⁰¹²

Comme la suite des réflexions de Massé sur les lois de police le démontre amplement, l'auteur envisage celles-ci comme des lois à caractère pénal, des règlements de police ou des règlements douaniers, c'est-à-dire exclusivement à finalité répressive, y compris en cas de fraude et de contrebande (§ 521 et § 523). Ces lois exercent leur empire sur les Français comme sur les étrangers, que ceux-ci résident en France, y soient admis à domicile ou ne s'y trouvent que de passage. Il ajoute même que : « les étrangers qui se trouvent passagèrement dans les ports ou rades de la domination française, sont tenus d'observer les règlements locaux sur la police de la navigation, et ne seraient même pas excusables sous prétexte d'ignorance », en raison de l'obligation qui leur est faite de s'informer de la législation répressive du pays. Il admet, toutefois, en s'autorisant de la onzième observation du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* de Boullenois, que l'appréciation du temps nécessaire à un étranger pour sortir de son état d'ignorance doit être laissée à la discrétion du juge (§ 522)²⁰¹³.

La loi applicable à la répression d'une infraction commise par un étranger est bien la *lex loci delicti*. La règle vaut aussi bien pour les délits simples que pour les délits complexes, c'est-à-dire résultant de la succession de faits accomplis sur différents territoires (§ 524-525)²⁰¹⁴. De cela, Massé donne deux exemples relatifs à la contrebande et à la faillite frauduleuse, tirés de la jurisprudence. En premier lieu, la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 novembre 1806²⁰¹⁵, a jugé que le crime de contrebande avec attroupement et port d'arme était justiciable des juridictions françaises si la tentative d'introduire la contrebande s'est déroulée en France, alors que les autres faits s'étaient déroulés dans un autre pays. En second lieu, un étranger ayant établi son commerce en France y fait faillite, alors qu'il a commis, à l'étranger, des détournements frauduleux au détriment de ses créanciers : est-il susceptible d'être poursuivi en France pour banqueroute ? Massé, invoquant l'autorité de Merlin et d'un arrêt de la Cour de cassation, du 7 février 1857²⁰¹⁶, estime qu'il faut distinguer : l'état de faillite n'est pas, en soi, un délit et, s'il advient en France, il est naturel que les tribunaux français en connaissent ; la banqueroute, intervenue à l'étranger, doit être soumise à la répression de la loi étrangère. Dans le cas inverse, la loi pénale française réprimerait la banqueroute, sans se soucier de la faillite, intervenue en dehors du territoire. D'ailleurs, Massé rejoint volontiers certains des auteurs ayant traité de la condition civile des étrangers, en considérant la loi française sur la faillite comme une « loi de police » (§ 504) :

²⁰¹² Gabriel MASSE, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et avec le droit des gens*, 2^e édition, t. 1, Paris, 1861, § 521, pp. 414-415.

²⁰¹³ Gabriel MASSE, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et avec le droit des gens*, 2^e édition, t. 1, Paris, 1861, § 521-523, pp. 414-417.

²⁰¹⁴ Gabriel MASSE, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et avec le droit des gens*, 2^e édition, t. 1, Paris, 1861, § 524-525, pp. 417-421.

²⁰¹⁵ Cour de cassation, 21 novembre 1806 : *Recueil Sirey*, 1806, p. 310.

²⁰¹⁶ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Recueil alphabétique des questions de droit*, 4^e édition, Paris, 1828 (t. 4, Err. – Ins.), v^o « Faillite », § 9, n^o 2, p. 116. Voir aussi Cour de cassation, 7 février 1857 : *Recueil Sirey*, 1857, I, p. 220.

504. De ce que tout étranger résidant en France est autorisé à y faire le commerce, il résulte qu'il peut être déclaré en état de faillite, la législation de faillite étant une loi d'ordre public et de police qui atteint tous ceux qui habitent le territoire français et qui y font le commerce.²⁰¹⁷

La suite de son raisonnement le conduit à s'intéresser aux délits commis en mer (§ 526-529)²⁰¹⁸. Pour ne retenir qu'un seul exemple, le délit commis en pleine mer à bord d'un bateau français, soumis, par son pavillon, à la loi française dont il prolonge le territoire, est naturellement de la compétence des tribunaux français. *A fortiori*, ce qui vaut pour la pleine mer vaut pour la mer littorale, où « chaque nation... a un droit de police et de juridiction » (§ 105) et pour les eaux territoriales, dans lesquelles un navire étranger « se soumet nécessairement aux lois de police et de sûreté établies par le souverain de ce territoire, dont il ne peut méconnaître l'autorité » (§ 260)²⁰¹⁹.

Massé est encore tributaire d'une vision très répressive des lois de police et de sûreté, mais il présente cette particularité de les appliquer dans le domaine du commerce international²⁰²⁰ et il admet même que la loi sur la faillite, qui n'a rien de pénal, est une « loi d'ordre public et de police ». Si son apport à la théorie des lois de police n'a rien, en soi, d'original, il a, au moins, le mérite de confirmer une tendance lourde à assimiler complètement le mécanisme de l'ordre public international aux dispositions expressément visées par l'article 3, alinéa 1^{er}.

B. Antoine Mailher de Chassat : les lois de police, expression radicale de l'ordre public et de la souveraineté de la loi nationale.

Archétype du juriste enfermé dans sa tour d'ivoire, le Corrèzien Antoine Mailher de Chassat (1781-1864)²⁰²¹, avocat à la Cour de Paris de 1808 à sa mort et éphémère juge-suppléant au tribunal civil de première instance de la Seine en 1823, n'a jamais obtenu, de la postérité, la reconnaissance qu'il avait, tout aussi vainement, recherchée toute sa vie à travers une œuvre intellectuelle toute entière tournée vers le concept de loi. Il s'est, d'ailleurs, lui-même condamné à une marginalité volontaire. Après avoir publié un *Traité de l'interprétation des lois* en 1822 et transformé son *Commentaire approfondi du Code civil* de 1832, arrêté à l'article 2, en *Traité de la rétroactivité des lois*, il ressent le besoin de s'attaquer à la matière des statuts et de faire pour l'application des lois dans l'espace ce qu'il a fait pour leur application dans le temps : c'est le *Traité des statuts (lois personnelles, lois réelles), d'après le droit ancien et le droit moderne*, paru en 1845, forme

²⁰¹⁷ Gabriel MASSE, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et avec le droit des gens*, 2^e édition, t. 1, Paris, 1861, § 504, p. 398, citant, note 2, jurisprudence (Cour de cassation, 24 nov. 1857 : *Recueil Sirey*, 1858, I, p. 65) et doctrine à l'appui.

²⁰¹⁸ Gabriel MASSE, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et avec le droit des gens*, 2^e édition, t. 1, Paris, 1861, § 526-529, pp. 421-426.

²⁰¹⁹ Gabriel MASSE, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et avec le droit des gens*, 2^e édition, t. 1, Paris, 1861, respectivement, § 105, p. 93, et § 260, p. 213. Voir aussi § 307, p. 245.

²⁰²⁰ Jean-Marie Pardessus n'est pas demeuré insensible aux questions du droit du commerce international : il consacre le titre VII de la septième partie de son *Cours de droit commercial* aux « effets des lois, actes et jugements étrangers devant les tribunaux français ». Il considère ainsi que, par exception, au cas où la promesse, faite en France par un étranger à un autre étranger, de livrer la marchandise a été réalisée sur le territoire ou au cas où la chose promise ou livrée a été payée en France, il doit être dérogé à la règle *actor sequitur forum rei*. En ces cas, « la compétence des tribunaux de commerce, fondée sur l'une ou l'autre de ces circonstances, embrasse toutes personnes : c'est en quelque sorte une loi de police, à laquelle les étrangers n'ont pas le droit de se soustraire » : voir Jean-Marie PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 6^e édition par E. de Rozière, t. 4, Paris, 1857, n°1477, pp. 226-227.

²⁰²¹ René FAGE, « Un juriste briviste : Antoine Mailher de Chassat, 1781-1864 », *Bulletin de la Société scientifique, historique et archéologique de Corrèze*, 1888, pp. 353-370.

raccourcie d'un titre à rallonge qui dévoile toute l'ambition de son auteur et qui reprend de Foelix, c'est-à-dire de Story, l'expression « Droit international privé »²⁰²².

La doctrine d'Antoine Mailher de Chassat est notoirement connue pour être difficile d'accès et complexe à saisir, en partie à cause d'idées qui souffrent d'une exposition discutable et en partie en raison d'un style volontiers amphigourique qui repose sur un vocabulaire dont les définitions sont propres à l'auteur²⁰²³. Son imperméabilité explique aisément qu'elle soit demeurée dans l'obscurité : si l'ouvrage n'a pas sombré dans l'oubli et a bénéficié, un temps, de quelque notoriété, cela tient au fait qu'il fut, longtemps, l'unique concurrent en langue française de celui de Foelix et Demangeat.

Sans prétendre restituer l'économie générale du système proposé par l'auteur, qui n'affecte pas directement une interprétation de l'article 3, alinéa 1^{er} qui ne l'éloigne pas, sur ce point, de ses contemporains, il suffit de relever que Mailher de Chassat conçoit le conflit de lois comme un conflit des différentes souverainetés entre elles et, même comme un conflit de nationalités. Les lois nationales, traductions suprêmes de la souveraineté de l'Etat, ont vocation à s'appliquer à la matière, soit à titre de loi personnelle, soit à titre de loi réelle, soit en raison de la maxime *Locus regit actum*, soit à titre de loi de police, et ainsi de suite. Mailher de Chassat signe, dans son approche, l'absorption totale du droit international privé dans le droit international public, qu'il désigne volontiers comme « l'internationalité » ou les « doctrines internationales » et met au premier plan le principe de nationalité. Fort d'une relecture personnelle de l'Histoire, et imbu d'une approche de la matière qui se veut politique, il entend consommer une rupture nette et franche avec les doctrines de l'Ancien droit et avec la théorie des statuts, cette théorie étant périmée par l'ascension de la loi nationale comme principe suprême de règlement des conflits. Il propose de substituer aux statuts réels et personnels, symboles de féodalisme, les catégories, rénovées à la lumière du droit public et du droit politique, de « lois réelles » et de « lois personnelles ». En vérité, il s'agit de remplacer un statutisme ancien par un statutisme moderne, articulé autour de la loi nationale, et gouverné par les souverainetés politiques. Au fond, au-delà de ses exagérations, la doctrine de Mailher partage, dans ses considérations de principe, bien des traits communs avec le personnalisme que diffusera, quelques décennies plus tard, l'Italien Mancini avec bien plus de résonance et bien plus de succès. Car là s'arrête le rapprochement. Mancini voit dans le principe de nationalité un instrument du développement des relations privées internationales et un véhicule à l'extraterritorialité des lois nationales ; Mailher de Chassat, partant du même principe, aboutit à la conclusion radicalement inverse. L'exercice des droits civils étant rigoureusement aux mains de la souveraineté locale, c'est à

²⁰²² Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts (lois personnelles, lois réelles) d'après le droit ancien et le droit moderne, ou du droit international privé, considéré comme conséquence ou reproduction, dans le sens individuel, du droit international public ; plus expressément : de la nationalité et de ses modifications diverses ou de la personnalité et de la réalité, considérées comme faits de souveraineté des puissances entre elles, et ayant pour objet les affectations individuelles et les dévolutions de biens, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur des Etats*, Paris, 1845. Voir Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, *op. cit.*, p. 69.

²⁰²³ Dès le XIX^e siècle, les appréciations critiques sur l'œuvre de Mailher de Chassat se font sévères. Dans son article, qui se veut très élogieux pour l'auteur, René FAGE, « Un jurisconsulte briviste : Antoine Mailher de Chassat, 1781-1864 », *op. cit.*, p. 362, confesse son embarras à propos de l'auteur du *Traité des statuts* : « malgré l'habileté et la logique de son plan, il ne nous paraît pas avoir porté une clarté suffisante dans l'exposé des doctrines. Il est quelquefois difficile de suivre le développement de sa pensée ; après la lecture de certains de ses chapitres on s'interroge, on hésite, l'esprit fait un effort. Les considérations essentiellement abstraites auxquelles se livre l'auteur ne peuvent être saisies que par un très petit nombre de personnes. Aussi le *Traité des Statuts*, qui fait grand honneur à la science de Mailher de Chassat, échappe-t-il à la pratique judiciaire ; c'est, avant tout, un livre d'érudition ». Armand LAINE, dans son *Introduction à l'étude du droit international privé*, *op. cit.*, t. 2, p. 23, réserve l'une de ses plus belles piques à Mailher de Chassat, qui avait lancé à l'encontre des jurisconsultes du XVIII^e siècle des attaques qui auraient pu tout aussi bien être adressées au « critique lui-même, qui s'est complu, soit par son parti-pris de tout blâmer, soit par les allures singulières de son style, à jeter l'obscurité sur les choses les plus claires et, souvent, n'a pas vu parce qu'il n'a pas voulu voir ».

sa législation, et à elle seule, de régler tous les rapports de droit qui naissent ou produisent effet sur son territoire²⁰²⁴. Le territorialisme de Mailher de Chassat se conçoit comme un nationalisme de rétraction.

Dans ce contexte, il est aisé de comprendre l'importance qu'il accorde à l'article 3, alinéa 1^{er}, qui correspond si bien à cet esprit de souveraineté qu'il identifie à la loi nationale, au sens de loi d'un corps politique déterminé et régenté par l'Etat. Or, avec les lois de police, cette souveraineté est envisagée exclusivement comme tournée vers l'intérieur, c'est-à-dire vers les ressortissants nationaux et étrangers qui se trouvent sur le territoire. Il livre, d'ailleurs, une exposition somme toute classique de l'alinéa 1^{er} :

112. Et d'abord, l'étranger qui ne fait que voyager, ou dont le séjour est momentané en France, est soumis aux lois de police et de sûreté, comme le régnicole (art. 3, n. 1 Code civ.). La raison de ce grand principe est, selon saint Augustin (Confessions, livre III, chapitre VIII), que les États ne vivant calmes et heureux que par l'harmonie générale, il n'appartient à personne, étranger ou régnicole, de venir troubler cette harmonie, en violant les lois, les mœurs, les usages reçus dans chaque Etat. Quant au mot *lois*, employé par le Code civil, il doit s'entendre de toute disposition régulièrement émise par l'autorité publique, par conséquent, des ordonnances, règlements, arrêtés de police des maires ou autres fonctionnaires publics désignés par la loi, dans les limites des pouvoirs qui leur sont confiés (loi du 24 août 1790. — Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, v^o « Préfet »). Ces actes ainsi rendus, sont l'expression même de la loi. Relativement à la présomption d'ignorance de la part de l'étranger, sauf certaines exceptions abandonnées à l'arbitrage du juge, elle est inadmissible. *Praesumitur autem sciens*, dit Dumoulin. Cod. de Stat. *Ex longa conversatione in loco, quod est in iudicis arbitrio*.²⁰²⁵

145. ... Car, en vertu de ce principe (du droit public qui impose au corps politique français de rendre la justice à tous), l'étranger reposant sur le sol français est naturellement protégé par la loi française et a droit à la justice du pays (Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, v^o « Étranger »...). L'étranger, à son tour, reste soumis aux lois d'ordre public et de police du pays qui l'accueille (C. civ., art. 3).²⁰²⁶

Mailher de Chassat n'hésite pas à reprendre à son compte la lecture faite par la majorité de la doctrine, civiliste comme internationaliste, de la disposition du Code civil sur les lois de police et de sûreté, qu'il identifie, d'ailleurs, plus volontiers à la réglementation de police qu'aux lois pénales proprement dites, et il estime que ces lois de police ne sont, en réalité, que l'un des visages que peut revêtir l'ordre public international français. La soumission de l'étranger, résidant ou de passage sur le territoire français, ne fait donc aucun doute à son sens. Sa doctrine puise, en permanence, ses éléments de comparaison dans celle de Merlin, dont il utilise constamment les ouvrages pour étayer ou démarquer ses propres opinions, et elle reprend à son compte l'interprétation que le grand jurisconsulte donne de la rédaction de l'article 3 et, plus particulièrement, de la lecture extensive de l'alinéa 1^{er} comme expression de la souveraineté de principe de la loi française à l'égard des étrangers²⁰²⁷. Néanmoins, il censure l'adhésion de Merlin

²⁰²⁴ Mailher renoue, par là, avec l'idée ébauchée par Huber des « incidents de statuts » qui distingue la qualité qui a été imprimée par un ordre juridique à une personne ou à un bien meuble, et qui est universellement opposable, et les effets qui seront reconnus à cette qualité dans l'ordre juridique du for et qui sont soumis à sa loi propre : sur la théorie des incidents de statuts, telle qu'elle apparaît chez Huber, voir, *supra*, p. 300.

²⁰²⁵ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts*, *op. cit.*, n°112, pp. 147-148.

²⁰²⁶ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts*, *op. cit.*, n°145, pp. 194-195.

²⁰²⁷ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts*, *op. cit.*, n°158-159, pp. 212-213. Sur la doctrine de Merlin, voir, *supra*, pp. 723-727.

aux idées des Hollandais et réfute le recours à la *comitas*, qui lui semble pure abstraction. L'obligation d'accueillir la loi étrangère sur son territoire n'est qu'un fait de souveraineté, imposé par l'égard qui est dû à la nationalité politique de l'étranger (égard réciproque entre nations), sur laquelle l'ordre juridique local n'a aucun droit de regard.

La conséquence en est que les dispositions de la loi étrangère, portées à l'intérieur du territoire par la nationalité de l'étranger présent en France, ne peuvent jamais faire obstacle à la loi française, ni se placer en contravention avec son ordre public²⁰²⁸. C'est un point sur lequel Mailher de Chassat insiste à plusieurs reprises. D'abord, il en fait une règle générale, opposée au principe de nationalité reconnu à l'étranger sur un territoire, qu'il énonce de la manière suivante :

161... L'unique limite à apporter à l'application de ce principe consiste dans la condition expresse, que les effets nécessaires de la nationalité ainsi entendus ne pourront jamais, et dans aucun cas, réfléchir, ni sur le sol, ni sur les institutions publiques, ni sur les lois générales, les mœurs, l'ordre public, la sûreté du pays au sein duquel se développe la nationalité étrangère, d'où pourrait résulter une collision qui, bien que simple collision de lois, d'après la nature spéciale du fait, serait une véritable collision de souverainetés, résultat qui répugne essentiellement aux idées de la matière.²⁰²⁹

Ensuite, il en fait l'application concrète. Précisément, c'est en défendant une approche singulièrement restrictive de la capacité du mineur étranger à passer un acte sur le sol français, et parce qu'il estime que les effets civils reconnus à l'état de capacité (fixé par la loi nationale) doivent être régis par la loi du territoire, qu'il en tire l'enseignement suivant, qui en est l'extension *a fortiori* :

238. Si le développement libre de la nationalité sur un sol étranger comporte les restrictions précédentes, à plus forte raison dirons-nous que, dans aucun cas, ni la qualité de l'étranger, ni les droits qu'elle entraîne, comme conséquences spéciales de sa nationalité, ne pourront, soit dans leurs principes, soit dans leurs effets, prévaloir sur les lois de police et d'ordre public, ni même, à défaut de lois expresses, sur les mœurs, les usages et les maximes tenant lieu de loi en France. Car l'art. 3 du Code civil, qui soumet l'étranger habitant le territoire aux lois de police et de sûreté, est loin d'exclure, par son texte ou par son esprit, aucune des sources légitimes d'où dérive la loi, aucun des modes par lesquels elle accomplit son but politique sur les peuples civilisés ; par conséquent, un long usage auquel, par la fréquence des actes, une adhésion tacite non contestée et libre, le peuple a donné force de loi ; aucune des maximes réputées d'ordre public ou intéressant les bonnes mœurs, admises et suivies comme telles en France. — Par réciprocité, il en sera de même du Français à l'étranger.²⁰³⁰

Cette clause générale d'exception d'ordre public prend directement source dans un article 3, alinéa 1^{er} qu'il faut interpréter de la manière la plus extensive qui soit, en s'arrêtant, non pas à la lettre même des dispositions qui y sont expressément visées, mais à cet ensemble que forment les « lois de police et d'ordre public » et « les mœurs, les usages et les maximes tenant lieu de loi en

²⁰²⁸ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°338-342, pp. 416-422, à propos du testament, soumis à la « personnalité ou plutôt la nationalité » : « ses effets s'arrêteraient devant toutes les prohibitions d'ordre public ou privé, relatives au sol, aux institutions, aux lois, aux mœurs de la souveraineté étrangère ; car les souverainetés se défendent, toutes, sous ce rapport, par le principe d'une indépendance réciproque et absolue ». Voir aussi n°349, p. 427 : « J'ai établi plusieurs fois dans cet ouvrage qu'il n'est au pouvoir d'aucune souveraineté d'imposer ses lois propres à une autre souveraineté. Que toute introduction ou extension des lois étrangères dans un autre pays que celui où elles sont rendues, trouve ses limites naturelles : qu'elle ne saurait jamais franchir, dans le principe politique, les institutions publiques, les lois générales ou spéciales de ce pays, en un mot, dans les maximes d'ordre public ou de morale, les traditions, les usages, qu'il considère comme ses lois, contraires à cette extension ».

²⁰²⁹ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°161, pp. 216-217.

²⁰³⁰ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°238, p. 325. Voir aussi, n°275, pp. 358-359.

France ». Mailher de Chassat, parce qu'il croit dans la force, sinon créatrice, du moins révélatrice de la jurisprudence, estime qu'il appartient au juge de discerner les normes qui constituent cet ensemble et de construire cette catégorie. Là où sa pensée, sans doute, s'avère plus déconcertante, c'est que le problème de la capacité ou de l'incapacité du mineur français, révélé par l'affaire *Fontellas*, n'est pas résolu, selon lui, par l'intervention de l'ordre public français, mais par un principe qui est celui de l'application, à titre de règle de conflit, de la loi territoriale aux effets civils attachés à sa condition²⁰³¹. Son but, en rapprochant les deux raisonnements, est juste de souligner la communauté d'idées qui relie les deux solutions.

La mise en œuvre des grands principes dégagés par Mailher de Chassat se fait essentiellement sentir en matière familiale, particulièrement autour du mariage et de la filiation. Lui qui tient le mariage pour une « une institution d'ordre public, constituée, déterminée par les lois nationales, dont il n'est pas au pouvoir du régnicole de s'affranchir »²⁰³², en déduit un certain nombre de conséquences quant aux conflits de lois :

1) La séparation de corps et le divorce²⁰³³ sont toutes deux, aux yeux de l'auteur, des institutions d'ordre public, mais la loi qui leur est applicable est nettement dissociée de celle qui régit les effets du mariage, car le relâchement ou la dissolution du lien familial résulte de faits qui n'ont rien à voir avec l'état d'époux. Ces faits sont donc soumis à la loi du territoire, car ils sont :

270. ... accomplis sur le sol français, sous les yeux de la loi française, intéressant les mœurs, l'ordre public, le régime intérieur des familles, touchant par là autant que par l'éclat et la notoriété habituelle de ces faits aux lois de police du pays, et rentrant même expressément, à ce titre, dans les dispositions de l'art. 3, n° 1, du Code civil. Ces faits tombent donc naturellement sous l'action de la loi qui régit le sol où ils s'accomplissent.²⁰³⁴

C'est le même principe qui conduit Mailher de Chassat à approuver la solution rendue par la Cour de cassation le 22 mars 1806, sur les réquisitions de son procureur général, Merlin, dans la célèbre affaire *Mac-Mahon*, refusant d'annuler le divorce demandé et obtenu selon les lois françaises de 1792 et de germinal an XI (avril 1803) par l'épouse française du sieur Mac-Mahon, ressortissant irlandais, pour cause d'absence de plus de cinq ans, alors que le demandeur à l'action, revenu en France, avait opposé sa qualité d'étranger. La Cour, sous l'influence de Merlin, qui s'expliquera longuement plus tard, sur les motifs qui l'ont conduit à exposer cette thèse, a estimé que les lois françaises sur le divorce étaient, au sens de l'article 3, alinéa 1^{er} des lois de police et de sûreté auxquelles nul, Français comme étrangers, ne pouvaient se soustraire²⁰³⁵. Mailher de Chassat estime que l'étranger, à partir du moment où il est admis par la loi française à l'exercice des droits civils qui lui sont ouverts, est assimilé à un régnicole. De ce fait, il résulte que :

²⁰³¹ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°111, pp. 146-147 et, plus explicite encore, n°241, p. 327 : « A cet égard, la souveraineté nationale entraîne avec elle le droit de soumettre à ses distinctions, en lois principales, d'ordre public, d'ordre privé ou civil, commercial ou autres, etc., même dans toutes leurs subdivisions, les nationalités étrangères ; car c'est par là que pourront facilement ressortir les principes précédemment développés (p. 199), pour fixer, dans toutes ses conséquences, le droit international ».

²⁰³² Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°191, p. 258. Voir encore n°252, p. 337, sur l'article 170 du Code civil.

²⁰³³ Sur le divorce, voir Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°131, pp. 169-170, et n°197, pp. 262-263, spéc. p. 263.

²⁰³⁴ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°200, p. 270 (sur la séparation de corps).

²⁰³⁵ Sur l'affaire *Mac Mahon* et le rôle qu'y a joué Merlin, voir, *infra*, pp. 812-815.

199. ... Nul en France ne puisse se prévaloir d'une législation étrangère pour introduire dans le pays des solutions, des usages, des formes, des prétentions, qui heurteraient non seulement le corps et l'ensemble de la législation française, et, par là même, la souveraineté du pays, blesseraient les convenances, les mœurs, l'ordre public, etc., mais encore lèseraient, sans compensation, les droits des tiers.²⁰³⁶

2) Dans la même logique que celle qui gouverne la séparation de corps, l'application de la loi territoriale sur le fondement de l'article 3, alinéa 1^{er} se justifie pour les mesures provisoires prises en faveur de l'épouse ou d'un enfant en détresse, comme l'autorisation pour l'épouse d'habiter un domicile séparé. Il reproche aux tribunaux de ne pas avoir la même réaction pour la séparation de corps (en se déclarant compétents sur le fond) que celle qu'ils ont, lorsque, en dépit de leur incompétence, ils interviennent dans l'intérêt de l'étranger en situation de faiblesse :

270. ... Ces faits tombent donc naturellement sous l'action de la loi qui régit le sol où ils s'accomplissent ; et c'est aussi ce qui entraîne l'erreur habituelle des tribunaux : car leur premier soin est d'ordonner que *l'être faible sera soustrait aux mauvais traitements de l'être fort, pour qu'il puisse se pourvoir devant les tribunaux de son pays, et on lui assigne un domicile séparé de celui du mari.*²⁰³⁷

3) La puissance et l'autorisation maritales, ainsi que la puissance paternelle, appartiennent au droit public de chaque souveraineté, comme fondement de l'ordre moral et social qu'elle entend faire régner sur son territoire. La présence d'un r sur le sol de France ne signifie pas qu'il ait apporté avec soi sa législation et que les rapports entre époux soient régis par la loi de leur patrie. L'extranéité s'efface devant la compétence absolue de la loi de police française :

205. ... L'unité morale sous laquelle se place la nationalité française n'est nullement rompue par le fait du changement de législation, quant à la puissance du mari, à la dépendance de la femme, soit relativement à la personne, soit relativement aux biens. Ces rapports sont expressément déterminés, d'après les vues propres aux lois de chaque souveraineté, à leurs appréciations générales des mœurs, des bienséances, des besoins moraux et physiques des peuples sur lesquels s'étend leur action ; et l'étranger, accidentellement soumis à l'application de ces lois, qui sont comme des lois de police ou de discipline intérieure pour la famille, n'en conserve pas moins intacte sa nationalité.²⁰³⁸

La même solution prévaut en matière de puissance paternelle exercée en France au sein d'une famille étrangère :

227. Il faudra donc dire que chaque souveraineté, indépendante dans ses actes, ne connaissant aucun intérêt, aucune autorité supérieurs à sa volonté, dans les limites de son territoire, aura seule droit et raison, sauf les stipulations contraires écrites dans les traités ou résultant d'usages constants, d'y régler, à l'exclusion de toute autre, les effets personnels de la puissance paternelle des étrangers sur leurs enfants ; et ce sera, quant à la France, par une application directe de la première disposition de l'art. 3 du Code civil : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » Le mot de police employé dans cet article, comprenant virtuellement les mœurs, la décence, l'ordre public, dans tout leur développement, par conséquent les lois disciplinaires des

²⁰³⁶ Sur la question du divorce, voir Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°199, pp. 264-269.

²⁰³⁷ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°200, p. 270 *in fine* (sur les mesures provisoires), qui cite, pour les arrêts, *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 30, v° « Loi », p. 888.

²⁰³⁸ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°205, p. 281.

familles : car le mot de *police*, dérivé de *politia (sic)*, se confond, dans son acception intime et propre, avec la société même, ou le régime politique (Aristote, *Politique*, livre premier).²⁰³⁹

4) L'action en recherche de paternité, intentée par l'enfant naturel né en France, déniée par la loi française (article 340 du Code civil), mais autorisée par sa loi personnelle, ne devait pas être admise, comme c'est pourtant le cas en pratique, devant les juridictions françaises, qui devraient plutôt s'en remettre, selon l'auteur, au statut personnel du père et non à celui de l'enfant. Trois raisons semblent justifier la solution préconisée par Mailher de Chassat : l'enjeu qu'est l'attribution de la nationalité française à un enfant étranger ; le risque pour les juges de devoir appliquer une loi étrangère et, donc, mal connue ; et la plus importante : la « collision entre souverainetés » :

220. ... La collision existe entre deux souverainetés politiques dont l'une autorise la recherche de la paternité et l'autre la rejette. Les lois qui servent à exprimer ce fait sont absolues dans leurs limites : car elles touchent à l'ordre public, aux bonnes mœurs, dans tous les pays. Comment donc admettre que des juges français, dont le premier soin est la moralité de leurs jugements, indépendamment de toute considération des personnes, consacrent la violation d'une loi nationale qui intéresse les mœurs et l'ordre public, pour faire l'application d'une loi étrangère qui les viole ?²⁰⁴⁰

5) La contestation d'état d'enfant légitime en France menée à l'encontre d'un étranger l'autorise à se prévaloir de tous les modes de preuve reconnus par sa loi nationale. « Mais s'il prétend faire résulter de cet acte produit une conséquence réprouvée par la loi française, l'ordre public, les bonnes mœurs, ou même apportant une lésion aux droits des tiers en France, il ne sera pas écouté ; et le juge français refusera régulièrement de faire l'application d'une telle conséquence, bien qu'il en ait consacré la cause ou le principe »²⁰⁴¹. Car la conséquence est un fait nouveau réalisé en France et le droit qui naît de la reconnaissance de son état d'enfant naturel – notamment, en matière successorale – sera régi par la loi française, et non par la loi nationale qui serait repoussée sur ce point.

6) L'état des enfants étrangers, issus d'une union incestueuse ou adultérine, s'ils sont nés en France, sera réglé par leur loi nationale. Mais les effets « ne seront consacrés par le juge français que conformément au droit français ». Ces enfants n'ont aucun titre à réclamer des droits différents de ceux que leur accorde la législation française à raison de leur condition. Le motif qui est avancé par Mailher de Chassat en est que la loi française doit intervenir comme loi de police :

270. ... La matière sur laquelle la loi statue tenant essentiellement aux bonnes mœurs, et par là même à l'ordre public, ses dispositions sont de droit étroit, n'admettent aucune considération tirée du droit des gens ; et... le juge français qui s'écarterait de cette règle violerait d'une manière générale la législation nationale dont il est l'interprète et le propre ministre, et d'une manière expresse : 1° l'art. 3 du Code civil, d'après lequel : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire », et 2° comme conséquence, l'art. 6...²⁰⁴²

Les cas concrets ne se limitent pas au seul domaine du droit familial : Mailher de Chassat ne manque pas de rappeler, à propos des lois applicables aux immeubles, que l'article 3, alinéa 2 exprime la plénitude de puissance du souverain sur son sol, dans le prolongement de la territorialité

²⁰³⁹ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts*, op. cit., n°227, pp. 309-310.

²⁰⁴⁰ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts*, op. cit., n°220, pp. 297-298.

²⁰⁴¹ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts*, op. cit., n°267, pp. 350-351.

²⁰⁴² Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts*, op. cit., n°270, p. 351-352.

de principe reconnue par l'alinéa 1^{er}²⁰⁴³. En vertu de ce même principe, il en est de même relativement aux questions successorales, à propos desquelles l'auteur estime que la transmission des biens du défunt, testamentaire ou légale, doit être impérativement réglée par la loi du territoire, et ce indépendamment de la qualité de la personne :

351 ...Si, pour l'une comme pour l'autre, le régnicole est soumis au principe politique du pays, à ses applications diverses, aux divisions du sol, à ses affectations, à ses transmissions, il est incontestable que l'étranger, qui n'est que participant à ses droits, dans les limites et pour les causes précédemment développées, sera soumis au même principe que lui ; et c'est ce qu'exprime, en toutes lettres, l'art. 3 du Code civil : « Les lois de, police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ; *les immeubles, même ceux possédés par des étrangers sont réglés par la loi française, etc.* »²⁰⁴⁴

De ce survol d'une théorie que sa radicalité statutiste condamne à demeurer un hapax au sein de la doctrine française, une conclusion s'impose : le territorialisme, chez Mailher de Chassat, est poussé jusqu'à ses extrêmes afin de préserver la souveraineté de la loi constitutive de la nation. Son interprétation extensive de la rédaction de l'article 3, alinéa 1^{er}, qu'il voit, à la suite de Merlin, comme un principe général dont la disposition figurant au Code n'est qu'une expression atténuée et non limitative, l'autorise à passer au filtre du principe de nationalité les effets portés par une loi étrangère. Si Mailher admet bien les droits politiques que cette loi conserve à ses ressortissants qui se trouvent à l'étranger et défend leur condition d'étranger, il n'en propose pas moins une lecture de l'ordre public, serti dans l'alinéa 1^{er} du Code civil, qui conduit celui-ci à interférer avec toutes les applications qui pourraient être faites d'une loi étrangère, à titre de « statut » réel ou à titre de « statut » personnel. Il plaide, non pas tant pour le caractère d'exception de l'ordre public national, mais pour son élévation au rang de règle de principe du droit international privé. Chez Mailher de Chassat, la loi d'ordre public se confond fatalement avec une loi d'application immédiate et impérative.

C. Louis Barde ou les lois de police relues à la lumière de la théorie des statuts.

En dépit du décalage générationnel qui le distingue des premiers internationalistes, la *Théorie traditionnelle des statuts, ou Principes du statut personnel et du statut réel d'après le droit civil français*, parue en 1880, de Louis Barde (1852-1932)²⁰⁴⁵, avocat à la Cour d'appel de Bordeaux, civiliste de formation, devenu professeur de droit administratif à Montpellier et Bordeaux et collaborateur de Baudry-Lacantinerie, s'inscrit, indubitablement, dans une démarche rétrospective, à rebours, que son titre annonce avec justesse. Sa profession de foi en faveur d'une méthode de résolution des conflits de lois qui s'appuierait exclusivement sur les enseignements des grands noms du passé encourage à le ranger parmi les premiers internationalistes, malgré sa parution plus tardive. L'œuvre, rédigée à une époque où le droit international privé moderne connaît l'une des mutations les plus importantes de sa jeune histoire, illustre bien le poids que fait peser sur les juristes français qui s'adonnent au défrichage de la matière la théorie des statuts, dans ses formes italienne, hollandaise et française.

²⁰⁴³ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°229, p. 311, qui parle de « police du territoire » et « domaine éminent » dans le sens où l'entendait Portalis dans son second exposé des motifs sur le premier projet de loi pour l'article 3, alinéa 2.

²⁰⁴⁴ Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts, op. cit.*, n°351, pp. 328-329.

²⁰⁴⁵ Marc MALHERBE, *La faculté de droit de Bordeaux (1870-1970)*, Bordeaux, 1996, Biographie des enseignants, p. 269.

Le matériau historique, redécouvert et réinterprété à la lumière des codifications et des conflits de lois internationaux, nourrit le sentiment d'une permanence des problèmes et des réponses qui peuvent y être, rationnellement, apportées.

Persuadé, sur la foi de leurs témoignages, que les Rédacteurs du Code civil ont voulu consacrer, à travers l'article 3, la distinction des statuts réels et personnels et qu'ils ont reconduit « l'ancien système », Barde se propose de relire le présent à l'aide des grandes catégories héritées du passé, qu'il redéfinit au passage ; cela ne signifie pas qu'il en accepte les solutions les plus classiques ou qu'il verse dans la nostalgie. Il n'est pas ignorant des grandes questions de droit international privé qui sont discutées à son époque, ni de la littérature, française et étrangère, qui porte sur ce sujet. Il part juste du principe que la période postérieure au Code civil n'a fait que reconduire, *mutatis mutandis*, les principes qui prévalaient sous l'Ancien droit et que la jurisprudence et la doctrine du XIX^e siècle n'ont fait qu'adopter les idées statutistes. La théorie des statuts est, surtout, un cadre formel et conceptuel qui ne préjuge en rien, *a priori*, des conclusions auxquelles l'auteur lui-même peut aboutir, même si cela pose inévitablement la question de savoir jusqu'où et dans quelle mesure l'influence des Anciens s'est exercée sur sa pensée.

Barde reconnaît, à la suite de Boullenois, que tous les statuts ne se réduisent pas à la division bipartite traditionnelle et qu'il faut réserver un traitement spécifique à ces classes de lois dont la logique échappe aux deux catégories principales²⁰⁴⁶. La première de ces classes est représentée par les lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er}. De ces lois, il donne, d'ailleurs, une définition très classique, qui n'innove en rien et qui évoque, successivement, les traits suivants (§ I-V) : le caractère absolu de ces lois, leur extension aux Français et aux étrangers, leur application indistincte aux étrangers qui résident sur le territoire et à ceux qui n'y font que passer, leur caractère immédiat (écartant tout facteur d'ignorance excusable²⁰⁴⁷), leur caractère commun à l'ensemble des souverainetés²⁰⁴⁸, l'exemption dont bénéficient les représentants d'un gouvernement étranger, le caractère exceptionnel de leur extension hors du territoire²⁰⁴⁹.

Plus intéressante est la typologie qu'il en donne, et qui semble prendre acte de la conception extensive du champ matériel d'application des lois de police et de sûreté. Tout d'abord, les lois de police et de sûreté, qui désignent, également, à un moindre degré, les actes d'administration, ne s'entendent pas seulement des « lois pénales ou répressives » et des « lois purement préventives », mais, d'une manière générale, de « toutes les dispositions destinées à maintenir le bon ordre à l'intérieur de l'État, en assurant la sécurité des individus et le respect de la propriété » (§ VI). Ensuite, estimant que la notion doit se comprendre de manière encore plus large, Barde élargit le spectre de manière sensible :

VII. – Ne convient-il pas de donner une portée encore plus large au premier alinéa de l'article 3 ?
L'affirmation n'est pas douteuse. D'abord, toutes les lois de procédure sont de véritables lois de

²⁰⁴⁶ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre III « De l'étendue de la division des statuts et des lois qui lui sont étrangères », introduction, n° I - III, pp. 50-51.

²⁰⁴⁷ Pétition de principe qu'il nuance quelque peu, plus loin, à propos des règlements de police, en s'autorisant de Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, t. 1, Paris, 1869, n°73, pp. 85-87 : voir Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre III, § I, n° XIV, pp. 70-71.

²⁰⁴⁸ Il cite les cas de l'Allemagne, en renvoyant à Ernest LEHR, *Éléments de droit civil germanique considérés en eux-mêmes et dans leurs rapports avec la législation française*, Paris, 1875, n° 14, p. 12, et de l'Italie, en se référant à Pietro ESPERSON, « Le droit international privé dans la législation italienne », 1^{ère} partie : la condition juridique de l'étranger en Italie, *Clunet*, 1879, n°20-23, pp. 342-343.

²⁰⁴⁹ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre III, § I « Des lois de police et de sûreté », n° I – V, pp. 51-53.

police intérieure. La justice ne peut être rendue qu'au nom du souverain et dans les formes qu'il a établies. Sur ce point, ni la jurisprudence, ni la doctrine ne renferment de dissidence.

De plus, tous les statuts réels prohibitifs présentent, au plus haut chef, outre les conditions de la réalité, les caractères des lois de sûreté territoriale. L'exactitude de cette proposition, si on la restreint aux statuts réels prohibitifs, ne nous paraît pas contestable.

Mais beaucoup de jurisconsultes soumettent encore à la règle du premier alinéa de l'article 3 toutes les dispositions civiles qui intéressent l'*ordre public*, par exemple, celles qui régissent les actes de l'état civil, celles qui imposent à certaines personnes l'obligation de se fournir des aliments, celles qui déterminent les pouvoirs du mari sur la personne de sa femme ou des pères et mères sur la personne de leurs enfants.²⁰⁵⁰

Barde, qui approuve hautement cette extension, la considérant « en parfaite harmonie avec les préoccupations des rédacteurs du Code », reprend, en l'espèce, des solutions qui ont commencé à s'installer en doctrine et en jurisprudence. En effet, la soumission des lois de procédure à la *lex fori* a pu être rattachée relativement tôt au fondement légal qu'offrait la lettre même de l'article 3, alinéa 1^{er} à ces lois. De même, les statuts réels prohibitifs (sur lesquels l'auteur ne se prononce pas davantage), expression archétypale de la souveraineté/territorialité, ont, naturellement, leur siège dans l'article 3, alinéa 1^{er}, puisque toutes les défenses édictées par un législateur afin d'assurer l'unité de règlement qu'il entend assurer à l'intérieur de son territoire ont vocation à s'identifier aux lois de police, dont elles étaient, sous l'Ancien droit, la préfiguration. Enfin, il ne fait aucun doute que, suivant le mouvement dont Demangeat, Demolombe, Aubry et Rau, ou encore, à sa manière, Mailher de Chassat, ont été les acteurs, « les dispositions civiles qui intéressent l'*ordre public* » – celles, notamment, qui regardent l'état des personnes et l'organisation familiale – ont été reconnues, tant par la jurisprudence que par la doctrine, comme des lois de police, ou, pour l'exprimer par un synonyme presque parfait, des « lois d'ordre public »²⁰⁵¹.

Bien que Louis Barde et le Belge François Laurent, dont l'œuvre est contemporaine, partagent la même conception extensive de l'ordre public, l'avocat bordelais écarte, en s'appuyant sur l'autorité de Demolombe²⁰⁵², les critiques émises, dans ses *Principes de droit civil*, par Laurent sur l'application exagérée de l'article 3, alinéa 1^{er} par les juridictions françaises²⁰⁵³. L'auteur les évoque ainsi :

Il est arrivé que des juges français, tout en se déclarant incompétents pour prononcer la séparation de corps entre époux étrangers, ont cru néanmoins, pour des raisons d'ordre public, devoir autoriser la femme à quitter le domicile conjugal et la soustraire ainsi aux mauvais traitements de son mari. Il a été aussi décidé que l'intérêt général exigeait qu'un étranger fût condamné à fournir des aliments à son conjoint malheureux.²⁰⁵⁴

À Laurent, soucieux de réserver ces questions au statut personnel des époux étrangers ou à la loi de leur mariage et, donc, au domaine de compétence de l'article 3, alinéa 3, et qui craint qu'il ne s'agisse là d'un empiètement trop rigoureusement territorialiste qui blesserait inutilement l'alinéa 3 et qui détournerait de sa fonction première l'alinéa 1^{er}²⁰⁵⁵, Barde répond que les juges français ont

²⁰⁵⁰ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre III, § I, n° VII, p. 54.

²⁰⁵¹ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre V, § 2, pp. 184-186, y revient, de nouveau, au sujet du statut personnel.

²⁰⁵² Sur Demolombe, voir, *supra*, pp. 743-745.

²⁰⁵³ Sur François Laurent, voir, *infra*, pp. 864-884.

²⁰⁵⁴ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre III, § I, n° VIII, p. 55.

²⁰⁵⁵ François LAURENT, *Principes de droit civil*, tome 1^{er}, n°107, pp. 169-170. Voir, *infra*, pp. 866-869.

fait une juste application des sains principes :

Dans la première espèce, les juges n'ont point substitué une séparation de fait à la séparation judiciaire. Ils ont pris au profit de la femme étrangère, et en attendant que les tribunaux de son pays se prononçassent en droit sur la demande en séparation, la mesure provisoire qu'ils auraient prise aussi bien à l'égard d'une Française. Or, cette mesure, qui a pour but de protéger la personne de l'époux le plus faible, rentre, évidemment, dans la définition des mesures de police et de sûreté. Sans doute, l'article 3, qui est la base de la décision, consacre implicitement le statut personnel des étrangers, mais cette disposition, qui ressort du troisième alinéa de l'article, est, dans l'espèce, tenue en échec par le premier alinéa qui fait passer avant toutes les autres considérations le maintien de l'ordre public.

Les magistrats ne se sont pas davantage mépris sur les vrais principes du droit français ni sur les exigences de l'humanité, en condamnant un étranger à fournir des aliments à son conjoint besoigneux. Ils n'ont point, comme le prétend M. Laurent, invoqué l'ordre public pour faire indirectement ce qu'ils croyaient ne pouvoir faire par la voie directe. S'ils avaient procédé de la seconde façon, ils auraient suivi le statut personnel de l'étranger, et, en conséquence, auraient conformé leur décision aux dispositions de cette loi sur les pensions alimentaires. Loin de là ! Ils ont appliqué les règles posées à cet égard par le droit français, sans examiner si la loi étrangère consacrait entre conjoints l'obligation de se fournir des aliments, ni, en cas d'affirmative, si elle ne restreignait pas la liberté d'appréciation que le législateur français a cru pouvoir, dans cette matière, laisser aux tribunaux.²⁰⁵⁶

Barde a sans doute su mieux expliquer que Laurent la réaction des juges : à l'inverse du juriste belge, partisan déclaré de l'extraterritorialité de la loi nationale, entendue comme la loi personnelle, les tribunaux français, ayant sensiblement moins confiance dans la loi étrangère, ont estimé qu'il était plus conforme, devant une demande formulée en France par une épouse étrangère se trouvant sur le sol français, aux « vrais principes du droit français » et à « l'exigence d'humanité » de faire intervenir la loi française pour venir au secours de la femme en situation de détresse physique, morale ou matérielle. Le fait que l'auteur, sans citer d'arrêt en particulier, renvoie *in fine* à Demolombe permet, par l'intermédiaire de celui-ci, de restituer les arrêts auxquels il fait référence : l'arrêt *Zaffiroff* de la Cour de cassation du 27 novembre 1822 pour l'autorisation accordée à la femme de quitter le domicile conjugal, et l'arrêt *Favre* de la Cour royale de Paris du 19 décembre 1833, à propos d'une pension alimentaire réclamée par l'épouse à l'encontre de son mari savoyard²⁰⁵⁷. Dans ce dernier arrêt, les juges du fond sont partis du principe que la fourniture d'aliments au conjoint nécessiteux est une « obligation de droit naturel » pour approuver la compétence extraordinaire des tribunaux français, sans préjuger de la loi applicable aux obligations nées du mariage, et l'attribution de la pension alimentaire sur le fondement de l'article 3, alinéa 1^{er}. La compétence du tribunal du lieu de résidence des époux est donc d'ordre public²⁰⁵⁸. Comme le souligne Barde, les juges ont procédé à l'application immédiate et impérative de la loi française, sans se soucier de la loi étrangère qu'ils n'entendaient pas appliquer à la demande de pension, puisque l'ordre public international français demande à ce que des époux résidant sur le territoire français, indépendamment de leur nationalité, puissent aspirer à la même protection en cas de

²⁰⁵⁶ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre III, § I, n° VIII, pp. 56-57. A l'époque où l'avocat bordelais publie son œuvre, il n'a pu, semble-t-il, prendre connaissance du premier tome du *Droit civil international* de François LAURENT, publié la même année.

²⁰⁵⁷ Sur ces arrêts et d'autres références qui les accompagnent, voir Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, t. 1, Paris, 1869, n°70, p. 84. Voir, *supra*, p. 757.

²⁰⁵⁸ Dans le même sens, voir Kouroch BELLIS, *Système de l'obligation naturelle*, thèse Paris II, soutenue le 29 mars 2018, n°819-820, pp. 417-418, qui approuve le recours, par la Cour, à la qualification de « loi de police ».

détresse.

A ces solutions qui touchent de près au statut personnel et aux droits de famille, Barde ajoute, pour enrichir la catégorie des lois de police, le domaine des prescriptions, acquisitive et libératoire, qu'il rattache expressément à l'ordre public du for, et qu'il soumet à la *lex fori* au titre de l'article 3, alinéa 1^{er} (§ IX et suivants)²⁰⁵⁹. En effet, selon lui, « on peut dire, d'une manière générale, que la prescription repose sur d'impérieuses considérations d'intérêt général. Le droit de l'individu s'y trouve écarté ; ce ne peut être que devant un droit supérieur, de l'État. Il serait inique et révoltant de sacrifier l'intérêt d'un particulier à un intérêt de même nature »²⁰⁶⁰. L'exigence d'une bonne justice impose à l'Etat de décider à partir de quel moment doivent s'éteindre les incertitudes et les risques de contentieux et à partir de quand il accorde sa protection aux situations acquises.

Qu'en est-il des « lois d'ordre public » en matière de statut réel ? La question ne se pose pas pour le statut réel immobilier : la force qui lui est reconnue traditionnellement s'est dissociée de l'idée sous-jacente d'ordre public ou de loi de police pour se cristalliser dans un article 3, alinéa 2 qui remplit la même fonction, mais avec la force qui s'attache au texte légal. Mais, de manière occasionnelle, les meubles, aussi, peuvent être sujets aux lois de police et de sûreté. C'est pour cela que Barde approuve la Cour de cassation d'avoir décidé, dans l'arrêt *Craven* du 19 mars 1872, que la loi française, quant aux meubles situés en France et possédés par des étrangers, revêt un caractère de loi de police et de sûreté, à chaque fois qu'il en va de leur possession, des privilèges qui sont exercés sur eux ou des voies d'exécution les concernant. La haute juridiction ne fait, en cela, que confirmer une solution traditionnelle : celle qui veut que le statut réel est doué d'un caractère d'ordre public qui permet ainsi de protéger les tiers et, en particulier, des créanciers français²⁰⁶¹.

Qu'en est-il des « lois d'ordre public » en matière de statut personnel, notamment lorsqu'elles sont confrontées à l'extraterritorialité de ce dernier ? Barde y répond de manière très explicite, lorsqu'il aborde la question du statut personnel des étrangers, en posant une règle générale :

Il est unanimement admis en doctrine et en jurisprudence que le statut personnel étranger devrait être écarté s'il était de nature à compromettre des intérêts français d'ordre public.²⁰⁶²

Il cite ainsi un arrêt *Mayer* rendu par la Cour d'appel de Paris, le 13 février 1872, dans lequel s'exprime le principe suivant lequel les dispositions d'ordre public, exprimant la souveraineté de la loi française et de l'ordre juridique de l'Etat, l'emportent invinciblement contre tout statut personnel étranger²⁰⁶³.

L'ordre public, lorsqu'il entre en opposition avec un statut personnel étranger, peut se développer sur deux plans. D'abord, l'intérêt de la société française peut requérir son intervention. A ce stade, Barde distingue classiquement deux moments : la naissance, sous l'empire d'une loi

²⁰⁵⁹ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre III, § I, n° IX-XIII, pp. 57-70, où l'auteur est entraîné dans de longues discussions doctrinales sur les prescriptions. Rappelons que Jean Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne, op. cit.*, chapitre XXXV, n°4, p. 817, rangeait la prescription immobilière parmi les « statuts exorbitants du droit commun ».

²⁰⁶⁰ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre III, § I, n° IX, pp. 57-58.

²⁰⁶¹ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre IV, section II, pp. 119-20. Sur l'arrêt *Craven*, voir, *infra*, pp. 1024-1025.

²⁰⁶² Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre V, § 2, n° VII, p. 184.

²⁰⁶³ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre V, § 2, n° VII, p. 184, note 1. Sur l'arrêt *Mayer*, voir, *infra*, pp. 817-818.

étrangère, du droit afférant à l'état ou à la capacité de l'étranger, droit considéré comme « acquis » et, comme tel, hors de portée de la juridiction française, et les conséquences que l'étranger entend faire produire à ce droit acquis sur le territoire français ou à l'encontre d'un Français. De fait, envisageant l'hypothèse de l'étranger valablement divorcé qui veut se marier en France, ou de celui qui veut se prévaloir en France de sa filiation naturelle établie conformément à sa loi nationale, ou encore de celui qui, originaire d'un pays dont le système légal admet la polygamie, veut tirer les conséquences de son état de famille, Barde plaide nettement en faveur de l'effet atténué de l'ordre public en leur faveur. Mais, même en étant plutôt favorable à la reconnaissance de ces situations constituées sous un droit étranger, il ne manque pas de relever que les magistrats ont toujours le pouvoir de soulever l'exception d'ordre public ou, plus exactement, selon le schéma de pensée qui est dominant à l'époque, d'élever le barrage de la « loi d'ordre public » si les conséquences de la reconnaissance s'avéraient trop choquantes pour les valeurs de la société française :

La question véritable est donc celle-ci : étant donné un fait juridique qui échappe essentiellement à leur appréciation, les tribunaux français peuvent-ils en méconnaître les conséquences naturelles ? Nous répondons négativement, car méconnaître les conséquences de ce fait ne se pourrait sans une désapprobation au moins implicite, mais évidente du fait en lui-même. Pour que les magistrats pussent écarter légitimement ces conséquences, il faudrait qu'elles fussent en elles-mêmes contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.²⁰⁶⁴

Ensuite, comme l'exprime l'auteur lui-même, « le statut personnel étranger cesse encore d'être applicable quand il lèserait un intérêt français privé qui mériterait une protection particulière. Mais le rejet de la loi étrangère est tout à fait exceptionnel »²⁰⁶⁵. En effet, l'ordre public, sous couvert de la loi de police, peut prendre à sa charge l'intérêt légitime d'une personne privée. Mais encore convient-il de s'entendre sur la nature de l'intérêt français à préserver et sur l'étendue de la protection qui doit lui être accordée. Si cet intérêt doit être une préoccupation essentielle pour les magistrats, Barde refuse de l'ériger en système. C'est pour cette raison qu'il oppose à la solution préconisée par Auguste Valette, consistant à soumettre, de manière irréfragable, à la loi française d'ordre public la capacité du mineur étranger contractant avec un Français, afin d'éviter à celui-ci les mauvais tours que pourrait lui jouer sa méconnaissance de la loi personnelle du mineur. Ce faisant, Valette ne faisait que tirer les conséquences qui s'imposaient de l'affaire *Fontellas* de 1834, et anticipait la réponse qui serait donnée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Lizardi* de 1861. Le système de l'intérêt français est défendu également par Demolombe²⁰⁶⁶. Or, pour Barde, cela serait faire violence à l'application de la loi personnelle, qui est, sauf circonstance exceptionnelle, tenue pour légitime par l'ordre juridique français. Il en appelle donc à plus de mesure et estime que la défense de l'intérêt français bascule dans le champ opératoire de l'ordre public lorsque la fraude ou l'omission de l'étranger conduit le Français à se méprendre, en toute bonne foi, sur la véracité de sa nationalité. C'est ce critère de la nationalité, et non plus celui de l'âge, que retient Barde

Le système de l'intérêt français, ainsi restreint dans ses applications, devient une question d'ordre public. L'ordre public ne commande-t-il pas, en effet, que l'on prévienne ou que l'on déjoue les pièges dans lesquels la fraude ou le silence des étrangers pourrait faire tomber les contractants français ? Si l'étranger, établi en France, qui passe et qui doit comprendre qu'il passe pour Français,

²⁰⁶⁴ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre V, § 2, n° VIII, pp. 186-189, spéc. p. 187.

²⁰⁶⁵ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre V, § 2, n° VIII, p. 189.

²⁰⁶⁶ Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, I : Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, op. cit., 4^e édition, 1869, n°102, pp. 115-117.

veut renverser les apparences et se prévaloir de sa nationalité, n'est-ce pas à lui de déclarer cette intention au moment où il contracte? S'il s'en abstient, ne peut-on voir dans son silence, sinon une fraude proprement dite, du moins une faute lourde ?²⁰⁶⁷

Dans le même esprit, Barde approuve les auteurs qui, comme Demolombe ou Aubry et Rau, sont d'avis que « les Français méritent une protection extraordinaire quand les contrats qu'ils passent avec des personnes dont ils connaissent l'extranéité, ont pour objet les choses essentielles de l'existence, comme la nourriture ou le logement », afin qu'ils puissent obtenir l'assurance que leurs créances seront admises, au moins, par les tribunaux de France. Dans ces cas-là, il considère, à l'instar de ces auteurs, qu'il y a là matière à appliquer la loi française en tant que loi de police :

La garantie apportée au contractant français est un moyen d'obtenir un résultat d'intérêt public. L'Etat français doit en vue de sa propre conservation, empêcher que la misère ne se développe sur son territoire, les victimes immédiates de la misère fussent-elles des étrangers.²⁰⁶⁸

En dépit des nuances qu'il apporte au système de l'intérêt français, notamment à propos de la capacité du mineur étranger, Barde se rallie, dans l'ensemble, à cette théorie qui s'inscrit parfaitement dans la démonstration qui est la sienne et qui tend à prouver, comme il l'affirme en conclusion, que « l'application du statut personnel est, par exception, repoussée dans des cas où l'intérêt privé des contractants français confine à l'intérêt public ».

S'il fallait trouver un ultime exemple d'intervention de l'ordre public en matière personnelle ou familiale, l'auteur le fournit en se fondant sur l'hypothèse d'un Français, marié et père de famille, qui se ferait naturaliser Espagnol, les juges français doivent refuser de faire passer les puissances maritale et paternelle sous l'empire de la loi espagnole, par l'application combinée des alinéas 1^{er} et 3 de l'article 3 du Code. Ces alinéas commandent, « pour des raisons d'ordre public », à la justice française de protéger l'état et la capacité de ceux de leurs compatriotes, qui, non naturalisés eux-mêmes, seraient menacés de perdre la protection que leur assure leur loi nationale. Combattant ainsi l'opinion contraire de Laurent, Barde s'en remet à la force de la législation française :

Pour nous, qui puisons exclusivement dans la loi française nos règles d'interprétation, nous estimons que la prédominance du statut personnel français découle du premier et du troisième paragraphes de l'article 3.²⁰⁶⁹

Si la *Théorie traditionnelle des statuts* de Louis Barde est, incontestablement, à ranger parmi les œuvres mineures de l'histoire du droit international privé, et si elle ne représente pas non plus les derniers feux de l'approche traditionnelle de la matière des statuts, elle apparaît, déjà, en la forme, en décalage avec son époque. En revanche, sur le fond, l'outillage statutiste qu'elle met en œuvre se modèle sans grande difficulté sur les grandes questions soulevées par le régime des biens et le régime des personnes, démontrant par là la persistance d'un mode de pensée statutiste qui frappe encore une partie de la jurisprudence et de la doctrine du XIX^e siècle. De manière assez logique pour un auteur qui se réclame d'un héritage aussi ancien, les lois de police sont assimilées purement et simplement à la traduction légale des lois d'ordre public et fonctionnent sur le modèle des

²⁰⁶⁷ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre V, § 2, n° VIII, p. 191.

²⁰⁶⁸ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre V, § 2, n° VIII, pp. 192-193.

²⁰⁶⁹ Louis BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, chapitre V, § 4, pp. 200-202, spéc. p. 202.

vénérables statuts prohibitifs, en venant conforter la dimension impérative qui peut se révéler à travers les statuts réels et en s'érigeant en barrière de l'ordre juridique du for contre les intrusions jugées indésirables des statuts personnels. Ces lois ont, également, leur domaine autonome d'expression, comme les mesures d'urgence prises en matière familiale ou les différentes sortes de prescription. En somme, Barde tire les leçons de l'expérience du passé et marche sur les pas de Boullenois ou encore Bouhier en transposant leurs solutions aux problèmes juridiques auxquels se confrontent, encore et toujours, jurisprudence et doctrine du XIX^e siècle.

Conclusion du chapitre II :

Durant la majeure partie du XIX^e siècle, la doctrine française, par la voix des Exégètes, puis de celle des premiers juristes à investir le champ du droit international privé, s'efforce de discerner les intentions profondes du législateur de 1804 et d'interpréter l'article 3, alinéa 1^{er} tant au regard du conflit de lois que de la condition des étrangers. La tâche, si elle n'est pas aisée, est néanmoins nécessaire et elle traduit une volonté de garder à l'article 3, envisagé dans ses trois alinéas, son statut de siège du conflit de lois. Pour mener à bien ce travail d'interprétation, civilistes et international-privatistes s'appuient largement sur les travaux préparatoires et s'accordent à voir dans l'alinéa 1^{er} une déclaration générale de souveraineté de la loi française, à laquelle ne sauraient porter atteinte les lois étrangères et qui suppose l'assujettissement des étrangers présents sur le territoire. Après être demeurés, un temps, proches d'une glose très proche du texte, ces premiers interprètes se montrent désireux de dépasser la lettre même de l'article 3 et d'ouvrir son champ d'application matériel aux domaines du droit privé et non plus aux seuls lois de droit public et de droit pénal.

L'éclosion d'une science internationaliste qui émerge alors encore timidement à partir de la moitié du siècle contribue à raviver l'intérêt pour les questions de droit international et, à partir de la génération de Demolombe, Aubry et Rau, ou encore Valette, les explications de l'article 3 se font plus détaillées, plus ambitieuses, plus soucieuses de se confronter aux travaux d'un Foelix et d'un Demangeat et aux premières tendances de la jurisprudence. L'influence conjuguée de Merlin et de Foelix, conforter par la redécouverte des œuvres des statutaires français du siècle précédent, a pour effet de placer l'alinéa 1^{er} sous l'empire des thèses hollandaises et de l'ériger en principe général de territorialité de la loi française, renforcé par l'alinéa 2 et prolongé, à l'étranger, par l'alinéa 3. A partir de Demangeat, la notion de « loi d'ordre public » vient se substituer à celle de « loi de police » pour désigner tous les cas de figure dans lesquels la loi française s'impose à la loi étrangère, soit en lui refusant l'entrée sur le territoire, soit en déniait accueillir les effets les plus pernicioseux que l'application d'une telle loi provoquerait au regard des valeurs portées par l'ordre juridique français. Le système de l'intérêt français, qui se développe à cette époque, est un témoignage de cette conception exigeante de l'ordre public. Ainsi, la dialectique entre souveraineté/territorialité et *comitas*, qui se vérifie en parallèle en jurisprudence, épouse alors parfaitement les aspirations d'une doctrine française qui revient tout doucement de ses préventions à l'égard de la condition civile des étrangers et du sort de la loi étrangère. Au fur et à mesure que l'attitude de la doctrine française se fait moins rigoureuse et plus favorable à l'extranéité, les domaines ouverts à la loi étrangère se font plus nombreux, multipliant, par contrecoup, les raisons d'intervenir de l'article 3, alinéa 1^{er}. Celui-ci ne limite plus son champ matériel d'application aux seuls droit public et droit pénal, mais investit de très larges secteurs du droit privé, comme le droit de la famille, très fréquemment passé au tamis

de l'ordre public. Au sein d'un droit international privé français en pleine crise de croissance, l'alinéa 1^{er} sert, à la fois, d'îlot de stabilité et de valeur-refuge.

CHAPITRE III - L'INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE DES LOIS DE POLICE ET DE SURETE : ENTRE LOIS DE POLICE ET ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL (1840-1880).

La contribution de la jurisprudence française et, occasionnellement, belge à l'interprétation de l'article 3 et des trois alinéas qui le composent, s'est avérée déterminante et a puissamment contribué au renouveau de la matière des conflits de lois et, par conséquent, à la renaissance d'une doctrine spécialisée. En effet, si les juristes civilistes ont montré une prudence expectante à la suite de la promulgation du Code et de cet article, volontairement modeste et laconique, qui ne leur disait pas explicitement dans quelle mesure il prétendait s'inscrire dans la continuité de la théorie des statuts, les juges, pour leur part, ont immédiatement dû se confronter aux problèmes suscités par les questions de droit transitoire et, plus encore, de conflits entre la loi française nouvellement entrée en vigueur et les différentes législations européennes. Il ne leur a pas été possible de se soustraire à leur obligation par des réponses dilatoires, puisque non seulement l'article 4 du Code, mais également, et de manière plus explicite encore, les articles 14 et 15 sur le privilège de juridiction reconnu aux Français dans leurs litiges avec des étrangers, ne leur laissaient pas la faculté de se déclarer incompétents. L'esprit nationaliste, héritage de la Révolution, dans lequel ils ont été conçus, a encouragé la saisine des tribunaux français et forcé ceux-ci à se demander jusqu'à quel point ils pouvaient étendre la protection de la loi française aux Français et, bien plus tardivement, aux étrangers présents sur le territoire.

Dès 1804, les juges, français comme tous ceux qui se trouvent soumis au régime du Code civil, entreprennent de tirer tout le parti qu'ils peuvent de l'article 3 et de sa rédaction elliptique, qui leur autorise tous les types d'argumentation : *a contrario*, *a fortiori*, *a pari*, interprétation stricte. La lettre sans rigueur de l'alinéa 1^{er} n'en ferme pas l'esprit. Quand bien même la règle qui y est inscrite renverrait, comme cela était probablement l'intention du législateur, aux dispositions de droit public et de droit pénal français, elle demeure gravée au sein du Code et, pour cette raison, son usage n'est aucunement interdit à un juge statuant au civil. N'est-il pas plus avantageux pour lui, s'il veut réaffirmer la supériorité de la loi française et repousser une loi étrangère jugée trop dangereuse, de trouver sa base légale dans un alinéa qui serait, à défaut, sans utilité pratique, que de recourir aux vieux procédés statutaires, qui demeurent fonctionnels pour le droit transitoire, mais rappellent trop les conflits de coutumes dont ils sont issus ? A supposer que les raisonnements propres à ces derniers soient transposés dans le cadre des conflits de lois internationaux, ne peut-on pas considérer que l'alinéa 1^{er} est le successeur désigné des statuts prohibitifs, voire des statuts odieux, et des lois d'application immédiate auxquels ont eu tant de fois recours les juridictions d'Ancien Régime ?

Ainsi, du simple fait de l'obligation qui leur est imposée de motiver leurs décisions par l'article 141 du Code de procédure civile de 1806²⁰⁷⁰, les juges ont pu, librement, concentrer sur

²⁰⁷⁰ CODE DE PROCEDURE CIVILE, Imprimerie ordinaire du Corps Législatif, Paris, 1806, article 141, p. 30 : « article 141. La rédaction des jugements contiendra les noms des juges, du procureur impérial, s'il a été entendu, ainsi que des avoués ; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, *les motifs* et le dispositif des jugements ».

ID., article 470, p. 83 : « 470. Les autres règles établies pour les tribunaux inférieurs seront observées dans les tribunaux d'appel ».

Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat*, de 1788 à 1830, 2^e édition, t. 1, Paris, 1834, p. 324, Décret des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, titre V, article 15 : « 15. La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes.

L'article 3, en son entier, toutes les questions générales du conflit de lois, ainsi que toutes les questions spéciales qui n'ont pas été expressément réglementées par une disposition spéciale du Code. Il leur faut donc trouver une fonction pratique à cet alinéa 1^{er} qui semble, à première vue, s'éloigner de leurs préoccupations civilistes, mais qui offre, par la généralité de sa formulation et par la volonté manifeste du législateur de ne pas définir trop précisément ces « lois de police et de sûreté », un terreau favorable pour implanter les mécanismes destinés à défendre les souveraineté et territorialité de la loi française. Davantage que les juridictions du fond, plus sensibles aux éléments d'extranéité que contiennent les faits qui leur sont soumis, la Cour de cassation a longtemps résisté, le regard tourné vers le texte de loi, à la tentation de statuer sur le sort de la loi étrangère, en raison du risque que celle-ci pouvait, par son application au sein du territoire, représenter pour la primauté de la loi française. En revanche, juges du fond et magistrats de la Cour de cassation ne se privent pas de retrouver les vieux mécanismes qui avaient cours sous l'Ancien Droit, quitte à devoir les revêtir de l'habit neuf de l'article 3, alinéa 1^{er}. Celui-ci fournit un siège idéal, et un excellent prétexte, pour justifier le recours aux techniques les plus éprouvées. Les « lois de police et de sûreté » présentent le mérite de réveiller la figure endormie des statuts prohibitifs ou, de manière plus brutale encore, de soulever les lois d'application immédiate pour écarter la loi étrangère ou pour lui dénier tout titre à régler le litige dont il s'agit. La barrière protectrice établie par la Cour de cassation, parfois précédée ou suivie en cela par les Cours d'appel, se veut tout autant une manière de rappeler la souveraineté et l'exclusivité de la loi française, dans la continuité des grandes directives ébauchées par les travaux préparatoires à propos de cet alinéa 1^{er}, que de préserver les intérêts des Français dans leurs rapports avec des ressortissants étrangers. Largement encouragée, dans cette inflexion, par la tradition issue de l'Ancien droit, la jurisprudence a donc fait usage de l'alinéa 1^{er} pour installer, pendant quelques décennies, un esprit de territorialisme et de nationalisme juridiques qui reflète, au-delà du phénomène apparent de rétraction dû à l'attachement des juges à leur Code, la nécessité dans laquelle ils se trouvent de faire leur apprentissage du droit international privé moderne. C'est donc à partir du Code, mais en cherchant les réponses en dehors de celui-ci, que les juristes, dans la plus grande partie du XIX^e siècle, se sont évertués à reconstruire la discipline.

La destinée jurisprudentielle de l'article 3, alinéa 1^{er} aurait-elle été la même sans l'arrêt *Mac Mahon* rendu par la Cour de cassation le 22 mars 1806 et les prises de position de Merlin qui en sont directement à l'origine ? Toujours est-il qu'en décidant que les lois révolutionnaires sur le divorce étaient des lois de police générale, qui s'étendent aux Français comme aux étrangers, la haute juridiction a encouragé les juges du fond à toutes les hardiesses, en les incitant à élargir de manière intensive le champ d'application matériel de la disposition à tous les domaines de la vie juridique. Cette inclination marquée à recourir aux potentialités de l'article 3, alinéa 1^{er} s'explique d'autant plus aisément que, sur le plan de la politique jurisprudentielle, la première période du XIX^e siècle est celle qui est le plus marquée par la souveraineté/territorialité de la loi, durant laquelle, mettant en œuvre des solutions statutistes directement inspirées par les Hollandais et par la doctrine française du XVIII^e siècle, et peut-être guidés par l'exemple de Merlin, les juges rejouent la partition de la distinction des statuts réels et des statuts personnels, en érigeant la loi territoriale en

Dans la première, les noms et les qualités des parties seront énoncés.

Dans la seconde, les questions de fait et de droit qui constituent le procès seront posées avec précision.

Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés.

La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement ».

principe et la loi extraterritoriale en exception²⁰⁷¹.

Même limité à un échantillon qui, ici encore, épargnera un examen exhaustif des décisions appliquant, expressément ou implicitement, l'alinéa 1^{er} de l'article 3, ce tableau de jurisprudence permet de saisir la diversité des domaines dans lequel les lois de police et de sûreté sont appelées à intervenir, soit comme statut prohibitif après la lettre, soit comme exception d'ordre public avant la lettre, soit, enfin, comme loi d'application immédiate. Le choix le plus simple et le plus pertinent est de s'appuyer sur les travaux déjà anciens qui ont déjà fait œuvre utile en collectant la jurisprudence sur l'article 3, alinéa 1^{er}, en se réservant le droit de ne pas reprendre à son compte les interprétations quelque peu vieilles²⁰⁷². Malgré des conceptions parfois très datées, la thèse soutenue par Henri Donnedieu de Vabres en 1905, sur *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*²⁰⁷³, prolongée par un article paru à la Revue de droit international privé en 1906²⁰⁷⁴, demeure un travail de référence, dont le découpage chronologique, même s'il appelle inévitablement des réajustements, permet de saisir, avec justesse, la progression, et la diversification, des solutions jurisprudentielles en la matière. A la différence de l'éminent auteur, qui divise en deux la période 1804-1880, il semble davantage correspondre à l'esprit même de l'article 3, alinéa 1^{er}, de ramener son traitement par les juges français à une seule et même séquence qui court jusqu'en 1880. L'enrichissement de son champ d'action se fait par une progression constante, que ne dirige aucun autre principe que celui de la souveraineté/territorialité de la loi française, là où Henri Donnedieu de Vabres veut y voir une assimilation des lois de police au statut réel, puis leur émancipation en une catégorie autonome. La différence n'est sans doute pas si essentielle et les interprétations pas si exclusives l'une de l'autre, si l'on prend en compte le trait commun aux deux approches qu'est l'idée de territorialité d'ordre public²⁰⁷⁵.

La souveraineté/territorialité de la loi française se concrétise par l'utilisation fréquente de l'article 3, alinéa 1^{er}, implicitement ou explicitement. Elle s'exprime, de manière presque évidente, dans les questions de droit qui voisinent avec la territorialité du droit public et du droit pénal, en

²⁰⁷¹ La bilatéralisation opérée par les jurisprudences française et belge, au cours du XIX^e siècle, a été étudiée, d'abord, par Marc FALLON, « L'application de l'article 3, alinéa 3, du Code civil par la jurisprudence belge du XIX^e siècle », *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, édité par Johan ERAUW, Boudewijn BOUCKAERT, Hubert BOCKEN, Helmut GAUS et Marcel STORME, Bruxelles, 1989, pp. 765-782, puis Bertrand ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 1-18.

²⁰⁷² Une telle recherche ne demande pas uniquement de collecter les références qui figurent aux recueils et répertoires de jurisprudence, ni même dans la doctrine, exégétique ou spécialisée, mais, plus profondément, d'ordonner ces références, comme ont tenté de le faire les monographies spécialement dédiées à la question, dont la consultation demeure essentielle. Au-delà de la thèse et de l'article de Henri Donnedieu de Vabres, cités aux deux notes suivantes, il faut aussi rappeler le travail de défrichage des deux thèses parues sur la jurisprudence française en matière de « lois d'ordre public », c'est-à-dire aux thèses de René BOISSARIE, *De la notion d'ordre public en droit international privé*, Paris, 1888 (essentiellement tournée vers la jurisprudence), et de Maurice MOUTIER, *Du conflit des lois étrangères avec les lois d'ordre public françaises*, Paris, 1891. Il faut également y ajouter la synthèse opérée par Raymond VANDER ELST dans sa thèse *Les lois de police et de sûreté, op. cit.*, tome 1^{er} et tome 2nd.

²⁰⁷³ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois*, Paris, 1905.

²⁰⁷⁴ Henri DONNEDIEU DE VABRES, « L'article 3 du Code civil et la jurisprudence française de 1804 à 1904 », *Revue de droit international privé*, n°2, 1906, pp. 684-699 et 829-860.

²⁰⁷⁵ Pour se faire une plus juste idée des liens qu'entretiennent l'alinéa 1^{er} (sur les lois de police) et l'alinéa 2 (sur le statut réel immobilier) tout au long du XIX^e siècle, et ce depuis 1804, il faudrait reprendre, avec un regard nouveau, le travail accompli par Henri Donnedieu de Vabres dans sa thèse. Mais il suffit de dire, ici, que les deux alinéas sont des démembrements d'une conception du statut réel qui a évolué, au XVIII^e siècle, en France, comme l'expression de la souveraineté/territorialité des coutumes, sans nécessairement renier ses fondements les plus anciens. Ils entendent exprimer, littéralement et pratiquement, la territorialité de la loi française. Mais seul l'alinéa 2 a conservé son caractère réel (teinté d'impérativité), tandis que l'alinéa 1^{er}, en se détachant du tronc commun, a généralisé l'impérativité de la loi souveraine et territoriale à tous les champs du droit privé qui lui étaient ouverts et a fini, pour cela, par assumer cette dimension d'ordre public international qui a été diagnostiquée aussitôt.

application directe de l'alinéa 1^{er} (Section 1^{ère}) ; elle s'exprime aussi par l'extension du mécanisme des lois de police à des situations qui ne le justifieraient pas du fait de leur objet. De manière plus ou moins intensive et durable, et pour des raisons variables, les lois de police attirent dans leur orbite, tour à tour, les conflits de lois en matière réelle, lorsqu'ils s'agit de conforter ou suppléer l'alinéa 2 (Section 2^{ème}) ; les conflits de lois en matière personnelle, afin d'éviter ou d'endiguer les effets que porterait une bilatéralisation trop large vers la loi étrangère et son application en France (Section 3^{ème}) ; certaines lois relatives aux obligations (Section 4^{ème}) ; et les conflits de lois en matière commerciale (Section 5^{ème}). Mais, dans tous les cas, les enjeux que peuvent mettre en cause ces situations, les conséquences néfastes dont les juges, au nom de l'ordre juridique français, veulent abriter le territoire ou la personne des Français et les solutions que, parfois, ils entendent imposer, d'office, afin de respecter l'esprit et l'ambition de la loi française expliquent qu'ils aient eu, souvent, durant ce premier XIX^e siècle, la tentation de se servir de l'alinéa 1^{er} pour contrer l'influence étrangère. C'est donc en considération du résultat concret auquel le juge français veut aboutir, et dont il pense qu'il remplit pleinement l'objectif du législateur, que les « lois de police » jouent leur rôle de lois d'ordre public, entraînant, ainsi, l'application d'autorité de la loi française en lieu et place de la règle étrangère.

Section 1^{ère}. Les lois de police et de sûreté et la territorialité du droit public et du droit pénal.

De tous les domaines d'application qu'a pu connaître l'article 3, alinéa 1^{er} au cours du XIX^e siècle, la territorialité inhérente aux lois de droit public et de droit pénal (tempérée, dans ce dernier cas, par les articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle de 1810) est, de loin, la plus évidente et la plus naturellement conforme à l'esprit du législateur, qui ne s'est pas caché, lors des travaux préparatoires, de réserver l'alinéa 1^{er}, en priorité, à ces dispositions. Or, pour qui aurait encore émis des doutes à ce sujet, le Conseil d'Etat a rendu un avis, le 31 mai 1806, approuvé le 4 juin, relatif au « recouvrement des amendes prononcées par des tribunaux français contre des étrangers avant la réunion de leur pays à la France », dans lequel il estime qu'en matière administrative et pénale, toute infraction est soumise à la *lex* (et au *forum*) *loci delicti* et que l'empire de celle-ci comprend aussi bien les étrangers que les Français :

Est d'avis qu'en matière personnelle, les étrangers ne sont justiciables que de leurs juges naturels et domiciliaires ; mais qu'en matière de police et de délits, ils sont aussi justiciables des tribunaux du lieu où le délit a été commis.²⁰⁷⁶

De fait, toutes les dispositions relatives à l'organisation des pouvoirs publics, à la réglementation de la vie en société et à la préservation de l'intégrité des personnes et des biens que prend à sa charge l'Etat entrent dans les prérogatives régaliennes reconnues au Souverain, dont le droit le plus éminent est de s'en assurer l'exclusivité. Il ne saurait être question de laisser une quelconque législation étrangère empiéter sur le pré carré réservé à l'Etat souverain. Cela ne signifie pas que tout acte public émanant d'une souveraineté soit nécessairement ignoré dans une autre. Sur le terrain du droit privé, une décision judiciaire prise par une juridiction étrangère ou un acte administratif étranger, créateur ou sanctionnateur d'un droit au bénéfice ou au détriment d'un

²⁰⁷⁶ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, 1827, titre préliminaire, troisième partie, avis du Conseil d'Etat, XXIV, n°2, p. 631.

particulier, peut être soumis à la connaissance des tribunaux français et être interprété ou accueilli dans l'ordre juridique français, à la condition invincible de ne pas heurter l'ordre public du for. Mais, dans les rapports de puissance publique à puissance publique, ou dans les rapports qu'une puissance publique entretient avec les personnes présentes sur le territoire, une disposition telle que l'article 3, alinéa 1^{er} exprime bien les droits de souveraineté que chaque Etat réclame sur le droit public et sur le droit pénal qu'il a instaurés dans les limites de son pouvoir. Cette règle, affirmée comme un principe intangible dès avant la Révolution, n'est pas davantage démentie après le Code civil et elle est constamment confirmée par les juridictions civiles, lorsqu'elles ont à connaître d'un litige mettant directement en jeu de tels intérêts. La continuité est remarquable, tant pour les dispositions de droit public (§ 1) que pour celles de droit pénal, conformément à l'opinion défendue, lors des discussions, par Boulay de la Meurthe (§ 2).

§ 1. Les lois de police et de sûreté et les dispositions de droit public.

Le principe ne souffrant aucune contestation, de la part des gouvernements, des juges ou de la doctrine, la jurisprudence n'intervient en la matière que pour mieux en cerner les contours, non pas pour le défendre contre une éventuelle remise en cause. Les rares arrêts qui statuent à ce sujet présentent, au moins, le mérite de faire état de l'article 3, alinéa 1^{er}, et de rappeler que l'expression « police » qui y figure n'a pas perdu, au fil du temps, les accents de droit public et, en particulier, de droit administratif qu'elle contenait à l'origine. La Cour de cassation, ainsi que les remarquent, d'ailleurs, certains Exégètes comme Valette ou Demolombe, ne se fait pas prier pour rappeler que les lois de police, par la protection des intérêts qu'elles assurent, ont autant vocation à bénéficier à un Français ou à un étranger victime d'un délit qu'à réprimer le délit commis par un Français ou un étranger. C'est ce qui ressort des termes exprès de l'arrêt *Debont* rendu par la Chambre civile de la Cour, le 17 novembre 1834, au visa, notamment, de l'article 3 du Code civil :

Attendu que la loi du 10 vendémiaire an 4, sur laquelle se fonde l'action repoussée par l'arrêt attaqué, est une loi de police et de sûreté, qui, obligeant tous ceux (étrangers ou régnicoles) qui habitent le territoire, leur assure naturellement une juste réciprocité de protection...²⁰⁷⁷

La Cour soulève d'office le chef de l'article 3, qui ne figurait pas dans le pourvoi formé par le sieur Dehaut (de son vrai nom) contre l'arrêt rendu par la Cour de Metz le 1^{er} août 1832, en faveur de la ville de Metz, à qui Frédéric Dehaut, commis originaire de Kaiserslautern, en Bavière rhénane, reprochait de l'avoir exclu, en tant qu'étranger non admis à résider en France, de l'indemnisation qu'il réclamait, à titre de réparation civile et de dommages-intérêts, sur le fondement de la loi du 10 vendémiaire an IV (2 octobre 1795), pour avoir été victime du pillage de son appartement à l'occasion d'une émeute frumentaire²⁰⁷⁸. Or, la chambre civile de la Cour de cassation, présidée par le comte Portalis, reproche à la Cour de Metz d'avoir « faussement appliqué les articles 11 et 13 du Code civil » (que la haute juridiction ne reprend pas, logiquement, dans son visa) et d'avoir « méconnu les justes conséquences de l'article 3 », qu'elle applique d'office à la cause, aux côtés de la loi de vendémiaire. Ce n'est pas sur le terrain de la condition civile des

²⁰⁷⁷ Cour de cassation, chambre civile, *Debont*, 17 novembre 1834 : *Dalloz Périodique*, I, 1834, p. 416. L'annotateur au Dalloz est d'avis que cette « importante décision... semble découler naturellement de notre droit public actuel ». Sur les opinions de Valette et Demolombe, voir, *supra*, aux pp. 740-741 et 743-744.

²⁰⁷⁸ Sur l'exposé des faits, ainsi que sur l'invocation des articles 11 et 13 du Code civil, terrain sur lequel s'était placé Dehaut dans sa demande, voir Cour de Metz, *Dehaut*, 1^{er} août 1832 : *Dalloz Périodique*, 1832, II, p. 147.

étrangers qu'il fallait se placer, mais sur celui du conflit de lois et, plus exactement, sur celui des lois de police et de sûreté. Pour satisfaire aux objectifs de la loi du 10 vendémiaire an IV, le droit à réparation ouvert par celle-ci s'étend aussi bien aux Français qu'aux étrangers présents sur le territoire.

L'intervention, voire l'irruption, lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigent, des lois relatives à la police de l'Etat dans le commerce juridique des personnes privées offre donc l'occasion à la Cour de cassation de réaffirmer le principe de la compétence absolue de l'article 3, alinéa 1^{er}, puis de le mettre en œuvre de manière concrète. Ainsi, il est bien entendu que les étrangers ne peuvent invoquer l'excuse d'ignorance pour se soustraire aux règlements de police locaux, même en étant de bonne foi et sans avoir eu l'intention d'y contrevenir : là où la loi française ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer, surtout lorsque cela relève d'une matière de police. C'est ce qui résulte d'une position constante de la Cour de cassation, à travers plusieurs arrêts, dont ceux des 1^{er} thermidor an XII, 19 février 1807²⁰⁷⁹, 24 février 1820 et 3 février 1827²⁰⁸⁰, qu'elle réaffirme plus particulièrement dans un arrêt *Ministère public contre Laurent* du 15 février 1828, à propos d'un arrêté municipal pris par le maire de Luxeuil fixant le nombre maximal de bêtes qui sont susceptibles d'être envoyées au pâturage commun, et dans un arrêt *Verdez* du 27 février 1847, à propos d'un arrêté municipal pris le 17 janvier 1847 par le maire de Douai pour prévenir les accidents occasionnés par la divagation des chiens, imposant, pour ce faire, le port d'une muselière, avec des motifs en droit des plus explicites :

[*Ministère public contre Laurent*] Attendu que, d'ailleurs, les autorités municipales ne doivent faire promulguer leurs arrêtés que dans les limites de leurs juridictions, déterminées par celles de leur territoire ; que telle est, d'ailleurs, l'autorité des règlements de police, qu'ils soumettent à leur empire, même les étrangers non domiciliés qui se trouvent sur le territoire pour lequel ils ont été faits.²⁰⁸¹

[*Verdez*] Attendu, en droit, que les règlements légalement faits et publiés par l'autorité municipale sont obligatoires pour tous les individus même étrangers à la commune qui se trouvent sur son territoire, sans que la prétendue ignorance de ces règlements puisse servir de prétexte ou d'excuse à leur violation²⁰⁸²

A moins d'un siècle de distance, la Cour de cassation répond à la vieille question posée par l'ignorance de l'étranger à l'égard de la réglementation de police locale, question qui s'inscrivait dans le prolongement de l'interrogation qu'avait soulevée l'application de la *lex loci delicti*. Cette question avait été relayée par Boullenois, à propos des règlements de police, dans la onzième observation de son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*²⁰⁸³ et reprise, de celui-ci, par Merlin²⁰⁸⁴.

²⁰⁷⁹ Cour de cassation, *Picard*, 1^{er} thermidor an XII (20 juillet 1804), et *Sandeyon*, 19 février 1807, rapportés par Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, respectivement, aux t. 8 (Incomp. à Jugem.), v^o « Intention », pp. 487-488, pour les deux arrêts, et t. 5 (Domi. à Endos.), v^o « Drogue », n^o III, p. 414, pour le second uniquement.

²⁰⁸⁰ Cour de cassation, section criminelle, *Caustade et Delprat*, 24 février 1820 : *Recueil Sirey*, 1820, I, pp. 287-288 ; Cour de cassation, section criminelle, *Ministère public contre Huot*, 3 février 1827 : *Dalloz Périodique*, 1829, I, p. 384.

²⁰⁸¹ Cour de cassation, chambre criminelle, *Ministère public contre Laurent*, 15 février 1828 : *Recueil Sirey*, I, pp. 133-134.

²⁰⁸² Cour de cassation, chambre criminelle, *Verdez*, 27 février 1847 : *Recueil Sirey*, I, pp. 552-553.

²⁰⁸³ Sur la XI^e observation du *Traité* de Boullenois et l'ignorance, excusable ou non, voir, *supra*, pp. 447-449.

²⁰⁸⁴ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 7 (Four. à Inci.), v^o « Ignorance », § 1^{er}, n^o III, pp. 723-724, qui refuse explicitement, en droit public, toute prise en compte de l'ignorance lorsqu'elle se heurte aux exigences de l'ordre public. Après avoir cité Boullenois, en attribuant, d'ailleurs, à celui-ci une « doctrine » que celui-ci n'a pas eue, il conclut en ces termes : « Cette doctrine, dont l'application aurait été, dans tous les temps très délicate et fort dangereuse, ne peut plus être admise aujourd'hui. L'article 3 du Code civil porte que les

Or, l'annotateur du Sirey sur l'arrêt de 1847 relève que « ce principe reçoit journellement, et sans conteste, son application » et s'appuie, d'ailleurs, sur l'autorité de Merlin. C'est précisément cette autorité, et la séquence jurisprudentielle de la Cour de cassation, qui conduit Demolombe à soulever le problème à propos des lois de police et de sûreté, le poussant à déterminer s'il n'était pas possible à l'étranger de faire état, sinon de sa bonne foi, au moins de la force majeure pour espérer obtenir des circonstances atténuantes²⁰⁸⁵. Il importe de préciser que, pour être bien entendus, ces arrêts doivent être replacés dans la portée qui est véritablement la leur : dans tous les cas, il ne s'agit nullement d'étrangers à la nation, mais d'étrangers à la commune, même si les auteurs de certains recueils de jurisprudence laissent parfois croire le contraire dans leur présentation, et il n'est pas question de l'article 3, alinéa 1^{er}. Toutefois, s'ils sont traditionnellement cités comme exemples de la dimension publiciste des lois de police, c'est parce que la règle qu'ils posent s'étend, *a fortiori* et de manière implicite, à l'étranger à la nation.

Pour apprécier la manière dont le principe dégagé par la Cour de cassation peut être appliqué concrètement à une loi de police *stricto sensu*, c'est vers l'arrêt *Do-Delattre*, rendu par la Chambre civile le 11 février 1873, qu'il convient de se tourner. Dans cette affaire, la Cour donne raison aux demandeurs au pourvoi, les consorts Do-Delattre, contre l'arrêt de la Cour de Douai du 8 mars 1872. En effet, celui-ci avait estimé que le couple, qui avait effectué un emprunt auprès d'un étranger, M. Scoutenen, ne pouvait pas offrir à leur prêteur de rembourser en papier-monnaie représentatif du numéraire les sommes, en principal et intérêts, qu'ils s'étaient engagés, par acte notarié, à lui verser en pièces d'or ou d'argent, au seul prétexte que, depuis cet acte, la loi du 12 juillet 1870 avait ordonné que les billets de banque auraient cours forcé et seraient désormais tenus pour monnaie légale par les caisses publiques et les particuliers. Les juges douaisiens estimaient que la convention était licite et que la loi du 12 juillet 1870 n'avait aucun caractère d'ordre public. La haute juridiction reproche, au contraire, aux juges du fond d'avoir méconnu que la loi du 12 juillet 1870 était une loi de police et de sûreté, à portée rétroactive, même si les magistrats choisissent le seul fondement de l'article 6 du Code civil et non celui de l'article 3, alinéa 1^{er}, pour défendre leur vue :

LA COUR — Vu les articles 1^{er} de la loi du 12 août 1870 et 6 du Code civil — Attendu que les lois monétaires qui, en vue de conjurer une crise imminente, décrètent le cours forcé d'un papier de crédit, participent du caractère des lois de police et de sûreté ; qu'à ce titre, elles intéressent incontestablement l'ordre public et rentrent, dès lors, dans la classe de celles auxquelles l'article 6 du Code civil défend de déroger par des conventions particulières.²⁰⁸⁶

Le choix du visa de l'article 6 pour soutenir la qualification de loi de police et de sûreté semble indiquer que la cour régulatrice assimile, de manière plus ou moins volontaire, l'ordre public interne et l'ordre public international et qu'elle s'inscrit ainsi dans un débat qui va diviser la doctrine pendant quelques décennies encore. Mais là n'est pas le plus important. L'article 3, alinéa

« lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » ; il proscribit donc toute différence que l'on voudrait mettre à cet égard entre un étranger et un Français. Or, il est certain qu'un Français ne peut pas être excusé d'un délit, même correctionnel ou de simple police, sous prétexte qu'il ignorait, en le commettant, la loi ou le règlement qui le prohibe et le punit. Voir l'arrêt du 19 février 1807, rapporté à l'article *Drogue* ; et celui du 1^{er} thermidor an 12 rapporté à l'article *Intention* ». Sur ces deux arrêts, *Picard et Sandeyon*, voir leurs références à la note 2079.

Ce passage, fort célèbre, de Merlin est également cité par André LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit : XVI^e-XVIII^e siècle*, Paris, 1970, pp. 90-92 et les notes 37 et 41.

²⁰⁸⁵ Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, op. cit.*, tome 1^{er}, 4^e édition, n°73, pp. 85-87.

²⁰⁸⁶ Cour de Douai, *Do-Delattre*, 8 mars 1872, et Cour de cassation, Chambre civile, *Do-Delattre*, 11 février 1873 : *Recueil Sirey*, 1872 II, pp. 161-163 et 1873, I, pp. 98-99 (notes Joseph-Emile Labbé).

1^{er} s'imposait, non seulement parce qu'il peut parfaitement prendre à sa charge l'ordre public interne, mais, aussi et surtout, parce qu'il contient cette force impérative qui s'étend aux Français et étrangers, force impérative qui se constate tout autant dans la jurisprudence relative aux « lois de sûreté ».

§ 2. Les lois de police et de sûreté, les dispositions de droit pénal et la compétence de la *lex loci delicti*.

Le Conseil d'Etat ne s'est pas contenté de poser la règle de la compétence de la *lex loci delicti* à l'égard des Français comme des étrangers pour les infractions de police et de droit pénal dont ils seraient les auteurs, ainsi qu'il l'a rappelé dans son avis du 31 mai-4 juin 1806. Il s'est engagé encore plus franchement dans cette voie dans son second avis sur l'article 3, rendu le 28 octobre 1806 et approuvé le 20 novembre, en réponse à la question de « savoir si nos lois de police et de sûreté s'étendent à ce qui se passe à bord des vaisseaux neutres stationnés dans les ports français ». Devant les réclamations des juges consulaires de plusieurs puissances étrangères, qui réclamaient la connaissance des délits survenus à bord de bateaux de leur nation, flottant dans les ports et rades de France :

Considérant qu'un vaisseau neutre ne peut être indéfiniment considéré comme lieu neutre, et que la protection qui lui est accordée dans les ports français ne saurait dessaisir la juridiction territoriale pour tout ce qui touche aux intérêts de l'État ;
 Qu'ainsi le vaisseau neutre admis dans un port de l'État, est de plein droit soumis aux lois de police qui régissent le lieu où il est reçu ;
 Que les gens de son équipage sont également justiciables des tribunaux du pays, pour les délits qu'ils y commettraient, même à bord, envers des personnes étrangères à l'équipage, ainsi que pour les conventions civiles qu'ils pourraient faire avec elle...²⁰⁸⁷

La raison avancée par le Conseil d'Etat insiste sur le fait que, le vaisseau neutre se trouvant dans un des ports du territoire français, il est, de ce seul fait, soumis à la juridiction et à la loi territoriales, pour cette raison que c'est ce qu'impose l'intérêt de l'Etat. Cette sujétion ne vaut toutefois que pour les actes attentatoires à la sûreté d'une personne étrangère à l'équipage, car, précise l'avis juste ensuite, les actes commis entre membres de l'équipage sont justiciables des juridictions et des lois de la « puissance neutre » dont le pavillon est celui du vaisseau. A cette exception près, l'idée que l'assujettissement aux lois de police et de sûreté est la contrepartie de la protection offerte par l'Etat aux étrangers est nettement exprimée comme étant une exigence de la souveraineté de l'Etat. Cet avis indique aussi qu'il n'est plus fait de différence de nature, dans l'article 3, alinéa 1^{er}, entre les lois de police et les lois de sûreté et qu'elles sont toutes les deux conjointes dans une même logique de souveraineté/territorialité. Dans le prolongement des avis du Conseil d'Etat, l'usage qui est fait de la règle de conflit donnant vigueur à la *lex loci delicti* en matière délictuelle autorise, de la part des juges, l'extension de l'article 3, alinéa 1^{er}, aux conséquences civiles qui s'attachent à la commission d'un délit et, par là, à l'ensemble de la responsabilité civile²⁰⁸⁸. En

²⁰⁸⁷ Jean-Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, 1827, titre préliminaire, troisième partie, avis du Conseil d'Etat, XXIV, n°1, pp. 629-630.

²⁰⁸⁸ Les cas de responsabilité civile (découlant d'un fait délictueux) et de compétence de la *lex loci delicti* en matière civile ne se rencontrent guère en jurisprudence durant la période 1840-1880. Toutefois, la Cour de cassation semble se rallier, dans un arrêt *Raymond* de la chambre des requêtes rendu le 9 juin 1880, à l'idée que les dommages-intérêts versés en France par un Français à un autre Français pour un délit commis à l'égard de ce dernier puissent produire des intérêts

fin de compte, les lois de police visent donc les délits et les peines, de quelque nature qu'ils soient.

La jurisprudence du XIX^e siècle, et notamment celle de la Cour de cassation, ne va jamais se départir de cette position traditionnelle, qui était aux origines de la rédaction de l'alinéa 1^{er}. L'appellation de « lois de police et de sûreté » se rapporte donc naturellement, non seulement aux lois et règlements de police qui ont pour objet de « faire régner l'ordre matériel sur le territoire », comme cela a été vu, mais, également et au même titre, aux lois criminelles, ou de justice répressive. Par conséquent, la Cour de cassation, après en avoir posé le principe, formellement, à travers l'arrêt *Wilson contre Hopkins* de 1826, n'a de cesse, tout au long du siècle, de le réaffirmer avec une constance qui traduit l'attachement à la règle de conflit traditionnelle, qui ne s'embarrasse plus des distinctions dont la littérature savante avait voulu l'encombrer pour modérer la sanction à l'égard d'un étranger de bonne foi. L'arrêt *Wilson contre Hopkins*, rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 22 juin 1826, traite d'un délit de diffamation. En effet, l'écrit jugé calomnieux était imprimé dans une publication anglaise, parue en France, par un Anglais qui y était domicilié, et ce à l'encontre d'un de ses compatriotes résidant à l'étranger.

[*Wilson contre Hopkins-Northey et autres*] Attendu que la disposition de l'article 3 du Code civil, portant que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, est générale et absolue ; qu'elle s'applique aux étrangers résidant en France, comme aux Français d'origine ; – Attendu que les lois des 17 et 26 mai 1819 et 25 mars 1822 sont au nombre des lois de police et de sûreté ; – Attendu que, d'après l'article 25 du Code d'instruction criminelle, comme d'après les anciennes lois, le juge du lieu du délit et celui du domicile du prévenu étaient également compétents pour connaître du fait imputé ;

Et attendu que, dans l'espèce, au moment où le fait a été commis, Wilson, Anglais d'origine, habitait en France, à Saint-Omer ; – Qu'il était prévenu d'avoir diffamé, par la publication, faite à Saint-Omer et à Paris, d'un écrit imprimé, les sieurs Northey et consorts, Anglais habitant à Bruxelles ; – Qu'à raison de ce fait, il était justiciable du tribunal correctionnel de Saint-Omer, sous le double rapport de sa résidence et du lieu du délit ; – Que, dès lors, en confirmant le jugement du tribunal correctionnel de Saint-Omer, qui avait rejeté son déclinatoire, fondé sur ce qu'il était Anglais d'origine, et que l'ouvrage, par lui publié, portait contre des Anglais non résidant en France, la Cour royale de Douai, loin d'avoir violé les règles de compétence et les dispositions des lois des 17 et 26 mai 1819 et 25 mars 1822, s'y est, au contraire, exactement conformée ; – Rejette.²⁰⁸⁹

Si la chambre criminelle ne se charge pas de donner la préférence à l'un des chefs de compétence criminelle en concurrence, c'est-à-dire entre le juge du lieu du délit et le juge du domicile du prévenu²⁰⁹⁰, les deux coïncidant en l'espèce, elle n'en demeure pas moins ferme sur le principe de la compétence législative, en invoquant une disposition de l'article 3, alinéa 1^{er}, qu'elle

qui soient conformes aux taux pratiqués dans le pays du lieu de commission de l'infraction, quand bien même ces intérêts seraient supérieures à ceux pratiqués en France : voir *Clunet*, n°7, 1880, pp. 394-395.

²⁰⁸⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, *Wilson contre Hopkins*, 22 juin 1826 : *Dalloz Périodique*, 1826, I, pp. 387-388. Le texte de l'arrêt est reproduit *in extenso* dans le *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 30, v° « Lois », chapitre V, article 5 : « Des lois de police et de sûreté qui obligent les étrangers », n°451, note 1, pp. 187-188, et cité par Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, *op. cit.*, p. 73.

²⁰⁹⁰ La loi pénale, en vertu de l'article 7 du Code d'instruction criminelle, peut également connaître une application extraterritoriale : ainsi en est-il de l'arrêt *Sarrazin* (Cour de cassation, *Sarrazin*, 18 février 1819 : *Recueil Sirey*, 1819, I, p. 348), qui décide que le général Sarrazin, coupable de bigamie pour avoir épousé en Angleterre une Anglaise alors qu'il était déjà marié en France, devait être poursuivi en France pour avoir commis un crime contre une Française à l'étranger, selon les dispositions de l'article 7. Pour ce faire, la Cour a estimé que l'épouse avait pris la nationalité de son mari et que, le mariage n'étant pas nul de plein droit, le crime était réputé avoir été commis sur la personne d'une Française. La loi de sûreté peut donc connaître, comme sous l'Ancien droit, une extension extraterritoriale vis-à-vis du lieu de commission de l'infraction, ce que n'exclut pas, d'ailleurs, la lettre de l'article 3 du Code civil.

veut « générale et absolue ». A Wilson, demandeur au pourvoi, qui demandait d'être soumis à son juge naturel, prétextant qu'il n'y avait aucun trouble à l'ordre public par son écrit, les juges du fond et les juges de cassation répondent en le soumettant à la loi française pour la répression du délit qu'il a commis. Par un autre arrêt rendu le même jour, *Bouillac*, la chambre criminelle affirme, dans le même esprit, mais à propos, cette fois, d'un litige de droit interne sur le délit de pâturage, que : « l'ordonnance de 1669 est une loi de police générale et d'ordre public qui déroge à tous statuts, titres et usages contraires, et dont les dispositions ne peuvent être éludées par des conventions particulières »²⁰⁹¹.

L'arrêt *Wilson contre Hopkins* de la Cour de cassation inaugure une série qui va se développer tout au long du XIX^e siècle et même au-delà. Dans deux arrêts des 9 septembre 1826, *Muzzioli*, et 7 juillet 1827, *Metzinger*, la chambre criminelle statue sur le sort de deux étrangers suspectés de vagabondage, l'un originaire du duché de Modène, l'autre Prussien, et rappelle, à cette occasion, que, selon l'article 272 du Code pénal, « les individus déclarés vagabonds par jugement pourront, s'ils sont étrangers, être conduits par les ordres du gouvernement hors du territoire français »²⁰⁹².

La tendance qui consiste à placer sous le patronage de l'article 3, alinéa 1^{er} la double compétence, juridictionnelle et législative, du lieu de commission de l'infraction, se rencontre tant dans la jurisprudence belge que française. L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation belge, *Vandenbroeck*, rendu le 31 décembre 1859, statue sur une affaire d'exposition ou délaissement d'enfant par sa mère, de nationalité néerlandaise et domiciliée aux Pays-Bas, à Borgerhout, dans la ville d'Anvers. Bien qu'elle ait été condamnée pour ce fait par le tribunal de Middlebourg en Zélande, la Cour rappelle qu'elle n'en demeure pas moins passible de poursuites devant les tribunaux criminels belges et établit de manière très formelle que la souveraineté de la loi pénale belge s'impose à tous, y compris à ceux qui ont été déjà condamnés par une juridiction étrangère, dans la mesure où la maxime *non bis in idem* ne vaut qu'entre les tribunaux d'un seul et même pays :

Attendu qu'aux termes de l'article 3 du Code civil, les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ; qu'il résulte de cette disposition, qui repose sur des principes du droit des gens et d'ordre public, que la demanderesse, en commettant son délit sur le sol belge, est devenue justiciable des tribunaux belges et passible des peines prononcées par les lois belges ; - Attendu que cette juridiction ne peut être subordonnée aux actes d'une autorité étrangère ; que, s'il est vrai que la loi hollandaise autorisait la poursuite de la défenderesse devant le tribunal de son domicile, cette autorisation, ni le jugement qui en a été la conséquence, ne peuvent entraver l'exercice de l'action publique en Belgique pour un délit qui a eu lieu dans ce pays ;²⁰⁹³

La Cour de cassation française emboîte le pas à son homologue belge par deux arrêts rendus le même jour, le 21 mars 1862, par la chambre criminelle, pour les mêmes motifs, à l'encontre de deux Belges qui, à chaque fois, invoquaient l'incompétence des juridictions françaises, l'un à propos d'une affaire d'escroquerie commise en France par un ressortissant belge (*Demeyer*), l'autre à propos d'une affaire de vol qualifié perpétré en France (*Ruyter*), le tout sur rapport de

²⁰⁹¹ Cour de cassation, chambre criminelle, *Bouillac*, 22 juin 1826 : *Dalloz Périodique*, 1826, I, pp. 388-389. *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 30, v^o « Lois », chapitre V, article 5, n^o454, p. 188.

²⁰⁹² *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 30, v^o « Lois », chapitre V, article 5, n^o455, p. 188 (sur les deux arrêts). Cour de cassation, chambre criminelle, *Muzzioli*, 9 septembre 1826 : *Recueil Sirey (nouvelle collection)*, t. 8, 1825-1827, I, pp. 427-428 et *Dalloz Périodique*, 1827, I, p. 18. Cour de cassation, chambre criminelle, *Metzinger*, 7 juillet 1827 : *Recueil Sirey (nouvelle collection)*, t. 8, 1825-1827, I, pp. 633-634 et *Dalloz Périodique*, 1827, I, pp. 488-489.

²⁰⁹³ Cour de cassation belge, chambre criminelle, *Ministère public contre Vandenbroeck*, 31 décembre 1859 : *Dalloz Périodique*, 1861, II, pp. 8-9.

Faustin Hélie et sur conclusions de Savary, reproduits au *Recueil Dalloz* :

LA COUR ; - Vu l'article 3 du Code Napoléon, les articles 408 et 413 du Code d'instruction criminelle ; - Attendu que l'article 3 du Code Napoléon, en disposant que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, établit le principe de la souveraineté territoriale, en vertu duquel le souverain s'est réservé le droit de réprimer tous les délits qui sont commis sur le territoire, alors même que ces délits ont été commis par des étrangers...²⁰⁹⁴

La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt *Niether* du 14 juillet 1871, fait, par conséquent, une juste application de l'article 3, alinéa 1^{er} lorsqu'elle l'invoque pour justifier la double compétence des juridictions et de la loi française dans une affaire de vol commis à Reims le 18 mai 1871 par un ressortissant luxembourgeois sur des Français qui y avaient fui les troubles de la Commune. Faisant appel de la sentence du tribunal correctionnel de Reims, le condamné, le sieur Niether, soutient que sa qualité de cantinier dans l'armée prussienne justifie qu'il soit soustrait à la justice pénale et remis aux conseils de guerre de l'armée à laquelle il est rattaché pour y être jugé. La Cour parisienne repousse son argumentation en les termes suivants :

Considérant, d'ailleurs, que, lors même qu'il aurait été marchand ou cantinier à la suite de l'armée étrangère, les tribunaux français n'en seraient pas moins compétents pour appliquer les lois de police et de sûreté à la répression d'une infraction commise même par un étranger au préjudice d'un Français, sur le territoire français, et constatée par la police judiciaire française...²⁰⁹⁵

Le 18 juin 1874, dans l'arrêt *Lemeur*, alors qu'elle est saisie du cas d'un Français coupable de vol qualifié et condamné à huit ans de réclusion criminelle, puis soumis à une surveillance de la haute police depuis lors, en résidence surveillance à Dinan, ville qu'il a quittée sans remplir les formalités requises pour partir aux Etats-Unis d'Amérique et en obtenir la nationalité, la Cour de cassation déclare :

Sur le premier moyen tiré d'une fausse application de l'article 3 du code civil, en ce que le demandeur, ayant été naturalisé citoyen des Etats-Unis d'Amérique en 1868, ne devait plus continuer à subir la surveillance de la haute police, à laquelle il était antérieurement soumis ; (...) – Attendu que les lois de police et de sûreté obligent les étrangers habitant le territoire français et que, si l'un d'eux est condamné à la surveillance, il y demeure soumis aussi bien quand il continue de résider sur le territoire que quand il y revient après une longue absence ; que le Français naturalisé étranger ne peut avoir, en cette matière, des droits supérieurs à ceux de l'étranger, et que la naturalisation obtenue d'un gouvernement étranger ne peut modifier la situation d'un condamné français en ce qui concerne la loi pénale de son pays d'origine...²⁰⁹⁶

La chambre criminelle constate que la naturalisation n'a aucun effet sur la condition criminelle du condamné, que la surveillance de haute police est une mesure répressive qui s'exerce aussi bien à l'égard d'un Français que d'un étranger et que la seule loi qu'il faut considérer est celle en vigueur sur le territoire, territoire sur lequel il a remis les pieds et sur lequel il a été arrêté. En somme, la question du conflit mobile qui pourrait se poser à raison du changement de nationalité du demandeur est écartée par la Cour, qui applique strictement la règle de l'article 3, alinéa 1^{er}, du

²⁰⁹⁴ Cour de cassation, chambre criminelle, 21 mars 1862, *Ministère public contre Demeyer et Ministère public contre Ruyter* : *Dalloz Périodique*, 1862, I, pp. 146-152.

²⁰⁹⁵ Cour d'appel de Paris, chambre correctionnelle, *Niether*, 14 juillet 1871 : *Dalloz Périodique*, 1871, II, p. 128.

²⁰⁹⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, *Lemeur*, 18 juin 1874 : *Dalloz Périodique*, 1875, I, pp. 88-89.

seul fait de la présence du demandeur sous surveillance sur le territoire français. Un mois plus tard, le 16 juillet 1874, dans l'arrêt *Jacob*, la haute juridiction doit se prononcer sur le pourvoi formé par Simon Jacob, d'origine allemande, installé en France et inculpé d'intelligences avec les ennemis de l'Etat, sur le fondement de l'article 77 du Code pénal. Jacob prenait prétexte de ce que la situation de guerre entre la France et l'Allemagne l'avait délié de l'observation des lois de police et de sûreté, en le plaçant dans le camp des ennemis. La chambre criminelle rejette son pourvoi sans la moindre ambiguïté, en réaffirmant, en droit, que l'étranger dont la patrie est en guerre avec le pays qu'il habite reste soumis à toutes les lois de police de ce pays :

Sur le premier moyen, pris de ce que les faits relevés par [l'arrêt de la cour d'appel de Nancy] ne constitueraient pas de la part du demandeur, à raison de sa nationalité, ni crime, ni délit ; – Attendu, en droit, qu'aux termes de l'article 3 du code civil, les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire français ; – Attendu, en fait, que, s'il paraît constant que Simon Jacob est d'origine allemande, il y a, d'autre part, preuve certaine qu'au moment de l'explosion de la guerre de 1870, et pendant toute sa durée, il avait son domicile à Nancy ; — Que cette preuve ressort des constatations mêmes de l'arrêt attaqué ; – Attendu que le demandeur est de tous points mal fondé à se prévaloir du décret du 16 septembre 1870, ordonnant l'expulsion des étrangers appartenant aux puissances avec lesquelles la France était, à ce moment, en guerre, et à prétendre que cette mesure l'a délié...²⁰⁹⁷

Ces quelques exemples, émanant de la Cour de cassation statuant en matière criminelle, montrent bien que les lois de police et de sûreté n'ont rien perdu, tout au long du XIX^e siècle, du caractère répressif qu'elles avaient reçu des Rédacteurs du code civil. L'introduction de nouvelles catégories juridiques dans le champ d'application conduit donc à une extension de celui-ci, non à une transformation. Si, au fil des arrêts rendus en la matière, ce champ s'élargit, il ne perd rien de ce qui était son intention première, celle de faire respecter les dispositions de droit public et de droit pénal qui servent à la police du territoire.

Section 2^{ème}. Les lois de police en matière réelle : la survie des statuts réels prohibitifs.

Les liens qu'entretiennent, dans l'histoire du droit international privé, les principes consacrés respectivement aux alinéas 1 et 2 de l'article 3 du Code civil de 1804 sont anciens, profonds et complexes et, si la dissociation formelle opérée par cet article ne provoque pas en soi un bouleversement de la matière, dans la mesure où la doctrine, dès le XVIII^e siècle, avait commencé à sentir que les deux catégories ne concernaient pas les mêmes types de lois, elle n'a pas, pour autant, brisé leur caractère commun. Les deux premiers alinéas de l'article ont été pensés et conçus, par les Rédacteurs, comme les deux manifestations les plus emblématiques de la souveraineté/territorialité et comme les deux expressions-phares d'un seul et même principe. La difficulté qui s'est posée à la jurisprudence française au XIX^e siècle a été d'assumer cet héritage issu des conflits de coutumes sans pouvoir ignorer que, désormais, les deux alinéas faisaient, chacun, cavalier seul et étaient destinés à évoluer de manière indépendante. Leur émergence dans le texte de loi a eu pour conséquence de scinder la catégorie des statuts réels en deux, interdisant désormais aux juges de viser indifféremment l'alinéa 1^{er} ou l'alinéa 2 comme s'ils étaient demeurés l'expression d'un principe commun de territorialité d'ordre public. C'est pourquoi une partie non négligeable

²⁰⁹⁷ Cour de cassation, chambre criminelle, *Jacob*, 16 juillet 1874 : *Dalloz Périodique*, 1874, I, p. 497 et *Clunet*, n°2, 1875, p. 353.

des statuts réels prohibitifs envisagés sous l'Ancien droit ont été transférés à l'alinéa 2, car celui-ci, auto-suffisant, autorise son application au titre de l'ordre public, et ont déserté la catégorie dévolue à l'alinéa 1^{er}.

De fait, durant toute la première moitié du XIX^e siècle, et sans négliger les évolutions et changements d'état d'esprit qu'a pu connaître la jurisprudence française, les tribunaux se sont servis abondamment, comme repères et comme guides, des grandes solutions léguées par l'Ancien droit pour les transposer, non seulement aux questions de droit transitoire, mais aussi et surtout aux conflits de lois internationaux. Or, s'ils n'ont jamais entendu faire passer les « lois de police et de sûreté » pour ce qu'elles n'étaient plus depuis 1804, c'est-à-dire l'expression du principe de la réalité des statuts, ils ont, néanmoins, continué à appliquer, un temps, le statut réel immobilier formulé de manière incomplète dans l'article 3, alinéa 2, comme un mécanisme de territorialité d'ordre public²⁰⁹⁸. L'inspiration n'est pas argentréenne, comme l'a prétendu Henri Donnedieu de Vabres, mais bien plus, comme il l'avait lui-même pressenti, d'inspiration hollandaise²⁰⁹⁹. Les statuts réels prohibitifs n'ont donc pas disparu avec la promulgation du Code : ils ont même connu un certain regain en jurisprudence avec l'inclination certaine des juges du premier XIX^e siècle à les appliquer au titre de la territorialité des lois.

En effet, durant la première moitié du XIX^e siècle, les juges français ont fait un usage extensif du statut réel en jurisprudence, soit en réglant les questions de droit transitoire selon les anciens principes, soit en se fondant sur l'article 3, alinéa 2, et ont, de ce fait, volontairement cherché à élargir la catégorie de ces statuts réels, au détriment d'une catégorie des statuts personnels réduite à la portion congrue. Ils n'ont pas agi, comme l'a interprété Henri Donnedieu de Vabres, afin de faire « triompher d'Argentré en jurisprudence », mais en adoptant la démarche *ab effectu* qui avait été celle de la doctrine française du XVIII^e siècle et celle de ces Hollandais que Merlin portait en si haute estime. Un temps, celui qui lui a été nécessaire pour découvrir la richesse et la complexité des conflits de lois internationaux, la jurisprudence française a volontiers considéré que la territorialité était la règle et la personnalité l'exception.

Pour régler les conflits de coutumes hérités de l'Ancien droit, les magistrats ont repris à leur compte, presque naturellement, l'une des préoccupations qui avaient été celles de leurs prédécesseurs sous l'Ancien droit : assurer la conservation des biens dans les familles, ce que le statut réel prohibitif doit, historiquement, prendre à sa charge. Sans entrer dans le détail de l'extension délibérée du statut réel prohibitif par les juridictions françaises, les questions transitoires relatives aux conflits de coutumes ont été l'occasion, pour les juges, d'imposer la réalité des statuts, en soulevant le statut réel prohibitif à titre impératif. Un seul exemple suffit à démontrer la permanence des vieux réflexes.

Ainsi, le statut normand, formalisé dans les Placités de Normandie²¹⁰⁰, qui impose à l'épouse d'obtenir l'autorisation de son mari pour aliéner ses immeubles, a-t-il, après avoir été tenu

²⁰⁹⁸ La Cour de cassation l'admet ouvertement dans l'arrêt *Stewart* que sa chambre civile rend, le 14 mars 1837, en rappelant que les immeubles situés en France sont tous soumis à la règle de conflit donnant compétence à la *lex rei sitae* de l'article 3, alinéa 2 : « En soumettant, conformément aux anciens principes, les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, à la loi française, l'article 3 du Code civil embrasse dans sa généralité tous les droits de propriété et autres droits réels qui sont réclamés sur ces immeubles » : voir *Recueil Sirey*, I, p. 95 et *Dalloz Périodique*, 1837, I, p. 275, ainsi que les *Grands Arrêts*, n°3, pp. 22-29.

²⁰⁹⁹ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, p. 60 et 91 et « L'article 3 du Code civil », *op. cit.*, p. 686.

²¹⁰⁰ Les Placités correspondent à des usages normands qui ont été arrêtés et enregistrés, sous forme d'articles, par le Parlement de Normandie en 1666 pour compléter la coutume : voir Virginie LEMONNIER-LESAGE, *Le statut de la femme mariée dans la Normandie coutumière : droit et pratiques dans la généralité de Rouen*, Clermont, 2005.

pour personnel, été considéré comme statut réel, dans le fameux arrêt *Dame de Crotat* rendu par les chambres réunies, le 27 février 1817. Entraînés par les conclusions du procureur général Mourre, les magistrats rendent un arrêt de principe qui rappelle la double dimension réelle et prohibitive des articles contenus dans la coutume normande et dans ses Placités au sujet de la dot. L'ordre public normand exige que les biens dotaux sis en Normandie soient soumis à l'empire de sa coutume, c'est-à-dire à la coutume de son territoire :

Attendu que... le législateur, occupé, dans l'intérêt de la femme séparée et de sa famille, de la conservation des biens dotaux et des propres échus pour succession depuis la séparation, a formellement prohibé d'aliéner ces biens sans l'avis des parents et la permission de justice ; qu'une prohibition ainsi limitée donne à ce statut un caractère réel, puisqu'il est au contraire de l'essence du statut personnel de produire une capacité ou une incapacité indéfinie...

Attendu enfin, qu'en général, la réalité des statuts ne peut être sur tout méconnue lorsque l'intérêt des enfants et la conservation d'une espèce particulière de biens dans les familles ont été bien plus encore l'objet de la sollicitude du législateur, que l'intérêt des vendeurs eux-mêmes ; que ce principe, invariablement observé, s'applique naturellement à la cause, puisqu'il est évident, d'après la seconde partie de l'article 127 des Placités, que le législateur s'est bien plus occupé encore de l'intérêt de la famille et des héritiers de la femme elle-même...²¹⁰¹

Ainsi encore, le statut normand relatif à l'inaliénabilité des fonds dotaux, en vue d'assurer la conservation des immeubles dans les familles, est rangé d'office parmi les statuts réels, afin de combattre l'extraterritorialité du contrat de mariage qui entend disposer des conquêts situés en Normandie. La personnalité de la communauté entre époux doit s'incliner devant la résistance de la réalité des coutumes défendant leur régime dotal²¹⁰². Il s'agit, une nouvelle fois, de satisfaire l'exigence d'impérativité de feue la coutume de Normandie, comme le prouve, au milieu d'une série d'arrêts convergeant tous dans le même sens, l'arrêt de la Cour de cassation en date du 4 mars 1829, *Veuve Aubert (ou Dame Levieux) c. Petit*²¹⁰³. C'est ainsi que le statut réel prohibitif se retrouve, de nouveau, à agir à l'encontre des conquêts normands. Dans cette affaire, les époux Levieux, qui s'étaient mariés en 1780 en se plaçant, dans leur contrat de mariage, sous l'empire de la coutume de Châteauneuf-en-Thymerais, et en adoptant la communauté prévue par cette coutume, avaient acquis un immeuble situé dans le détroit de la coutume de Normandie. A la mort de son mari, en 1825, la dame Levieux avait réclamé la moitié de l'immeuble comme conquêt de communauté ; les héritiers de son mari lui rétorquent qu'en vertu de l'article 330 de la coutume de Normandie, elle n'avait le droit qu'au tiers de l'usufruit de l'immeuble. La dame Levieux estimait que le contrat de communauté était nécessairement personnel et extraterritorial, tandis que les consorts Petit défendaient l'idée que le sort des immeubles normands sont nécessairement réglés par le statut réel immobilier. Le 17 février 1827, la Cour royale de Rouen a infirmé le jugement de première instance qui avait donné gain de cause à la veuve Levieux en faisant application combinée des articles 330 et 389 de la coutume de Normandie pour déduire le caractère réel prohibitif porté par la coutume à

²¹⁰¹ Cour de cassation, chambre civile, *Dame de Crotat*, 27 février 1817 : *Recueil Sirey*, 1817, I, pp. 122-134 (avec les conclusions du procureur général Mourre).

²¹⁰² Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, pp. 65-66, et « L'article 3 du Code civil », *op. cit.*, p. 697, note 4 et p. 698, note 1.

²¹⁰³ Outre l'arrêt *Dame Levieux* de 1829, Henri Donnedieu de Vabres fait état de toute une séquence jurisprudentielle qui s'étale sur le premier tiers du XIX^e siècle et qui réaffirme la réalité/territorialité de l'inaliénabilité des fonds dotaux, soit directement, soit *a contrario* (en écartant les dispositions coutumières au profit du Code) : voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, p. 66, note 1, et « L'article 3 du Code civil », *op. cit.*, pp. 690-691, note 1.

L'encontre des conquêts effectués sur son territoire. La dame Levieux s'est alors pourvue en cassation, en reconnaissant, entres autres arguments, que le statut réel avait un caractère d'ordre public marqué, mais que l'ordre public normand n'avait rien à craindre d'une stipulation de communauté²¹⁰⁴. Mais la Cour de cassation rejette le pourvoi en ces termes :

LA COUR ; — Attendu, en droit, que, si le statut personnel suit la personne, dans quelque lieu qu'elle passe, les biens immeubles sont toujours régis par le statut réel du lieu où ils sont situés ; — Que ce sont les dispositions propres de chaque statut, et nullement les actes des particuliers, soit entre-vifs, soit à cause de mort, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, qui en déterminent la nature ; — Que le statut est personnel, lorsqu'il règle directement et principalement la capacité ou l'incapacité générale et absolue des personnes pour contracter ; — Que le statut est réel, lorsqu'il a principalement et directement les biens pour objet ; — Que les articles 389 et 330 de la coutume de Normandie, invoqués par la demanderesse en cassation, loin de régler directement et principalement la capacité ou incapacité générale et absolue des personnes pour contracter, n'ont principalement et directement que les biens pour objet, puisque le premier ne fait qu'écarter une espèce particulière de contrat, c'est-à-dire la communauté conjugale, et que le second ne fait qu'ordonner que sur les conquêts faits par le mari, il n'appartiendra à la femme que la part que lui assigne la coutume à laquelle les contractants ne peuvent déroger ; — Qu'ainsi ces deux articles forment évidemment un statut réel ;

Attendu qu'en rendant hommage à ces principes, et en décidant, en conséquence, que les immeubles contentieux, situés dans le ressort de la coutume de Normandie, devaient être régis par cette coutume, et que la demanderesse en cassation ne devait y avoir que le tiers, et en usufruit seulement, malgré la stipulation consentie par les époux dans leur contrat de mariage de 1780, de s'en tenir exclusivement à la coutume de Châteauneuf-en-Thymerais, l'arrêt attaqué a fait une juste application des deux articles ci-dessus cités, et des lois de la matière ; — Rejette...²¹⁰⁵

Cet arrêt montre ainsi la persistance du statut réel prohibitif, qui, par le jeu de la qualification, permet de maintenir la prohibition d'ordre public édictée par la Coutume de Normandie, à travers la conjonction de ses articles 330 et 389, à l'encontre de tout effet porté par un régime communautaire. Sans doute cela ne doit-il durer qu'un temps et la solution est-elle vouée à disparaître avec les questions de droit transitoire, mais il n'en demeure pas moins qu'en reprenant les définitions de l'Ancien droit et en en faisant une application fidèle au territorialisme de la coutume de Normandie, les magistrats de la Cour de cassation respectent les enseignements de la jurisprudence des Parlements. L'article 3, alinéa 2, qui n'avait pas de raison d'être invoqué en pareille espèce, ne peut que les renforcer dans un usage de la réalité des statuts qui soit dirigé contre les effets indésirables issus d'une loi personnelle.

Ainsi en est-il, toujours, des lois qui organisent l'hypothèque légale de la femme mariée ou du mineur ou les droits de jouissance légale qui dérivent de la puissance paternelle. Bien qu'elles

²¹⁰⁴ *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 30, v^o « Lois », chapitre V, n^o388, pp. 162-165, note 1, où l'intégralité de l'affaire est rapportée. Le pourvoi formule notamment l'idée que : « ce qui caractérise essentiellement le statut réel, c'est qu'il a toujours pour objet une matière d'ordre public, et pour but l'intérêt politique de la cité. Ainsi, les lois relatives à l'impôt foncier sont des statuts réels, parce qu'elles ne frappent exceptionnellement que sur les propriétés immobilières, et qu'ensuite, elles sont rendues dans un intérêt éminemment public et politique. Ainsi, et sous ce double rapport, les lois relatives aux transmissions héréditaires et à titre gratuit présentent, à un haut degré, ce caractère. — Dans tous les temps, en effet, et dans tous les pays, on a regardé le système adopté par la législation sur le mode de transmission héréditaire des biens comme essentiellement lié au principe politique du gouvernement... Mais pour ce qui regarde les transmissions de biens à titre onéreux, tels que ventes, échanges et autres aliénations de cette nature, on sent que le principe politique du gouvernement y est tout à fait désintéressé ».

²¹⁰⁵ Cour de cassation, chambre civile, *Veuve Aubert (ou Dame Levieux) c. Petit*, 4 mars 1829 : *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 14, v^o « Contrat de mariage », n^o4288, et t. 30, « Lois », chapitre V, § 1, n^o388, pp. 162-165, note 1.

semblent regarder directement l'état des personnes et l'organisation de la famille, leurs dispositions sont soumises uniformément au statut réel, quand leur bénéficiaire n'est pas, purement et simplement, refusé aux étrangers en France²¹⁰⁶. Ainsi en est-il, enfin, du Sénatus-consulte Velléien²¹⁰⁷.

De fait, qu'ils soient confrontés à des questions de droit transitoire et, par conséquent, à des conflits de coutumes ou à des conflits de lois proprement dits, les juges français marquent, durant la première moitié du siècle, une véritable défiance envers les lois étrangères, suspectées d'apporter trouble et dérangement dans les arrangements patrimoniaux des familles et d'empiéter sur le pré carré dévolu à la loi immobilière française. Dès lors que l'état et la capacité d'une personne étrangère sont susceptibles d'influer sur le sort d'un bien et sortir leurs effets à l'encontre de la loi française, le réflexe des juges est de passer la loi personnelle de cet étranger au filtre exigeant et rigoureux de l'ordre public. Dès lors, l'alinéa 2 s'invite volontiers dans les domaines de qualification qui auraient dû être réservés à l'alinéa 3 s'il avait été, dès cette époque, franchement bilatéralisé par la jurisprudence²¹⁰⁸ : en résumé, le statut réel supplante le statut personnel.

Section 3^{ème}. Les lois de police en matière de statut personnel : l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille.

L'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont des domaines du droit dans lesquels il est de règle, sauf réglementation exceptionnelle imposée par un statut réel impératif, de favoriser l'extraterritorialité des lois qui les régissent. Ce sont précisément ces domaines dans lesquels les juridictions françaises, durant la première moitié du XIX^e siècle, vont chercher à imposer une territorialité d'ordre public, soit en se plaçant sur le terrain de la condition civile et en déniaut aux étrangers la faculté de se prévaloir d'une loi étrangère qui leur serait favorable, soit en se plaçant sur le terrain du conflit de lois et en faisant passer leur régime sous l'empire de la loi française. En effet, probablement sous l'influence de Merlin, qui se fait le relais, en France, des thèses de l'Ecole Hollandaise et qui invoque volontiers l'autorité de Boullenois, les tribunaux français envisagent volontiers les conflits de lois sous l'angle de la dialectique entre la souveraineté/territorialité, dont les deux premiers alinéas du Code civil sont les évidents supports, et la *comitas*, considérée, elle aussi, comme un héritage de la théorie des statuts justifiant l'extraterritorialité des lois. Mais, faute d'accepter la bilatéralisation complète des dispositions relatives au statut personnel et, plus décisif encore, faute d'accepter l'idée de placer la loi étrangère sur un pied d'égalité avec la loi française, sous la seule réserve de l'ordre public, les juges français inclinent à écarter d'office les effets portés par une loi étrangère et à préserver l'exclusivité de la loi française sur son territoire, y compris à l'égard des étrangers. Cette intervention extensive et dévorante de la loi française conduit, *in fine*, à régler la condition civile des étrangers, y compris relativement à leur statut personnel et à leurs rapports de famille, sur la loi française.

Cette vigoureuse impérativité de la loi française, qui la conduit à écarter ou même ignorer la loi étrangère dès lors qu'il s'agit du statut personnel d'un étranger ou de sa condition de famille, se

²¹⁰⁶ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, pp. 95-101 et « L'article 3 du Code civil », *op. cit.*, p. 691, note 8.

²¹⁰⁷ Comme c'était le cas, déjà, sous l'Ancien droit, le Sénatus-consulte Velléien, ce statut mélangé de personnel et de réel, se situe à la lisière entre les alinéas 2 et 3 du Code civil. La solution jurisprudentielle française qui consiste à faire prévaloir le statut réel sur le statut personnel, par le biais du statut réel prohibitif, est traitée, *infra*, aux pp. 818-821.

²¹⁰⁸ La bilatéralisation de l'article 3, alinéa 3 n'est formellement consacrée par la jurisprudence française qu'avec l'arrêt *Bulkley* de 1860. Voir Cour de cassation, chambre civile, 28 février 1860 : *Recueil Sirey*, 1860, I, p. 210 ; *Dalloz Périodique*, I, p. 57, ainsi que les *Grands Arrêts*, n°4, pp. 30-38.

fait sentir en matière de mariage et de divorce (§ 1.), de rapports patrimoniaux entre époux (§ 2.), de filiation (§ 3.), d'obligation alimentaire et de mesures provisoires (§ 4.) et même de capacité, à travers, notamment, la jurisprudence relative à l'intérêt français (§ 5.). Ce champ d'action large démontre que, durant toute la période considérée, la loi étrangère n'a encore droit de cité sur le territoire français que par concession gracieuse de la loi française, qui peut, à tout moment, pour des raisons d'ordre public, se substituer à elle et imposer ses vues.

§ 1. Les lois de police en matière de mariage et de divorce.

L'une des interventions majeures de l'ordre public international français à l'encontre d'une loi étrangère se rencontre en matière de mariage et de divorce. Après la loi Bonald du 8 mai 1816, les juridictions françaises ont tout loisir d'intervenir pour réaffirmer que l'institution matrimoniale était d'ordre public et que cet ordre public ne se contentait pas d'être à usage interne, mais qu'il avait vocation à rayonner sur le conflit de lois (B.). Or, avant la loi de 1816, le divorce n'avait pas échappé à l'attraction irrésistible de l'article 3, alinéa 1^{er}, comme l'illustre l'emblématique arrêt *Mac Mahon* de 1806 (A.) : davantage que la solution qu'il pose, c'est le raisonnement qu'il met en œuvre et le rattachement des questions d'ordre public aux lois de police de l'article 3 qu'il opère sciemment qui lui valent un titre à la postérité.

A. L'arrêt *Mac Mahon* du 22 mars 1806 et ses conséquences : le divorce, institution d'ordre public et « loi de police générale ».

Il n'est de meilleur exemple pour illustrer l'assimilation parfaite opérée entre la loi d'ordre public international et les lois de police que celui qu'offre, au terme d'une séquence jurisprudentielle mouvementée, le célèbre arrêt *Mac Mahon*, rendu par la Cour de cassation, en chambres réunies, le 22 mars 1806, sur conclusions de Merlin, qui l'a rapporté en détail dans son *Répertoire*²¹⁰⁹. Il s'agit du premier arrêt qui élargit sciemment le champ d'application de l'article 3, alinéa 1^{er}, pour l'étendre aux questions de statut personnel.

En l'occurrence, la question se posait de savoir si Térance Mac Mahon pouvait demander l'annulation du divorce obtenu par sa femme le 3 vendémiaire an IX (25 septembre 1800) en raison de son absence de plus de cinq ans dûment constatée par acte de notoriété. Ressortissant irlandais, entré au service des armées du roi de France en 1781, et établi dans le Royaume, il avait épousé Caroline de Latour-Saint-Igest, régnicole, en 1789. Il fondait sa demande d'annulation sur sa qualité d'étranger qui aurait rendu inapplicables à son mariage comme à son divorce les lois françaises du 20 septembre 1792 et du 26 germinal an XI (16 avril 1803). En effet, la première, relative au divorce²¹¹⁰, prévoyait, parmi les cas d'ouverture le divorce pour cause indéterminée, et, parmi les motifs retenus, l'absence d'un des conjoints de plus de cinq ans sans nouvelles. La seconde, loi rétroactive s'il en est, proscrivait toute demande d'annulation des divorces prononcés antérieurement à son entrée en vigueur, opposant ainsi à l'action en nullité une fin de non-recevoir

²¹⁰⁹ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 4 (Conven. à Dom.), Paris, 1827, v^o « Divorce », section IV, § X, pp. 664-709.

²¹¹⁰ Sur cette loi, voir l'exposé qu'en donne Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 4 (Conven. à Dom.), Paris, 1827, v^o « Divorce », section IV, § X, p. 675, ainsi que Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes de la famille*, *op. cit.*, pp. 193-194.

qui se justifie par la nécessité de ne pas remettre en cause les situations acquises²¹¹¹.

Suivant les conclusions de Merlin, la Cour de cassation refuse, dans son arrêt du 22 mars 1806, de prendre en compte toute considération liée au statut personnel du mari, érigeant la loi de germinal an XI au rang des lois de police et de sûreté :

Attendu qu'il résulte du texte précis de cette loi que l'intention du législateur a été, après avoir établi, par le Code civil, une législation nouvelle sur le divorce, d'interdire désormais toute demande en nullité des divorces prononcés antérieurement... ; - Attendu, au surplus, que le sieur Mac Mahon ne peut pas se soustraire à l'application de cette loi, sous le prétexte qu'il est étranger, non soumis à la législation française, parce qu'en se pénétrant des considérations à la fois politiques et morales qui ont dicté la loi du 26 germinal, ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été rendue, il est impossible de ne pas y reconnaître une disposition d'ordre public, ayant pour but, ainsi que l'atteste l'avis du Conseil d'Etat ci-dessus cité, de proscrire des recherches tendant à perpétuer des agitations et des souvenirs qu'il importe essentiellement d'éteindre ; que, sous ce rapport, elle doit être considérée comme une véritable loi de police générale, qui assujettit indistinctement à son empire tous les individus, soit français, soit étrangers, résidant sur le territoire français.²¹¹²

Dans son exposé, Merlin nous donne la raison d'une telle décision : « Ce n'est pas à beaucoup près la première fois que le législateur, dans la vue de prévenir des agitations et des troubles qui auraient compromis, soit l'ordre public, soit le repos des familles, avait cru devoir interposer son autorité pour valider des actes qui, d'après les lois sous l'empire desquelles ils avaient été faits, auraient pu être déclarés nuls ». Ce faisant, il interprète la loi du 26 germinal An XI comme une véritable « loi de paix sociale », qui proscrie toute remise en cause de situations désormais considérées comme acquises, même au regard de la règle étrangère normalement applicable qui aurait dû y faire échec. Merlin n'est certainement pas insensible à l'idée d'adapter l'ordre public aux circonstances révolutionnaires.

Avec l'arrêt *Mac Mahon*, la manière d'appréhender les « lois de police » se révèle avec netteté : il ne s'agit plus de faire rentrer dans cette catégorie, dans le champ d'application de l'article 3 alinéa 1^{er}, des institutions en fonction de leur nature, mais bien en fonction de la finalité auxquelles elles sont ordonnées par le législateur : ainsi, la raison qui a emporté la conviction des juges est qu'il fallait privilégier « les considérations à la fois politiques et morales qui ont dicté la loi du 26 germinal ». C'est donc à une véritable prise en considération de l'objectif législatif auxquelles ces lois sont ordonnées que procède la Cour de cassation dans les motifs de l'arrêt *Mac Mahon*. La Cour elle-même, dans son premier motif, affirme, en parlant des articles des lois de septembre 1792 et de germinal an XI qui servent de visa à son arrêt, que « ces dispositions générales, fondées sur des vues d'ordre public et sur des motifs politiques du plus haut intérêt, s'appliquent spécialement aux divorces prononcés pour cause d'émigration ou d'absence ».

De même, rien n'illustre mieux l'assimilation qui est faite à l'époque des « lois de police et de sûreté » à l'ordre public, mais, également, le point commun entre les deux mécanismes : l'opposition de deux intérêts privés, dont l'un, pourtant, est déclaré supérieur par le législateur. En l'espèce, l'intérêt de la femme divorcée est jugé supérieur par la loi à celui du mari qui demande l'annulation du divorce. Dans le cadre de la loi de police, la solution passerait par l'application unilatérale de dispositions de portée générale au cas de l'étranger, dont le traitement est aligné sur

²¹¹¹ Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté, op. cit.*, tome 1^{er}, p. 43.

²¹¹² Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 4 (Conven. à Dom.), Paris, 1827, v^o « Divorce », section IV, § X», p. 708.

celui du national. Dans le cadre de l'exception d'ordre public, qu'illustre parfaitement l'arrêt *Mac Mahon*, le conflit d'intérêts privés est résolu par la mise en échec de la loi étrangère normalement applicable par l'ordre juridique du for, qui y substitue ses propres dispositions afin de préserver la paix sociale. Cet arrêt a fait pourtant l'objet de vives critiques de la part de François Laurent qui voyait dans cette décision une application erronée de l'article 3²¹¹³. Or, ceux qui, comme lui, ont déduit de cet arrêt que le statut personnel pouvait désormais être régi, dans l'esprit de la Cour, par les lois de police et de sûreté, donc par un principe de territorialité, n'ont pas perçu que la Cour avait, en fait, déplacé la question de droit du statut personnel sur le terrain de l'ordre public. Il n'est pas nié que le sieur Mac Mahon, étant étranger, voit son statut personnel réglé par sa propre loi, mais il est simplement refusé, pour des motifs d'ordre public, de faire application de sa loi personnelle qui lui permettait, en l'occurrence, de demander l'annulation du divorce.

Le dernier enseignement de l'arrêt *Mac Mahon* tient à ce que la jurisprudence a fait de l'article 3, alinéa 1^{er} la référence textuelle des lois civiles qui assurent l'ordre et la tranquillité du pays. Ainsi, il apparaît que les Rédacteurs du Code de 1804 n'avaient pas forcément entendu restreindre la nature même des lois de police aux seules règles de droit public et de droit pénal, mais que la formulation même de l'alinéa 1^{er} permettait, à la Cour de cassation, dès 1806, de qualifier la loi du 26 germinal an XI de « loi de police ».

Aussi, les divers enseignements de l'arrêt *Mac Mahon* sur notre question se résument en trois points :

- 1) Désormais, la loi de police sera déterminée en fonction de la prise en considération de la teneur et des objectifs de la règle matérielle, de son extension comme de sa limitation, et non plus, forcément, de la nature de l'institution et de la catégorie juridique à laquelle elle appartient selon l'ordre juridique du for ;
- 2) L'entrée en jurisprudence dans le champ d'application de l'article 3, alinéa 1^{er} des lois ayant trait au statut des personnes. C'est déjà ce que laissait entendre le discours du tribun Faure le 14 ventôse an XI²¹¹⁴. Si le divorce, tel qu'il est conçu et accordé sur le fondement de la loi française, peut entrer dans la catégorie des institutions d'ordre public, protégées par une « loi de police générale », plus rien n'interdit d'ériger une loi de police comme obstacle à la pénétration d'une loi étrangère en France ;
- 3) Une mise en œuvre de l'ordre public international, qui repose, sous couvert de l'article 3, alinéa 1^{er}, sur son absorption dans les « lois de police et de sûreté ». La compétence de la loi nationale de l'étranger à régler son statut personnel n'est pas niée, même si, par ailleurs, Merlin a tenté d'assimiler l'état de Mac Mahon à celui d'un Français (argument non retenu par la Cour dans ses motifs), mais elle sert, tout au plus, à créer un droit acquis qu'il appartient à la seule loi du territoire où ce droit est appelé à produire effet d'accueillir ou de refuser. Comme le démontre l'espèce, le droit peut fort bien trouver son origine dans une loi étrangère, mais son application en France est soumise à la seule loi française. Cette compétence exclusive sur le territoire français explique que les « lois d'ordre public » puissent être identifiées aux lois de police et de sûreté de l'alinéa 1^{er}.

L'arrêt *Gnudi*, rendu par la chambre des requêtes le 23 février 1818, décide qu'une Italienne, mariée à un Italien sous l'empire du droit canonique prohibitif du divorce, mais ayant obtenu en

²¹¹³ François LAURENT, *Principes du droit civil français*, t. 1^{er}, 3^e édition, Bruxelles et Paris, 1878, n° 106, pp.168-169 : « peut-on dire qu'une loi relative au divorce concerne la police et la sûreté ? La question du divorce n'est-elle pas, avant tout, du domaine des lois personnelles ? (...) La sûreté de la France, sa tranquillité eussent-elles été compromises, si un étranger avait demandé la nullité d'un divorce ? »

²¹¹⁴ Voir, *supra*, pp. 710-711.

France le divorce en l'an VIII, n'aurait pas dû se soustraire aux lois qui gouvernent son état et sa capacité et se remarier ensuite avec un Français. Or, la Cour écarte, cette fois-ci, l'argument tiré de la loi de germinal an XI qui empêche de demander la nullité des divorces prononcés antérieurement à son entrée en vigueur, en considérant que les époux italiens n'étaient pas sous la puissance de cette loi. Il faut en conclure que, là où l'arrêt *Mac Mahon* de 1806 a, effectivement, entendu faire du divorce une institution d'ordre public international, érigeant la loi de germinal an XI en « loi de police générale » dans le seul de préserver des situations acquises sous l'empire de lois antérieures, l'arrêt *Gnudi* restreint la portée de la solution. En effet, il décide que le bénéfice de la loi de germinal ne doit pas être étendu à des situations qui se sont constituées en France, si cela doit se faire au mépris des lois personnelles étrangères. La solution de l'arrêt *Mac Mahon* entend protéger l'intérêt de l'ex-épouse française en ne lui retirant pas le bénéfice d'un divorce que la loi française avait entendu lui ouvrir ; la solution de l'arrêt *Gnudi* constate, pour sa part, que le divorce a été prononcé en France entre deux étrangers auxquels leur loi personnelle interdisait de dissoudre leur mariage. De fait, avec ce dernier arrêt, les époux étrangers ne peuvent s'appuyer sur la loi française pour contourner les dispositions prohibitives de leur propre loi matrimoniale et s'en servir comme instrument de fraude²¹¹⁵. La conséquence en est que la règle posée par l'arrêt *Mac Mahon* perd, alors, son caractère de police, dans un contexte où le divorce vient d'être aboli en France et qu'il ne peut plus être tenu d'ordre public.

Toutefois, la défaveur pour le divorce ne semble pas s'être maintenue de manière continue, y compris sous l'empire de la loi Bonald. Un arrêt de la cour de Chambéry, rendu le 15 juin 1869, renoue avec l'arrêt *Mac Mahon* en appliquant les dispositions transitoires de la loi de germinal an XI à un divorce prononcé en l'an X entre deux étrangers, que leur loi nationale n'autorisait pas à demander. Cet arrêt *Fermex* est, traditionnellement, rangé parmi ceux qui consacrent la loi de germinal an XI comme une loi de police, destinée à faciliter la tâche des tribunaux chargés de connaître, après coup, des divorces prononcés à l'époque révolutionnaire²¹¹⁶.

B. Le mariage, institution d'ordre public : lois de police et souveraineté de la loi française.

A partir de 1816, la perspective se renverse et ce ne sont plus les situations acquises sous l'empire des lois révolutionnaires, ni même celles acquises sous l'empire de la législation du Code sur le divorce qu'il appartient aux juridictions françaises de protéger, mais le principe de l'indissolubilité du mariage consacré par la loi Bonald. La première question qu'elles ont eu à résoudre est celle de savoir quelle doit être la réaction de l'ordre juridique français à l'égard d'une loi étrangère qui autorise son ressortissant divorcé à se remarier, alors que cette faculté est fermée aux Français depuis la loi de 1816 abolitive du divorce. Est-il juste de reconnaître à un étranger un droit qui n'est pas offert aux Français, en raison de l'indissolubilité du lien conjugal ? En 1853, l'auteur de l'article « Lois » du *Répertoire méthodique et alphabétique Dalloz* souligne avec force qu'il ne saurait être admis, de la part d'un étranger divorcé, d'entrer à nouveau dans les liens du mariage, puisque, sur cette question, un seul principe doit prévaloir : « le statut personnel étranger est impuissant contre toute prohibition d'ordre public. C'est par respect pour cet ordre qu'a été

²¹¹⁵ *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 14, v^o « Contrat de mariage », titre 5, chapitre I, n^o4288, pp. 284-285, et t. 30, « Lois », chapitre V, n^o397, § 1, pp. 168-169.

²¹¹⁶ Cour impériale de Chambéry, *Fermex contre Floccard*, 15 juin 1869 : *Recueil Sirey*, 1870, II, p. 214-216. Voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, op. cit., p. 226, note 1, qui distingue loi de police et loi d'ordre public.

proclamée en France l'indissolubilité du lien conjugal ». Il en veut pour preuve deux arrêts de la Cour d'appel de Paris, prononcés les 30 août 1824 et 28 mars 1843, *Mary Bryan* et *Jakowski*, qu'il rapporte intégralement dans son article. Dans le premier cas, la Mairie du III^e arrondissement de Paris avait refusé de célébrer le mariage d'une Anglaise divorcée avec un Français. Or, la Cour royale donne raison aux juges de première instance d'avoir considéré que :

Attendu que la loi civile en France dispose qu'on ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier, et que la loi française ne reconnaît plus le divorce comme un motif de dissolution du mariage ; — Attendu qu'il suit de là qu'une personne engagée dans les liens d'un premier mariage, même contracté en pays étranger, ne peut, à la faveur d'un divorce que la loi française ne reconnaît pas, et dont les tribunaux français ne sauraient apprécier les effets, contracter un second mariage en France ; Qu'ainsi, le maire du 3^e arrondissement de Paris, en refusant de passer outre à la célébration du mariage de ladite Mary Bryan avec le sieur Maussion, n'a fait qu'une juste application de la loi, article 147 du Code civil.

La cour d'appel ne fait pas qu'adopter les motifs des premiers juges : elle ajoute que :

Considérant, en outre, que, pour obtenir les effets civils en France, le mariage avec une étrangère doit présenter toutes les conditions prescrites par la loi française pour la validité des mariages ; que la capacité de l'étranger, résultante du statut personnel de son pays, et l'une des conditions essentielles du mariage, ne peut relever le Français des empêchements dirimants et des prohibitions du code qui le régit...²¹¹⁷

Les juges ont donc envisagé la question sous l'angle de la jouissance des droits et la condition civile de l'étranger est ainsi alignée, d'autorité, avec celle du Français : la loi française fait obstacle à la capacité matrimoniale de l'étranger, lui refusant d'exercer un droit – celui de se remarier après un divorce – qui est refusé, d'ordinaire, à tout Français, à qui est dénié le droit de divorcer. En l'espèce, la prohibition attachée à la condition du Français contamine celle de sa potentielle épouse. Cela revient à appliquer, sans le dire, la loi française à titre de loi de police et de sûreté, en estimant que l'indissolubilité du mariage fait obstacle à tout bénéfice que l'on entendrait retirer, même valablement au regard de la loi étrangère, d'une institution qui est proscrite en France et interdite aux Français. La loi française, protectrice du mariage, s'impose donc impérativement, au détriment d'une loi étrangère qui diffère trop d'elle sur ce point.

Le caractère d'ordre public de l'article 147 du Code civil ressort avec davantage de force encore de l'arrêt *Jakowski*. A celui-ci, Polonais israélite marié en Lituanie puis divorcé, avant de se réfugier en France, qui espérait pouvoir s'y remarier avec une Française en invoquant sa condition personnelle, qui l'avait affranchi, au regard de la loi de son pays, de tout lien matrimonial antérieur, et en soulignant qu'il n'était pas du ressort de la loi française de juger de la validité du mode de dissolution du lien conjugal, la Cour d'appel, infirmant les juges de première instance, et suivant l'avocat général, rétorque, le 28 mars 1843, que :

LA COUR ; — Considérant que le mariage est d'ordre public ; qu'il est la garantie de la pureté des mœurs, et la base sur laquelle reposent la famille et la société tout entière ; — Que les lois qui en

²¹¹⁷ Cour royale de Paris, première chambre, *Mary Bryan contre le maire du III^e arrondissement de Paris*, 30 août 1824 : *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 30, « Lois », chapitre V, n°397, note 1, 1^{ère} espèce, p. 167. Voir aussi Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Recueil alphabétique des questions de droit*, t. 3 (Date. – Epo.), Paris, 1828, v° « Divorce », § XIII, pp. 522-529, qui porte un jugement mitigé sur l'arrêt, et Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, op. cit., pp. 157-160, qui le critique sévèrement.

règlent les conditions sont donc obligatoires pour tous en France ; Considérant que, pour contracter mariage en France, il ne suffit pas à l'étranger de justifier de la capacité résultant pour lui du statut personnel ; qu'il faut encore qu'il ne se trouve dans aucun des cas de prohibition prévus par la loi française ; — Qu'aux termes de l'article 147 du Code civil, on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ; — Qu'il est constant que Jakowski a contracté un premier mariage en Pologne ; qu'il justifie, il est vrai, qu'il a divorcé aux termes des lois de son pays, qui lui permettent de contracter un nouveau mariage ; — mais, considérant que le divorce, admis par quelques législations étrangères, dont les effets varient suivant les lieux, n'est point autorisé en France ; qu'il n'y est point considéré comme moyen d'opérer la dissolution du mariage ; que le premier mariage de Jakowski reste donc comme un empêchement dirimant et d'ordre public à ce qu'en France, il puisse en contracter un second...²¹¹⁸

Dans ces deux arrêts, il n'est nullement question de faire application de l'alinéa 2 de l'article 3 du Code civil, puisqu'il ne s'agit pas d'une affaire relative aux sort des immeubles français et des droits réels qui y sont relatifs ; il n'est pas davantage question de s'appuyer sur l'alinéa 3, puisque celui-ci ne règle que l'état et la capacité des Français ; il n'est même pas question de dénier que le divorce prononcé en pays étranger ne puisse l'être par la loi nationale, régissant le statut personnel de l'étranger. Les solutions se justifient parce qu'il en va de l'ordre public du for et que l'article 147 doit agir au titre des lois de police et de sûreté qui obligent tous ceux qui sont présents sur le territoire. La capacité des Français et des étrangers à contracter mariage en France, à partir du moment où elle met en jeu le principe d'indissolubilité du mariage, rentre donc dans la catégorie des lois de police. La solution a pu être discutée par ceux qui, comme Demolombe, ne voit pas dans l'interdiction du divorce une prohibition d'ordre public²¹¹⁹, mais, comme le rappelle l'auteur de l'article « Lois » dans le *Répertoire alphabétique* de Dalloz, il ne s'agit pas ici de comparer avec les législations européennes qui admettent le divorce, mais de se référer à l'esprit du législateur français de 1816, lorsqu'il a restauré l'indissolubilité du lien matrimonial²¹²⁰.

L'arrêt *Mayer* de la Cour de Paris en date du 13 février 1872, relatif au délai de remariage imposé à une femme depuis la dissolution de sa première union afin d'éviter tout risque de confusion de part, considère que l'article 228, qui édicte cette interdiction, est « une prohibition d'ordre public » qui doit s'appliquer de manière impérative et immédiate, au mépris de la loi étrangère qui méconnaît cette exigence. Celle-ci s'étend donc aussi bien aux Françaises qu'aux étrangères qui entendent se remarier en France et la Cour affirme, en des termes fort explicites, que cette prohibition d'ordre public agit comme une loi de police :

LA COUR ; - Considérant que l'article 228 du Code civil, en interdisant à la femme de contracter un second mariage avant dix mois révolus depuis la dissolution du premier, édicte une prohibition d'ordre public, basée sur le soin de prévenir les filiations équivoques et sur des raisons de décence publique ; — Que l'article 194 du Code pénal, qui prononce une peine contre l'officier de l'état civil célébrant un mariage au mépris de la disposition de l'article 228, manifeste particulièrement le caractère d'ordre public de cette disposition prohibitive ; — Que vainement la dame Mayer, femme prussienne, divorcée du sieur Sachs, eu vertu d'un jugement du tribunal de Francfort, à la date du 24 novembre 1871, excipe de son statut personnel, déterminé par la législation

²¹¹⁸ Cour royale de Paris, première chambre, *Maire du VII^e arrondissement de Paris contre Jakowski*, 28 mars 1843 : *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 30, « Lois », chapitre V, n°395, note 1, 2^{ème} espèce, pp. 167-168.

²¹¹⁹ Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, t. 1. Traité de la publication, des effets et de l'application des lois, de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes d'état civil, du domicile*, 4^e édition, Paris, 1869, n°101 (où il revient en détail sur cette jurisprudence), pp. 111-115.

²¹²⁰ *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 30, « Lois », chapitre V, n°395, p. 168.

francfortoise, qui lui permettrait de contracter aussitôt après son divorce un second mariage ; — Que le statut francfortois régissant la capacité de la dame Mayer est sans application possible en France, quand il y rencontre une disposition prohibitive fondée sur l'ordre public ; — Que l'ordre public prévaut alors de toute nécessité sur le statut étranger qui le violerait ; — Qu'on objecte à tort que, dans l'espèce, la prohibition de l'article 228 devait fléchir devant le statut personnel étranger, parce que la législation de Francfort, formatrice de ce statut, ne serait pas contraire aux vues de la loi française sur la nécessité de prévenir les confusions part, mais aurait pourvu à cet intérêt de la constitution de la famille par d'autres moyens ;— Considérant, sur ce point, que les conditions de l'ordre public en France dépendent uniquement des règles souveraines de la loi française ; — Que les tribunaux ne sauraient chercher d'équivalent à la sagesse de ces règles dans des dispositions du droit étranger ; — Qu'une prohibition d'ordre public clairement exprimée par nos lois exclut d'une manière absolue tout ce qui tend, pour quelque cause que ce soit, à l'enfreindre ; — Que le maire du 8^e arrondissement s'est donc refusé à bon droit à célébrer le second mariage dans lequel la dame Mayer voulait s'engager quatorze jours après la sentence de divorce...²¹²¹.

Cette décision, rangée traditionnellement parmi les lois de police, montre bien l'équivalence dans les termes des lois de police et des lois d'ordre public pour la jurisprudence. En l'espèce, le statut francfortois est écarté parce qu'il est incompétent pour traiter de la question considérée, qui est du ressort exclusif de l'article 228 : la loi prohibitive bat en brèche le statut personnel étranger en raison de l'intérêt public qu'elle défend.

§ 2. Les lois de police, les statuts prohibitifs et les rapports patrimoniaux entre époux.

La figure du statut prohibitif, si vigoureuse à l'époque des conflits de coutumes, lorsqu'un correctif territorialiste lié au statut réel venait redresser les effets indésirables d'un statut personnel extraterritorial, se perpétue, de manière ponctuelle, dans la première moitié du XIX^e siècle, se substituant aux lois de police dans un champ d'application – les conflits de qualification entre statuts réels et statuts personnels – qui n'était pas formellement le leur. Si le moyen utilisé diffère, le résultat reste le même : il s'agit toujours d'écarter, cette fois-ci à l'aide de l'alinéa 2 de l'article 3, l'application d'une loi étrangère dont l'on redoute l'intrusion sur le territoire. La souveraineté/territorialité, ce principe commun aux deux premiers alinéas, sous-tend des décisions qui, volontairement, réputent statut réel prohibitif ce qui pourrait, en bonne logique, appartenir au domaine du statut personnel. Ce statut réel prohibitif est, toutefois, d'utilisation rare en jurisprudence. Une seule manifestation, qui touche directement aux rapports patrimoniaux entre époux, mérite d'être relevées : celle relative au Sénatus-consulte Velléien²¹²².

Comme c'était déjà le cas sous l'Ancien droit, le Velléien est un statut prohibitif mélangé de personnel et de réel. S'il est aboli en droit interne, il persiste au sein d'autres législations et c'est à l'occasion du conflit entre la loi qui connaît encore cette institution et celle qui l'ignore désormais que sa figure se dessine de nouveau dans la jurisprudence du XIX^e siècle. Le Velléien présente ce trait particulier de se situer à la lisière des alinéas 2 et 3 du Code civil, de tirer autant vers le statut personnel que vers le statut réel prohibitif : l'assemblage hérité de l'Ancien droit repose sur la « combinaison du principe de la personnalité et de l'exception de statut prohibitif du lieu de

²¹²¹ Cour d'appel de Paris, première chambre, *Maire du VIII^e arrondissement de Paris contre Mayer*, 13 février 1872 : *Recueil Sirey*, 1873, II, p. 112.

²¹²² Dans le même sens, voir Bertrand ANCEL et Horatia MUIR-WATT, « Du statut prohibitif », *op. cit.*, pp. 7-31, spéc. pp. 18-19.

situation», cette dernière qualification d'exception étant passée à la postérité par la fervente défense orchestrée par le Parlement de Normandie²¹²³. Or, au XIX^e siècle, les juges français, qui statuent désormais sur un véritable conflit de lois international, vont armer l'alinéa 2 contre l'alinéa 3 et retourner l'exception pour l'ériger en principe, à une seule fin : appliquer la loi française du territoire contre la loi nationale étrangère. C'est rappeler que la territorialité d'ordre public ne se confine pas nécessairement dans le seul périmètre de l'article 3, alinéa 1^{er} et c'est souligner le principe de souveraineté/territorialité commun aux deux premiers alinéas. Au fond, les juges français n'ont pas eu besoin de recourir au premier alinéa lorsque le second, par le jeu des qualifications, leur suffisait pour atteindre leur but : écarter la loi étrangère.

La solution jurisprudentielle française qui consiste à faire prévaloir le statut réel sur le statut personnel, par l'intermédiaire du statut réel prohibitif²¹²⁴, s'exprime à travers un arrêt emblématique de la matière des conflits de loi : l'arrêt *Bonar contre d'Hervas*. Madame d'Hervas était une Française devenue Espagnole par mariage et avait consenti à Monsieur Bonar, créancier de son mari, une hypothèque sur l'un des immeubles qu'elle possédait en France en garantie de la dette de son époux. La dette n'ayant pas été honorée, Bonar procède à la saisie de l'immeuble. Mais c'est alors que Madame d'Hervas lui oppose l'incapacité velléienne d'intercéder *pro marito*, dont elle était frappée en vertu de la loi espagnole, devenue sa loi nationale par le mariage, et qu'elle lui objecte que, pour cette raison même, l'hypothèque consentie est nulle. Le créancier, estimant sa confiance trompée, porte l'affaire devant le Tribunal de la Seine qui, le 4 juin 1829, s'appuie sur l'article 3, alinéa 3 pour décider que la capacité de Madame d'Hervas est régie par sa loi nationale et confirmer l'annulation de l'engagement, en vertu de la loi espagnole. En revanche, la Cour de Paris, le 15 mars 1831, puis la Cour de cassation, le 17 juillet 1833 reprennent à leur compte l'argumentation statutiste pour opposer le statut réel prohibitif à l'extraterritorialité du statut personnel. La Cour de Paris le fait de manière très explicite, notamment, en constatant que, « le domaine hypothéqué à ladite obligation était situé en France, il s'ensuit qu'il y a lieu de juger la capacité de la femme d'Hervas et la validité de son obligation d'après les lois françaises », en conformité avec l'article 3, alinéa 2 du Code civil : il s'agit bien d'une capacité spéciale propre à un acte de disposition portant sur un immeuble français. La Cour y adjoint l'argument de l'ignorance excusable du créancier français, ce qui donne lieu à l'une des premières manifestations en jurisprudence de « l'intérêt français », destiné à être spécialement défendu par les juges français par l'application de la loi française à la capacité du cocontractant étranger²¹²⁵. Cet arrêt ayant fait l'objet d'un pourvoi de la dame d'Hervas, la Cour de cassation rend un arrêt de rejet qui arbitre la lutte entre la règle portée par l'alinéa 3 et celle défendue par l'alinéa 2 en faisant preuve d'une approche purement exégétique :

Attendu que, si l'article 3 déclare que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étrangers, il ne contient aucune disposition semblable ou

²¹²³ *Eod. loc.*, p. 18.

²¹²⁴ Conformément aux principes de l'Ancien droit, un arrêt du Tribunal de cassation, *de Beauveau*, en date du 9 thermidor an X (28 juillet 1802), avait déjà soulevé l'exception du statut réel prohibitif normand à l'encontre de ses créanciers qui requéraient l'exécution d'une obligation souscrite à Paris et garantie par un immeuble situé en Normandie. Mais le Tribunal valide néanmoins la saisie effectuée par les créanciers. Voir Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Recueil universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 15 (Rép. à Sent.), Paris, 1828, v^o « Sénatus-consulte Velléien », § II, pp. 794-795, et, sur cet arrêt, Dominique FOUSSARD, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne*, *op. cit.*, p. 95.

²¹²⁵ Cour royale de Paris, *Bonar contre d'Hervas*, 15 mars 1831 : *Dalloz Périodique*, 1831, II, p. 112 et *Recueil Sirey*, II, 1831, p. 237.

analogue en faveur des étrangers qui résident en France, d'où il résulte que l'arrêt attaqué ne peut pas avoir violé cet article ; - Attendu qu'aux termes de ce même article, les immeubles que les étrangers possèdent en France sont régis par les lois françaises et qu'en décidant que la dame d'Hervas était tenue d'exécuter une obligation qu'elle avait contractée sous l'autorité des lois françaises avec hypothèque sur un bien situé en France, l'arrêt n'a fait qu'une juste application des lois françaises qui régissent ladite obligation.²¹²⁶

L'article 3, alinéa 3 n'a pas été violé car, pris en son sens littéral, il ne s'appliquait pas à l'espèce, Madame d'Hervas n'étant pas française, mais espagnole. En revanche, l'article 3, alinéa 2 a été scrupuleusement respecté, car l'engagement en garantie par une épouse d'un immeuble situé en France fait nécessairement partie des actes qui sont soumis à la loi française, en tant que loi du lieu de situation du fonds. Parce qu'il s'agit, en somme, d'une capacité spéciale de faire un acte sur un immeuble, qui ne met nullement en cause cette capacité générale que règle l'alinéa 3, elle est impérativement régie par la loi du lieu de situation de l'immeuble, qui est la seule à pouvoir organiser et arbitrer les intérêts relatifs à ces immeubles qu'il importe de protéger²¹²⁷. Le jeu du statut réel prohibitif a agi comme une loi de police immobilière, solution que connaissait bien l'Ancien droit. Mais il n'a pu agir que parce qu'il s'agissait d'un immeuble : la méthode exégétique mise en œuvre par la Cour n'aurait pas connu le même succès s'il s'était agi de meubles, ou d'immeubles situés hors de France.

La défaveur relative dans laquelle tombe ce mécanisme hérité de l'Ancien droit et qui, progressivement, ne correspond plus aux méthodes mises en œuvre par la Cour de cassation pour régler les conflits relatifs aux rapports patrimoniaux entre époux, se fait jour à travers l'arrêt *Fraix*, prononcé le 4 mars 1857 par la chambre civile. Dans cette affaire, la veuve du sieur Fraix, sujet sarde décédé en France où il s'était installé depuis plus de quarante ans et où il avait épousé une Française, avait réclamé le partage des communauté et succession de son mari en sa double qualité de commune en biens et de donataire universelle en usufruit, sur le fondement de la loi française, loi du premier domicile matrimonial à défaut de choix exprès des époux. Les héritiers qui contestaient cette double qualité et avaient formé le pourvoi en cassation demandaient à ce que le régime matrimonial des époux, à défaut de pouvoir être soustrait à l'empire de la loi française, tienne compte de la prohibition de communauté universelle de meubles et acquêts édictée à l'encontre des époux sardes, par la loi sarde, qui, en son article 1573, proscriit toute forme de communauté qui ne soit celle des acquêts, et qui, en son article 1185, interdit aux époux de se faire de libéralités, sauf par disposition de dernière volonté. La Cour de cassation donne raison aux juges d'appel d'avoir raisonné selon la méthode conflictuelle et retenu la règle de conflit donnant compétence à la loi d'autonomie, qui conduisait, en l'espèce, au choix tacite de la loi du premier domicile matrimonial. Mais elle l'assortit d'une réserve : la prohibition de l'article 1573 du Code sarde constitue « un statut réel » qui a pour objet de « fixer le sort des biens » et « d'en assurer la conservation dans la même famille » et qui doit s'enfermer étroitement dans son territoire, en ne disposant que pour les immeubles qui y sont situés²¹²⁸. Le fait est que l'exception de statut

²¹²⁶ Cour de cassation, chambre civile, *Bonar contre d'Hervas*, 17 juillet 1833 : *Dalloz Périodique*, 1833, I, pp. 303-304 et *Recueil Sirey*, I, 1833, p. 663.

²¹²⁷ Sur cet arrêt, voir Henri BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Paris, 1929, pp. 111-120. Voir aussi, dans le même sens que l'arrêt *Bonar contre d'Hervas*, un dernier arrêt, isolé : Cour de cassation, chambre civile, *Antonelli*, 2 avril 1884 : *Dalloz Périodique*, 1884, I, p. 277 ; *Recueil Sirey*, 1886, I, p. 121 ; *Clunet*, 1885, p. 77.

²¹²⁸ Cour de cassation, chambre civile, *Fraix*, 4 mars 1857 : *Dalloz Périodique*, 1857, I, pp. 102-104, et *Recueil Sirey*, 1857, I, p. 247.

prohibitif était, en l'espèce, dénuée de toute portée, puisque l'ensemble des biens du mari était situé en France, échappant ainsi à l'emprise de la disposition sarde. La haute juridiction, en choisissant d'avoir recours à la méthode conflictuelle, signe ainsi, de manière paradoxale, la défaite d'un des plus anciens instruments statutistes. D'un côté, il ressort de manière évidente que, dans l'esprit de la Cour, la loi sarde est tenue en échec parce qu'elle doit être qualifiée de statut réel territorial et non de statut personnel extraterritorial. De l'autre, elle s'engage résolument sur la voie de la méthode conflictuelle, à une époque où cette posture est encore rare de sa part, et en posant une règle de conflit donnant compétence à la loi d'autonomie et, en l'occurrence, à la loi française, elle réduit à la portion congrue le champ d'action de la loi étrangère. Certains ont voulu y voir une manifestation de l'ordre public international²¹²⁹, mais, à supposer qu'il y ait eu manœuvre de la part des juges français pour évincer le statut étranger, cette manœuvre est nécessairement imparfaite, au cas où il y aurait, effectivement, des immeubles à l'étranger, et l'idée d'ordre public ne semble pas tenir une place essentielle dans le raisonnement des magistrats. La qualification de statut réel prohibitif n'apparaît, au mieux, que comme un moyen pour les tribunaux français de cantonner la compétence de la loi étrangère et de ménager sa susceptibilité, de la même manière que le Parlement de Paris acceptait, sous l'Ancien droit, de réputer les dispositions de la coutume de Normandie hostiles à la communauté statut réel prohibitif afin, tout à la fois, de respecter cette prohibition et de l'enserrer dans son territoire.

§ 3. Les lois de police en matière de filiation.

L'ordre public international a vocation à se porter sur le terrain de la filiation naturelle, afin de préserver l'organisation familiale déterminée par les lois françaises et d'empêcher que l'irruption d'un enfant étranger ne vienne troubler la paix des familles. L'idée est d'éviter qu'une situation jugée immorale au regard des valeurs admises en France puisse produire un effet juridique sur le territoire et à l'encontre des particuliers, qui sont abrités de cet effet par leur propre ordre juridique : ces lois, comme le disent certains auteurs, sont des « lois d'ordre moral » qui refusent que l'état d'un enfant soit source de scandale et, par conséquent, interdisent à une loi étrangère de conduire à un résultat qui répugne à la loi française²¹³⁰.

Il en est ainsi de l'interdiction de recherche en paternité naturelle, posée par l'article 340 du Code civil, au cas où il n'y aurait pas eu reconnaissance volontaire de la part du père. En raison des difficultés qu'il y a à apporter la preuve de la filiation et des débats scandaleux auxquels une instance en justice pourrait donner lieu, en troublant la tranquillité des familles, le fait de se prévaloir d'une loi étrangère pour s'adresser à la justice française afin que celle-ci établisse, publiquement, le lien de filiation naturelle s'expose fatalement à la censure et à la flétrissure des tribunaux, quelle que soit la nationalité des personnes qui sont en cause, car il ne peut être requis de la justice française qu'elle appose son sceau sur cette source de scandale public. Pourtant, les tribunaux n'hésitent pas à faire la distinction entre l'application de l'article 340, qui est manifestement une loi de police, obligeant tous ceux qui se trouvent sur le territoire, et la prise en considération de droits acquis sous l'empire d'une loi étrangère, notamment lorsque la

²¹²⁹ René BOISSARIE, *De la notion d'ordre public en droit international privé*, Paris, 1888, p. 129.

²¹³⁰ Maurice MOUTIER, *Du conflit des lois étrangères avec les lois d'ordre public françaises*, Paris, 1891, pp. 151-162. Selon l'auteur, les articles 335 et 342 du Code civil entrent directement dans la catégorie de ces lois d'ordre moral : par la combinaison de ces articles, le législateur a clairement exprimé son intention d'interdire toute reconnaissance ou toute action en justice qui aurait pour but d'établir une filiation contraire à la morale et à la décence publiques, qui jetterait l'opprobre sur les familles. Mais il ne semble pas qu'il y ait eu de jurisprudence à ce sujet (*eod. loc.*, pp. 152-154).

reconnaissance a été établie conformément à cette même loi étrangère, et ce quand bien même elle ne coïnciderait pas avec les formes exigées par le droit civil français. En effet, la reconnaissance volontaire de paternité naturelle n'étant pas proscrite par l'ordre public français, puisque le Code civil l'admet lui-même à l'article 334, les juridictions ne relèvent pas de contrariété sensible avec le droit français. Cette distinction entre efficacité, en France, d'une reconnaissance valable selon la loi étrangère et demande d'établissement d'une filiation, sur le fondement d'une loi étrangère, directement intentée devant un juge français est clairement exposée par les cours d'appel lorsqu'elles s'efforcent de justifier l'accueil qu'elles réservent à une reconnaissance²¹³¹. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt *De Civry contre duc de Brunswick*, du 2 août 1866, et celle de Pau, dans un arrêt *Etchevest* du 17 janvier 1872, tiennent le même discours. Les juges parisiens commencent par décider qu'une action en recherche de paternité ne peut pas être intentée devant les tribunaux français :

Considérant... que le droit qui appartient aux tribunaux français d'appliquer, entre les parties qui peuvent les invoquer, les lois d'un pays étranger, s'arrête lorsque ces lois blessent un principe d'ordre public édicté par la loi française, et auquel porterait atteinte l'application d'un statut étranger; - Que tel est le caractère de la disposition de l'article 340 du Code Napoléon, qui, a interdit la recherche de la paternité, dans l'intérêt des bonnes mœurs et de la sécurité des familles, et pour mettre fin aux débats scandaleux que, sous l'Ancien droit, les actions de cette nature faisaient naître devant les tribunaux ; - Que cette recherche, permise par la loi du Brunswick, ne peut être en France la base d'une action et d'une décision de justice ; - Que l'on ne peut assimiler la demande de la dame de Civry, qui nécessiterait l'application par les juges français d'une loi étrangère contraire à la loi française, à l'action d'un étranger qui, après avoir fait fixer par les tribunaux et d'après les lois de son pays un état que la loi française ne lui aurait pas reconnu, ne demanderait à la justice française que d'apprécier les conséquences de cet état ainsi judiciairement déclaré...²¹³²

Cela n'est là qu'une des nombreuses décisions auxquelles a donné lieu la lutte judiciaire entamée par la dame de Civry contre celui dont elle était la fille naturelle, le duc déchu de Brunswick, Charles II, pour tirer un profit matériel de sa filiation. Faisant appel d'un jugement du tribunal de la Seine qui lui était défavorable, Madame de Civry, devenue Française par mariage en 1847, entendait obtenir une pension alimentaire de la part du duc en alléguant un état d'enfant naturel qu'elle considérait comme prouvé conformément à la législation en cours dans le Brunswick. La Cour de Paris refuse de faire droit à sa requête, estimant, entre autres, que les manœuvres de l'appelante tendaient, en réalité, à faire établir de manière certaine sa filiation naturelle et à contourner la prohibition d'ordre public édictée par la loi civile française

Dans son arrêt de 1872, la Cour de Pau relève, dans le même esprit que la Cour de Paris, cette fois-ci à propos des droits qu'une fille naturelle espagnole réclamait sur la succession de son père, y compris sur des immeuble situés en France, dans le même esprit que la Cour de Paris, que :

Attendu que la recherche de la paternité naturelle admise par la législation de plusieurs pays civilisés, comme par notre ancienne législation, n'offense pas en elle-même la morale publique ; qu'elle n'a été proscrite que par la crainte des scandales qu'elle entraînerait ; que, si donc nos mœurs publiques pourraient être blessées par une procédure de ce genre, pratiquée devant nos tribunaux, elles ne sauraient l'être par une décision constatant une filiation naturelle plus qu'elles ne

²¹³¹ Maurice MOUTIER, *Du conflit des lois étrangères avec les lois d'ordre public françaises*, Paris, 1891, pp. 159-162.

²¹³² Cour impériale de Paris, quatrième chambre, *De Civry contre duc de Brunswick*, 2 août 1866 : *Recueil Sirey*, 1866, II, pp. 342-343.

le seraient par un acte de reconnaissance authentique passé dans le même but, alors, d'ailleurs, que cette décision se borne, comme dans l'espèce actuelle, à constater, conformément aux règles admises en Espagne, le fait d'une reconnaissance non authentique émanée de celui dont la paternité était réclamée ; - Attendu...que, si les considérations d'ordre public dont il vient d'être parlé devraient, par exception, faire écarter l'examen du fond dans tout procès tendant à une recherche de paternité naturelle, cet examen impliquant des débats que nos lois ont prohibés, ce ne serait pas une raison pour refuser effet à une sentence compétemment et régulièrement rendue, et qui n'a en elle-même rien de blessant pour les mœurs ou l'ordre public ; qu'il s'ensuivrait seulement qu'en ce cas particulier, il n'y aurait pas lieu d'abandonner l'examen du fond...²¹³³

Les juges du fond découvrent, en l'espèce, les vertus de l'effet atténué de l'ordre public qui autorise un étranger, fort de son état personnel dont la détermination s'est effectuée valablement au regard de la loi compétente, c'est-à-dire de sa loi nationale, à déduire en France les effets qui sont ouverts aux personnes de son état par les lois françaises. D'où la nécessité dans laquelle ils se trouvent de rappeler qu'il n'en va pas du même ordre d'idées lorsqu'il s'agit d'intenter directement un procès (ici, en recherche de paternité naturelle) devant les juridictions françaises pour obtenir un droit que la loi française refuse à tous ou lorsqu'il est question d'exercer, en France, un droit acquis de manière légitime sous l'empire de la loi étrangère compétente. Le moindre degré de contrariété avec une « prohibition d'ordre public » explique que les juridictions françaises accordent à un étranger, par le biais de la reconnaissance et de l'exécution d'une décision étrangère, ce qu'elles refuseraient à un Français ou à un étranger qui s'adresserait à elles par une action en recherche de paternité. Le principe d'indépendance des lois et des juridictions nationales, rappelé par la Cour d'appel de Pau, qui, en guise de préambule, revient sur les conditions d'exécution des jugements étrangers et évoque même « les convenances réciproques des nations » autorise ce genre de distinctions et est en parfaite conformité avec les canons de l'Ecole Hollandaise.

La faveur pour la reconnaissance d'enfant naturel se traduit également dans l'arrêt *Flavin*, rendu par la Cour de cassation, le 15 mars 1831, dans lequel les juges ont décidé que le statut colonial de la Guyane, qui prohibe la reconnaissance d'un enfant naturel né d'une femme de couleur et d'un Blanc, est contraire à l'ordre public international défini par le Code civil français, si cette prohibition entre en contradiction avec la reconnaissance, conforme au droit civil français, effectuée par son père en France métropolitaine, où celui-ci a son domicile :

Attendu que le statut colonial de la Guyane française, qui prohibe la reconnaissance d'un enfant naturel, né d'un Blanc et d'une femme de couleur, ne peut empêcher un Blanc de reconnaître en France, et sous l'empire du code civil, un enfant naturel, quelle que fût la couleur de sa mère et le lieu actuel de la résidence de cet enfant ; — Attendu que la validité de cette reconnaissance a pour effet de donner, à l'enfant naturel reconnu, sur le patrimoine de son père, les droits déterminés par le code civil au chapitre des successions irrégulières ; que, dans l'espèce, l'incapacité personnelle qui aurait empêché Flavin Leblond d'être reconnu à Cayenne, ne pouvait plus, après qu'il avait été valablement reconnu en France, lui être opposée, comme le privant à la Guyane de la qualité de successible de son père...²¹³⁴

Il n'est pas impossible de voir, dans cet exemple, une résurgence de l'ancienne dialectique,

²¹³³ Cour d'appel de Pau, chambres réunies, *Etchevest*, 17 janvier 1872 : *Recueil Sirey*, II, pp. 233-235.

²¹³⁴ Cour de cassation, chambre civile, *Verneau contre Flavin*, 15 mars 1831 : *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 30, « Lois », chapitre V, n°398, note 1, pp. 169-170.

pourtant expressément proscrite par le législateur de 1804²¹³⁵, entre les statuts odieux et le droit commun²¹³⁶, puisque c'est sur ce terrain que se place, incidemment, le procureur général Dupin aîné, qui parle d'une « odieuse exception », à « interpréter dans un sens étroit », pour conclure au rejet du pourvoi formé par les ayant-droits des héritiers du sieur Leblond, dont la succession est, en l'espèce, discutée. Il n'est pas, non plus, inconcevable d'y voir la volonté de placer la reconnaissance d'enfant naturel, telle qu'elle est encouragée par l'article 334 du Code civil, comme une « loi d'ordre public » dont il ne saurait être question de dénier les effets de droit qu'elle ouvre à ceux qui en ont bénéficié.

La légitimation de l'enfant naturel est également l'une de ces grandes questions de droit relatives à la filiation qui entrent de plain-pied dans la sphère de l'ordre public international. L'ordre juridique français n'accorde pas le même traitement selon qu'il s'agit de la légitimation par mariage subséquent, qui est une règle perçue par le droit civil français lui-même, comme favorable à l'institution du mariage et à l'intérêt de l'enfant – ou selon qu'il s'agit d'une légitimation par lettres d'un principe étranger, qui est un fait de souveraineté discrétionnaire qui n'engage absolument pas la France.

La légitimation par mariage subséquent, organisée aux articles 331 à 333 du Code civil, et érigée, de manière symbolique, en tête des articles portant sur la filiation naturelle, connaît une grande faveur de la part des juges français et ceux-ci n'hésitent pas, lorsqu'ils se retrouvent face à la situation d'un enfant étranger qui remplirait, selon la loi française, les conditions requises pour prétendre aux bienfaits de cette institution, à lui en accorder le bénéfice. La jurisprudence a pu varier, entre la déférence due à la loi nationale du père (étranger), que les juges du fond inclinent à désigner comme loi applicable aux effets du mariage, en vertu de la règle compétente, et un volontarisme bien plus marqué en faveur de la loi française.

Dans un sens plus respectueux de la règle de conflit, la Cour impériale de Caen, par un arrêt du 18 novembre 1852, a pu décider que la loi applicable à la légitimation serait la loi nationale du père, c'est-à-dire, en l'espèce, la loi anglaise, qui ne connaît pas ce mode de légitimation²¹³⁷. De même, la Cour impériale d'Orléans, par un arrêt *Skottowe* du 17 mai 1856, a décidé que, même à la suite d'un mariage en France entre leur père anglais et leur mère française (devenue anglaise du fait de cette union), des enfants anglais nés en France devaient être soumis à la loi nationale de leur père, c'est-à-dire la loi anglaise, comme loi applicable aux effets du mariage²¹³⁸. Pourtant, dans son arrêt *Skottowe* du 23 novembre 1857, la Cour de cassation, sous la présidence de Troplong, a cassé l'arrêt de la Cour d'Orléans, en ouvrant la voie à la légitimation de ces enfants anglais, au motif que la loi française, qui consacrait une institution bienfaisante, était, dans ce domaine, une loi d'ordre public :

Attendu que ces considérations de fait et de droit ont d'autant plus de force et de puissance que, d'après son objet et ses résultats, qui sont de réparer une faute commise contre l'ordre social, au profit de l'enfant naturel qui en était la victime innocente, de créer à cet enfant une famille qu'il

²¹³⁵ L'abandon des statuts odieux ou exorbitants du droit commun est consommé dès le projet de l'an VIII. Voir le projet an VIII, Titre préliminaire « Du droit et des lois », titre V « De l'application et de l'interprétation des lois », article 10 : « La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive ». Voir aussi l'article 11 sur le juge, devenu un « ministre d'équité ».

²¹³⁶ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, op. cit., pp. 161-162, qui cite cet arrêt dans la continuité de son étude de « lois d'ordre public » sans aller jusqu'à l'y inclure.

²¹³⁷ Cour impériale de Caen, *Manoury*, 18 novembre 1852 : *Recueil Sirey*, 1852, II, p. 432.

²¹³⁸ Cour impériale d'Orléans, *Skottowe*, 17 mai 1856 : *Recueil Sirey*, 1856, II, p. 625.

n'avait point auparavant, et de l'élever au rang et aux droits d'enfant légitime, la légitimation par le mariage subséquent des père et mère est, en France, comme le mariage lui-même, d'ordre public.²¹³⁹

Malgré les réserves d'une certaine doctrine à accepter le caractère d'ordre public de la légitimation, il faut néanmoins se rendre à l'évidence que telle a été, pour notre époque, la volonté de la juridiction suprême et qu'elle a exprimé cette volonté en termes très clairs. Non moins clairs sont les motifs retenus par la cour de renvoi, la Cour impériale de Bourges, qui, le 26 mai 1858, suit fidèlement les directives de la Cour de cassation et livre une interprétation parfaitement explicite des intentions profondes des magistrats, qui mérite une ample retranscription :

Considérant, en principe, que nulle part la loi n'a disposé en termes exprès quant au statut personnel de l'étranger dans ses rapports avec la loi française ou les intérêts de nos nationaux, et qu'il doit se régler par les principes généraux du droit et des considérations de juste réciprocité pour les relations internationales ; - Qu'il n'est pas méconnu, même dans le système le plus extensif de ses immunités, que le statut personnel de l'étranger ne peut rien autoriser contre les lois d'ordre public ou les bonnes mœurs ; - Qu'il faut tenir pour non moins certain que, dans les conventions et les contrats dont exécution est demandée aux tribunaux français, l'intérêt des nationaux qui ont stipulé de bonne foi sous les auspices de la loi de ce pays ne saurait être sacrifié au statut personnel de l'étranger, qu'il n'ont pas connu et ne sont pas censés connaître ; qu'en effet, la présomption de droit *nemo jus...* n'a jamais dû s'entendre que de la loi du pays ; - Considérant, dans l'espèce, que l'étranger qui a contracté sous l'empire de la loi française ne conteste pas son engagement et que c'est le Français qui, pour éluder l'atteinte de la loi, excipe du statut personnel de l'étranger... ; - Qu'en effet, quels qu'aient été ou puissent être les dissentiments individuels sur les avantages ou les inconvénients et le caractère plus ou moins moral des institutions tendantes (*vis*) à relever de l'état de bâtardise les enfants nés de relations illicites, encore est-il hors de doute que, selon l'esprit de la législation française, c'est dans des vues de bonne police et au profit des mœurs qu'a été admise la légitimation par mariage subséquent, de même que la reconnaissance des enfants naturels... - Que la légitimation par mariage subséquent est donc une institution d'ordre public ; - Qu'il n'est statut étranger qui puisse y préjudicier, et que cette doctrine, au cas donné, est la seule admissible en ce que, maintenant à la loi du pays sa juste suprématie, elle sauvegarde tout à la fois les intérêts de la femme française, qui, avant de se livrer à la condition de son mari, a expressément stipulé en vue de certains avantages que lui assurait son statut propre, et aussi partie du patrimoine des enfants nés de mère française, et qui pourront ultérieurement réclamer le bénéfice de la nationalité française...²¹⁴⁰

« Selon l'esprit de la législation française, c'est dans des vues de bonne police et au profit des mœurs qu'a été admise la légitimation par mariage subséquent » : la qualification de « loi de police », affleurant dans le choix des termes par la Cour, se mêle, en l'espèce, de considérations tenant à l'intérêt français, tendance jurisprudentielle très forte dans la pratique des tribunaux de l'époque. Inversant le raisonnement habituel, la Cour de Bourges estime que le statut personnel étranger, qui refuse, présentement, la légitimation par mariage subséquent, doit s'effacer, fût-il désigné par la règle de conflit ordinaire, au profit de la loi française, dont la primauté trouve sa

²¹³⁹ Cour de cassation, chambre civile, *Skottove*, 23 novembre 1857 : *Dalloz Périodique*, 1857, I, p. 423 et *Recueil Sirey*, 1858, I, pp. 293-295. L'avocat du demandeur au pourvoi déclare notamment que : « les dispositions de notre code relatives à la reconnaissance et à la légitimation des enfants naturels rentrent complètement dans la catégorie des lois de justice (*vis*) et de sûreté, qui, aux termes de l'article 3 du Code Napoléon, obligent tous ceux qui habitent le territoire ». L'arrêt semble avoir entendu cet argument.

²¹⁴⁰ Cour impériale de Bourges, audience solennelle, *Skottove*, 26 mai 1858 : *Dalloz Périodique*, 1858, II, pp. 178-179, et *Recueil Sirey*, 1858, II, pp. 532-533.

source dans « l'institution d'ordre public » qu'elle défend et qu'elle étend, dans leur intérêt, aux enfants étrangers présents en France.

Sans doute l'un des plus anciens statuts territoriaux qui soient, la légitimation par lettres du Prince est perçue, au contraire de la légitimation par mariage subséquent, avec une constante défaveur. Conformément à la règle énoncée par Boullenois dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, « il y a des légitimations qui sont vrais privilèges ; et, à cet égard ces légitimations étant fondées sur la seule volonté et la puissance extraordinaire du Prince, elles sont renfermées dans l'étendue de sa domination, et n'ont pas d'effet ailleurs »²¹⁴¹. C'est ainsi que les tribunaux français refusent de reconnaître la légitimation d'un enfant français si elle a été prononcée par un jugement étranger, depuis les arrêts *Champeaux*. En effet, la dame Champeaux-Grammont avait obtenu, en Russie, un jugement de dissolution de son premier mariage avec le sieur Milet, pour pouvoir convoler avec son amant, Cardon, et, à la suite de cette union, célébrée en Russie, faire légitimer par mariage subséquent sa deuxième fille, Jeanne-Sophie, née durant son premier mariage, mais que les nouveaux époux attribuaient à leur commerce adultérin. A la mort de Cardon, la dame Champeaux-Grammont prend la précaution d'obtenir un oukase de l'empereur des Russies en date du 19 juillet 1804 afin de légitimer sa fille. Les problèmes de succession, qui se sont élevés depuis, ont entraîné la Cour de Paris, à connaître de l'état de fille, adultérine et légitimée, de la jeune Jeanne-Sophie. Le 11 février 1808, elle se prononce sans ambiguïté sur la prétendue légitimation par mariage subséquent et sur l'efficacité de l'oukase impérial portant légitimation d'une Française issue d'une union adultérine :

... Il est de principe que la légitimation par mariage subséquent ne peut avoir lieu qu'au profit d'enfants nés de deux personnes qui étaient libres alors de tout engagement et qui auraient pu s'épouser, qu'on suppose même, par une couleur favorable, en avoir eu dès lors l'intention.

Et vainement invoque-t-on, à l'appui de cette légitimation, ... un oukase adressé, le 19 juillet 1804, par l'Empereur Alexandre [*1^{er} de Russie*], au sénat dirigeant de Saint-Petersbourg, et signé de sa propre main, par lequel, « n'ayant égard à la sollicitation de la veuve du professeur de musique marié Cardon, il permet très gracieusement à sa fille Jeanne-Sophie, reconnue lors de son mariage par son défunt mari, comme née d'elle avant cette époque, d'entrer dans la jouissance de tous les droits de naissance et de succession appartenant aux enfants légitimes... »

Un pareil acte, inouï dans nos mœurs, à toutes les époques de la législation, ne saurait être d'aucune influence dans la cause, non plus que les jugements des tribunaux russes précédemment allégués, par cela seule que c'est un acte émané d'une puissance étrangère ; cet acte même prouve l'impuissance du mariage subséquent pour assurer la légitimation, puisque, dans la vue d'y suppléer, on a eu recours à l'autorité souveraine.²¹⁴²

Après cassation de l'arrêt de la Cour de Paris le 15 juillet 1811²¹⁴³, les parties sont renvoyées devant la Cour impériale de Rouen, qui, le 25 mai 1813, donne néanmoins tort à la dame Champeaux et maintient la qualité de fille légitime du mariage Milet de Jeanne-Sophie, lui refusant tout lien de filiation à l'endroit de Cardon. Interprétant les traités internationaux entre la France et la Russie, les juges du fond estiment que :

Il est surtout difficile de se persuader qu'il ait été dans l'intention respective des souverains de

²¹⁴¹ Sur ce passage de Boullenois, voir, *supra*, pp. 536-537.

²¹⁴² Cour impériale de Paris, troisième section, *Champeaux*, 11 février 1808 : *Recueil Sirey*, 1808, p. 83-87.

²¹⁴³ Cour de cassation, section civile, *Champeaux*, 15 juillet 1811 : *Recueil Sirey*, 1811, I, p. 301.

soumettre incidemment à l'autorité étrangère ces hautes et importantes questions de droit national, dont l'objet frappe directement sur la constitution des familles, dont, par conséquent, l'influence est journalière, et dont le noble intérêt se rattache à la morale et à l'ordre public ;

... Sur la légitimité des enfants, [les jugements des tribunaux russes] n'ont eu, et ne peuvent avoir, sur ces grandes questions d'ordre public, force de chose jugée dans l'Empire français, que relativement à la répartition des biens de Cardon situés en Russie ;

... Que Jeanne-Sophie, née en 1795, a été baptisée à Pétersbourg comme enfant issu du légitime mariage contracté à Metz en 1789 entre Millet et la demoiselle Champeaux-Grammont... et qu'aucune volonté et considération humaine n'a pu lui enlever une qualité que son acte de naissance, sa possession d'état, l'ordre public et la loi lui assignent.²¹⁴⁴

La dame Champeaux forme alors un second pourvoi devant la Cour de cassation : celle-ci, le 13 août 1816, donne entièrement raison aux juges rouennais²¹⁴⁵. Par la suite, l'attitude des juridictions a pu évoluer avec le temps, notamment avec une plus grande prise en considération de la règle *Locus regit actum* pour décider de la loi applicable aux formes de la légitimation. Mais certains réflexes ne s'effacent pas du jour au lendemain et c'est ainsi qu'en 1876, deux arrêts d'appel contradictoires s'affrontent sur la question de la légitimation par mariage subséquent, opérée en France par des Français à l'égard de leurs enfants naturels. A un arrêt de la Cour de Besançon du 25 juillet 1876, qui admettait sans problème que les formes de la légitimation soient entièrement régies par la loi californienne, loi du lieu où les deux parents français s'étaient mariés, et qui n'exigeait pas de reconnaissance préalable ou concomitante au mariage, s'oppose un arrêt de la Cour de Paris du 2 août 1876. Celui-ci refuse de reconnaître l'état d'enfants légitimés à des enfants dont le père était français et la mère espagnole s'étaient mariés à Manille (Philippines) sans que leur père n'ait procédé à une reconnaissance en bonne et due forme telle qu'exigée par la loi française. La juridiction parisienne considère, en effet, que l'acte de légitimation peut être tout à fait valable selon la loi étrangère, mais qu'il n'appartient qu'à la loi française seule de décider quels effets elle entend attribuer à la reconnaissance, en vertu des articles 331 et 334 du Code civil :

Considérant que la régularité et la validité de ces actes faits suivant les usages du pays ne sont pas contestées ; qu'ils ont les mêmes force et valeur que s'ils avaient été passés en France, mais que leurs conséquences, en tant qu'elles s'appliquent aux questions de filiation d'état et de capacité, sont régies par la loi française...²¹⁴⁶

Si l'annotateur du *Clunet* s'indigne devant la décision parisienne et donne raison aux juges bisontins, en déplorant la méconnaissance de la première pour la règle *Locus regit actum*, il ne semble pas non plus avoir perçu la véritable intention des juges parisiens : le droit français n'admet de filiation naturelle qu'à travers une reconnaissance en bonne et due forme, peu important qu'elle soit effectuée pour elle seule ou qu'elle accompagne un mariage régularisant la situation des parents et des enfants. Les magistrats n'ont fait que réaffirmer leur attachement à la reconnaissance telle qu'elle est légalement déterminée par l'article 334 du Code civil.

²¹⁴⁴ Cour impériale de Rouen, chambres civiles réunies, *Champeaux*, 25 mai 1813 : *Recueil Sirey*, 1813, p. 233-238.

²¹⁴⁵ Cour de cassation, section civile, *Champeaux*, 13 août 1816 : *Recueil Sirey*, 1816, p. 343-356 (conclusions Mourre).

²¹⁴⁶ Cour de Besançon, première chambre, *Balmiger contre Dutailly*, 25 juillet 1876 et Cour de Paris, quatrième chambre, *Chevillon contre Héritiers Méchain*, 2 août 1876 : *Clunet*, t. 4, 1877, pp. 228-230 et 230-234.

§ 4. Les lois de police, l'obligation alimentaire et les mesures provisoires.

S'il est bien deux champs d'intervention voisins où les juridictions françaises n'ont guère hésité à faire une utilisation très large des lois de police, c'est bien ceux de l'obligation alimentaire et des mesures d'urgence et de conservation de l'intérêt d'un des membres de la famille en état de détresse. Dans les deux cas, les juges français se sont reconnus un droit de statuer discrétionnairement, soit sur une demande d'aliments formée par l'un des époux étrangers, soit, d'une manière générale, sur l'octroi d'une mesure d'urgence en faveur de l'un des époux ou en faveur des enfants, alors même que ces mêmes juges seraient incompétents pour trancher de la contestation sur le mariage ou sur la filiation qui unit entre les parties au litige²¹⁴⁷. Le sentiment qui les a conduits semble avoir été de ne pas laisser à la merci d'une loi nationale peu généreuse, voire imprévoyante une situation familiale qui pouvait présenter une connexité avec l'ordre juridique français, du fait de la présence des personnes concernées sur le territoire : la loi française revêt alors une compétence absolue et universelle qui l'investit d'une dimension interventionniste afin de préserver l'un des époux ou un enfant en détresse, en attendant que la juridiction compétente tranche le litige sur le fond. La loi de police intervient ici pour assurer la « sûreté » des personnes sur le territoire.

Les juges français ont donc étendu l'empire de la loi française, à titre de loi de police et de sûreté, aux obligations alimentaires entre parents (A.), aux mesures provisoires en cas de séparation de corps (B.) ou à l'organisation provisoire de la tutelle pour les mineurs (C.).

A. Lois de police et obligations alimentaires entre parents.

La jurisprudence met ses pas dans ceux de la Cour d'appel de Paris et de son célèbre arrêt précité, *Favre*, rendu le 19 décembre 1833²¹⁴⁸ et qui a tracé une voie jurisprudentielle dans laquelle ses pairs n'ont pas hésité à s'engouffrer, en usant également des lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er} pour justifier ce cas d'intervention exceptionnel par rapport aux règles ordinaires de compétences juridictionnelles. Le principe posé est ainsi confirmé par l'arrêt *Rachel* de la Cour impériale de Lyon, en date du 25 février 1857 et par l'arrêt *De Civry* de la Cour impériale de Paris, du 2 août 1866, précité²¹⁴⁹ :

[Lyon, 25 février 1857] Considérant que les tribunaux français ne doivent pas l'exercice de la juridiction aux résidents étrangers ; qu'ils peuvent se refuser à juger les contestations entre étrangers, lorsqu'ils auraient, hors les cas d'une nécessité précise, à faire application de la loi étrangère, qu'il suffit, en matière de séparation de corps, qu'il soit pourvu par la justice française à toutes les mesures provisoires qui se rapportent à la sûreté des personnes et à leurs intérêts

²¹⁴⁷ Pour un aperçu complet de la jurisprudence et de la doctrine françaises en matière d'aliments, et sur la qualification de loi de police, voir René VINCENT et Edouard PENAUD, *Dictionnaire de droit international privé. Législation, doctrine, jurisprudence françaises*, Paris, 1888, v^o « Aliments », pp. 97-101 et Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté, op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 159-189.

²¹⁴⁸ L'arrêt *Favre* du 19 décembre 1833 se prononce en ces termes : « La Cour ; — Considérant que l'obligation de la part du mari de fournir des aliments à sa femme est une obligation de droit naturel, dont l'exécution peut être réclamée devant le tribunal du domicile du défendeur ; — Considérant qu'il résulte des faits et circonstances de la cause et des pièces du procès, que Favre a son domicile à Paris... ». Voir, *supra*, sur cet arrêt, les opinions de Charles Demolombe, p. 757 (avec les références de l'arrêt), et de Louis Barde, pp. 789-790.

²¹⁴⁹ Voir, *supra*, p. 822.

urgents, ce qui entre toujours dans son domaine et ce qui a eu lieu dans l'espèce...²¹⁵⁰

Dans le même sens, s'inscrit un jugement du Tribunal civil de la Seine, rendu le 14 août 1869, confirmé par la suite par la Cour d'appel de Paris, et qui, après s'être reconnu compétent pour connaître de la question d'une obligation alimentaire réclamée par un gendre français auprès de son beau-père américain, après la disparition de son épouse, au bénéfice de son enfant et de lui-même, a jugé qu'il fallait satisfaire à cette obligation. Les condamnations prononcées en faveur du gendre français n'ont jamais pu être accueillies par le juge américain : la Cour of circuit of New York, le 24 février 1873, a estimé que l'obligation civile née sous l'empire de la loi française était contraire à l'équité et non reconnue par le Common Law. L'annotateur au *Clunet*, qui rapporte l'affaire, relève que la pratique judiciaire française est beaucoup plus encline à placer les obligations alimentaires sous l'empire des lois de police que sous celui de la loi personnelle du débiteur : « On décide que l'obligation alimentaire entre parents français et étrangers doit être réglée par la loi française... Les lois qui imposent à certaines personnes l'obligation de se fournir des aliments sont considérées comme des lois de police, intéressant l'ordre public, et à ce titre, obligatoires pour les étrangers qui habitent le territoire (article 3 du Code civil). L'étranger peut donc, en vertu de la loi française, être condamné en France à fournir des aliments à des parents ou alliés auxquels il n'en devait pas d'après sa loi personnelle »²¹⁵¹.

Deux jugements du Tribunal de la Seine peuvent encore être cités pour conforter cette tendance jurisprudentielle qui, si elle n'est pas encore consacrée par la Cour de cassation, va se renforcer après 1880 : un jugement en date du 10 mai 1876, qui affirme que : « l'obligation de se fournir des aliments est une loi de police qui oblige à la fois le Français et l'étranger »²¹⁵², que confirme un autre en date du 22 mai 1877²¹⁵³. Le débat entre l'application de la loi personnelle du débiteur de l'obligation et l'application de la loi française, au titre de l'article 3, alinéa 1^{er} n'est pas encore tranché, mais les vents dominants poussent très fortement en faveur de la seconde solution.

B. Les mesures provisoires en cas de séparation de corps.

Dès l'arrêt *Zaffiroff*, rendu le 28 novembre 1822, et, depuis lors, cité par tous les auteurs s'étant penchés sur l'article 3, alinéa 1^{er}, la Cour de cassation a très clairement laissé entendre que le juge français était, dans tous les cas, habilité à intervenir pour décider des mesures provisoires destinées à venir au secours d'un des conjoints pris dans un état de nécessité en cas de séparation de corps. Quel qu'ait été l'état du droit français à l'égard du relâchement ou de la dissolution du lien matrimonial (c'est-à-dire du divorce depuis 1792 jusqu'à la loi Bonald de 1816 et de la séparation de corps depuis 1804), les juridictions françaises, y compris dans les hypothèses où elles se refusent à connaître d'une séparation survenant entre deux époux étrangers, n'hésitent guère au moment d'appliquer la loi française lorsque l'urgence de la situation le requiert, soit au titre du droit naturel et de la mesure d'humanité, soit, pour les plus légalistes d'entre eux, au titre des lois de police et de sûreté. Les mesures en question peuvent consister en une obligation de résidence séparée entre le mari et la femme, pour protéger des éventuels sévices qu'elle aurait à craindre de la cohabitation forcée avec son époux, ou en une obligation alimentaire pour subvenir au besoin de

²¹⁵⁰ Cour d'appel de Lyon, *Rachel contre Dame Rachel*, sous Cour de cassation, chambre des requêtes, *Rachel contre Dame Rachel*, 10 mars 1858 : *Journal du Palais*, 1858, pp. 1145-1147.

²¹⁵¹ Tribunal civil de la Seine, *de B...*, 14 août 1869 : *Clunet*, t. 1, 1874, pp. 45-47.

²¹⁵² Tribunal civil de la Seine, sixième chambre, *Boucharde*, 10 mai 1876 : *Clunet*, t. 3, 1876, pp. 184-185.

²¹⁵³ Tribunal civil de la Seine, septième chambre, 22 mai 1877 : *Clunet*, t. 4, 1877, pp. 428-429.

l'un des époux.

C'est ainsi, de même que l'arrêt *Favre* précité du 19 décembre 1833, rendu par la Cour d'appel de Paris, étendait le bénéfice des lois de police et de sûreté à l'obligation alimentaire due – quelle que soit, par ailleurs, la loi régissant le mariage de ces étrangers – entre époux²¹⁵⁴, de même, la double compétence de la justice et de la loi françaises pour ordonner de telles mesures, proclamée à l'occasion de l'arrêt *Zaffiroff*, qui prononçait une mesure de résidence séparée entre époux, a été appliquée, immédiatement, par les juges du fond : ainsi des arrêts de la Cour d'appel de Paris *Ely* du 28 avril 1823²¹⁵⁵, *de Salisch* du 23 juin 1836²¹⁵⁶, et *Mathieu* du 23 novembre 1839²¹⁵⁷ :

[*Zaffiroff*] ... Il ne s'agit que d'une mesure préliminaire à la contestation sur la séparation, et que la demeure indiquée à la femme n'est qu'un lieu de retraite autorisé à l'égard de toutes les femmes qui se trouvent dans la même situation, pour les mettre à même de poursuivre leur action en séparation avec sûreté et sans aucun trouble de la part du mari...²¹⁵⁸

Le recours au mécanisme des lois de police et de sûreté ne se limite pas aux juridictions parisiennes et se prolonge tout au long du XIX^e siècle : de fait, les Cours d'appel de Poitiers, le 15 juin 1847, dans un arrêt *Epoux C.*, et de Metz, le 26 juillet 1865, dans un arrêt *Raucq*, démontrent la permanence du raisonnement donnant la double compétence, juridictionnelle et législative, à l'ordre juridique français. Dans l'arrêt *Epoux C.*, il s'agit également d'une demande de résidence séparée présentée par l'épouse, Française devenue Polonaise par mariage et domiciliée jusqu'alors en France avec son mari. Après avoir reconnu que l'incompétence des tribunaux français pour connaître de la demande de séparation de corps était « absolue et d'ordre public », les juges du fond rappellent, néanmoins que :

Attendu que, d'après les dispositions de l'article 3 du Code civil, les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire français, les étrangers aussi bien que les régnicoles ; - Qu'ainsi, les tribunaux français doivent une protection spéciale à la femme, qui, pendant son

²¹⁵⁴ Sur cet arrêt *Favre*, voir, *supra*, pp. 757 et 789-790 et les références.

²¹⁵⁵ Cour d'appel de Paris, *Ely*, 28 avril 1823 : *Répertoire Dalloz*, t. 18, Paris, 1850, v^o « Droit civil », titre II, chapitre II, section 1, article 4, § 1, n^o318, note 1, p. 113 : « Considérant que les deux époux sont étrangers, et que le mariage a été contracté dans la maison de l'ambassadeur anglais, équivalent au territoire étranger ; qu'ainsi, les tribunaux ne sont pas compétents sur la question d'état des époux ; — Mais considérant qu'en les délaissant à se pourvoir devant les juges de leur pays, les tribunaux français doivent pourvoir à la sûreté personnelle de l'époux le plus faible, et qu'il résulte dès à présent des enquêtes et contre-enquêtes qu'il n'y a pas sûreté actuelle pour la femme d'habiter avec son mari, a mis et met l'appellation et ce dont est appel au néant, en ce qu'il a été statué définitivement sur la demande en séparation de corps ; — Entendant et faisant droit au principal, délaissent les parties à se pourvoir devant leurs juges, et néanmoins ordonne que la sentence du tribunal civil de Paris, du 18 juillet dernier, sera exécutée provisoirement, quant aux dispositions qui défendent au mari de hanter et fréquenter sa femme et quant à la garde des enfants, etc. »

²¹⁵⁶ Cour d'appel de Paris, deuxième chambre, *De Salisch*, 23 juin 1835 (ou 1836) : *Répertoire Dalloz*, t. 18, *loc. cit.*, note 2, p. 113 : « Attendu, néanmoins, que l'article 3 du Code civil autorise les tribunaux français à adopter des mesures provisoires pour ce qui intéresse la sûreté et ses droits naturels appartenant à tout individu habitant le territoire français ; — Que le tribunal a déjà suffisamment pourvu à ces mesures provisoires ; — Que les tribunaux français ne peuvent autoriser en France une séparation de fait sans limites entre deux époux même étrangers ; qu'il importe de fixer un délai après lequel la dame de Salisch sera obligée de faire juger son action par les juges de la nation de son mari ; — Se déclare incompétent sur la demande en séparation de corps ; maintient néanmoins les mesures provisoires ordonnées par son précédent jugement... »

²¹⁵⁷ Cour d'appel de Paris, deuxième chambre, *Mathieu*, 23 novembre 1839 : *Répertoire Dalloz* t. 18, *loc. cit.*, note 3, p. 113 : « les inconvénients disparaissent devant l'obligation qui incombe aux tribunaux français de prendre les mesures et précautions qui intéressent la personne et les biens des étrangers, et qui motivent le droit qui appartient aux tribunaux de statuer sur les mesures provisoires réclamées par la demanderesse ».

²¹⁵⁸ Cour de cassation, chambre des requêtes, *Zaffiroff*, 27 novembre 1822 : *Répertoire Dalloz*, t. 18, *loc. cit.*, n^o320, note 1, p. 114.

instance de séparation de corps, pourrait être exposée à de nouveaux outrages, et peut-être à des voies de fait qu'il est de l'intérêt public d'éviter, et que la société aurait le droit et le devoir de poursuivre s'ils se réalisaient...²¹⁵⁹

Dans l'arrêt *Raucq*, les juges du fond, malgré leur incompétence pour juger de la séparation de corps entre un mari belge et son épouse française devenue belge par mariage, décident néanmoins d'octroyer la résidence distincte à celle-ci sur le fondement de l'article 3, alinéa 1^{er} :

Attendu, néanmoins, qu'aux termes de l'article 3 du Code Napoléon, les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire et qu'en renvoyant la femme demanderesse en séparation de corps et de biens à se pourvoir devant les juges compétents, il appartient aux tribunaux d'ordonner et de prescrire provisoirement toute mesure nécessaire à la sûreté de la femme et de ses enfants et à la conservation de ses biens...²¹⁶⁰

Le lien entre l'impossibilité de la justice française à connaître du sort du lien matrimonial et l'obligation qui lui est faite d'intervenir pour prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la sauvegarde de la famille en détresse qui serait en proie au comportement menaçant d'un mari ou d'un père, est trop fort pour demeurer fondé sur un hypothétique droit naturel. L'article 3, alinéa 1^{er}, donnant compétence à la loi française à assurer le bon ordre et la sûreté au sein de l'Etat, justifie, de manière bien plus solide encore, l'intervention de la justice française pour faire cesser une situation scandaleuse. Les souverainetés respectives sont bien gardées, puisqu'il ne s'agit que d'une intervention de nature exceptionnelle, motivée par l'urgence, qui ne préjuge en rien de la demande principale en séparation de corps qui pourrait être accueillie favorablement ou non par les juridictions étrangères compétentes. Il faut relever que les juges français sont d'autant plus enclins à agir que, dans la grande majorité des cas, il s'agit de couples comprenant une Française devenue étrangère par mariage et, plus encore, de familles qui ont leur domicile en France. Ces considérations tenant à la proximité qu'entretient la situation de fait avec l'ordre juridique français n'ont-elles pas joué pour faire glisser ces questions d'obligation alimentaire ou de mesures provisoires sur le terrain de l'ordre public ?

C. La tutelle provisoire en faveur des mineurs étrangers.

Dernière déclinaison des mesures exceptionnelles que la justice française se sent en droit de prendre pour venir au secours d'une famille en détresse, la tutelle accordée à titre provisoire pour protéger les enfants des dangers que peut faire craindre pour eux une situation familiale se trouve rapidement enrôlée sous la bannière des lois de police et de sûreté. Dans les conclusions qu'il a rendues à propos de l'affaire *Salis-Haldenstein*, tranchée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 septembre 1811, et soulevée par l'action en désaveu de paternité intentée par le baron de Salis-Haldenstein, originaire du canton des Grisons, à l'encontre de l'enfant né en France des œuvres adultérines de sa femme avec un officier français, désigné à titre de tuteur, Merlin aborde l'hypothèse, non invoquée au pourvoi, de l'illégalité éventuelle de cette dernière désignation au regard de la loi applicable. Après avoir rappelé que la règle de conflit est de nommer le tuteur de l'enfant selon la loi du domicile de l'enfant à sa naissance, c'est-à-dire de celui de sa mère, et que, par conséquent, il faudrait, en l'espèce, s'en remettre à la loi applicable dans le canton des Grisons,

²¹⁵⁹ Cour d'appel de Poitiers, chambre civile, *Eponx C.*, 15 juin 1847 : *Recueil Sirey*, 1848, II, pp. 438-439.

²¹⁶⁰ Cour d'appel de Metz, chambre civile, *Raucq*, 26 juillet 1865 : *Recueil Sirey*, 1866, II, pp. 237-238.

le célèbre procureur général entreprend de discuter cette règle, qui lui semble défectueuse lorsque l'enfant se trouve dans une autre souveraineté que celle où se situe le domicile de sa mère. En dépit de l'arrêt *du Pont* du Parlement de Paris du 17 juin 1761, Merlin justifie, en faveur de l'enfant né en France, d'un « droit tout particulier à la protection des juges nationaux » :

...il peut se présenter des circonstances où l'humanité et le droit des gens imposent au juge du lieu où se trouve l'enfant, le devoir de le protéger, et par conséquent de lui donner un défenseur légal. Qu'arrivera-t-il, par exemple, si l'enfant étranger qui se trouve accidentellement sous sa juridiction, manque d'aliments, et que tous ceux qui soient tenus de lui en fournir aient des biens en France ? Qu'arrivera-t-il si, comme dans notre espèce, cet enfant est attaqué, en France même, dans ce qu'il a de plus précieux, dans son état, par celui que le mariage à l'ombre duquel il est né lui désigne pour père, et que l'agresseur de son état ne fasse pas paraître, pour le défendre, un tuteur nommé par le juge de son domicile ? Alors, sans doute, il faut que le juge du lieu où se trouve le jeune étranger pourvoie à sa conservation, à sa défense : il faut bien, par conséquent, qu'il lui nomme un tuteur. Si cet enfant n'avait pas rencontré, dans le lieu où sa mère l'a laissé, des personnes qui se fussent bénévolement chargées de lui, quel eût été son sort ? La loi du 15 pluviôse au 13 va nous le dire : admis dans l'hospice de ce lieu, il aurait été *sous la tutelle de la commission administratrice de l'hospice* même. Il aurait donc eu, dans cette hypothèse, des tuteurs français ; et sa qualité d'étranger ne l'aurait, ni affranchi de leur autorité, ni privé de leurs secours. Mais, assurément, il ne peut pas être de pire condition, pour être resté à la charge de personnes bienveillantes. Il ne peut pas, dans cette position, être privé en France des ressources d'une tutelle qu'il trouverait dans l'asile des indigents. Il est donc bien naturel que, dans cette position, il puisse recevoir un tuteur de la main du juge du lieu où il se trouve.²¹⁶¹

Merlin s'est exprimé sur la règle, mais il n'en a donné pour fondement que « l'humanité et le droit des gens ». Au cours du siècle qui a suivi, la Cour de cassation s'est prononcée sur l'obligation faite au juge français de pourvoir à la sûreté des enfants étrangers présents sur le territoire. Ainsi, l'arrêt *Quartin*, en date du 25 août 1847, approuve les juges du fond d'avoir ordonné la remise des valeurs mobilières léguées à un mineur anglais dans les mains d'un tiers (notaire) pour qu'il les emploie à l'entretien et les affecte aux besoins du mineur en question, malgré les prétentions de son père, lui-même anglais, en sa qualité de tuteur et administrateur des biens de ses enfants :

... La Cour n'a fait qu'user envers un enfant mineur étranger d'un droit de protection, de conservation, quant à ses biens et... l'usage qu'un tribunal français peut faire de ce droit, quant aux biens d'un mineur étranger qui se trouvent en France, ne viole aucune disposition de loi²¹⁶²

L'arrêt *Epoux X* de la Cour d'appel de Paris, rendu le 10 juillet 1855, confirmatif du jugement du tribunal de la Seine du 12 août 1854, démontre à suffisance que la préoccupation des tribunaux français doit être, en priorité, les bons soins prodigués à l'enfant étranger lorsque sa garde est l'objet d'un conflit entre ses deux parents. Or, comme le dit le substitut du procureur

²¹⁶¹ Philippe-Antoine MERLIN (DE DOUAI), *Recueil universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, t. 9 (Juifs à Let.), Paris, 1827, v^o « Légitimité », section IV, § III, pp. 660-671, spéc. p. 670.

²¹⁶² Cour de cassation, chambre civile, *Quartin*, 25 août 1847 : *Recueil Sirey*, 1847, II, pp. 713-717. Voir, sept jours plus tôt, une décision dans le même sens de la Cour de cassation, mais à propos des mesures conservatoires destinées à protéger un legs de valeurs mobilières fait par un médecin écossais décédé en France en faveur d'une société savante écossaise : arrêt *Vérité* du 18 août 1847 : *Recueil Sirey*, 1847, II, pp. 645-649.

général, « il y a un point qui est, avant tout, l'objet de nos préoccupations : c'est le sort et l'intérêt de l'enfant » : par ses propos, il vient au renfort du jugement qui avait posé en principe que :

... Attendu que, jusqu'à ce que la juridiction compétente ait prononcé définitivement entre les époux le sort de l'enfant, objet du débat, il appartient aux tribunaux de statuer sur la mesure provisoire en ce qui le concerne ; - Attendu qu'en pareille matière, c'est l'intérêt de l'enfant qu'il faut, avant tout, considérer...²¹⁶³

Les juges français ont donc pris tellement à cœur la situation de détresse dans laquelle peut se trouver un des membres d'une famille étrangère – épouse ou enfant – qu'ils se sont reconnus d'office, avec la bénédiction de la haute juridiction, le droit de prendre des mesures provisoires qui soient dans l'intérêt de la personne concernée.

§ 5. Les lois de police en matière de capacité : la jurisprudence de l'intérêt français et les incapacités de nature politique.

Les questions de capacité ou d'incapacité générale rentrent, d'ordinaire, dans le domaine réservé du statut personnel et les facteurs d'intervention de l'ordre public international semblent, en théorie, très éloignées de ces préoccupations. Mais il arrive qu'elles mettent en porte-à-faux l'ordre juridique français, soit parce qu'il appartient à ce dernier de défendre un « intérêt français » menacé par l'apparente capacité d'une personne qui s'avère, en réalité, incapable de participer à l'acte par lequel elle s'est engagée à l'égard de son cocontractant français (A.), soit, dans un registre d'idée différent, parce qu'il s'agit d'une incapacité prononcée par voie d'autorité politique (B.), soit, enfin, lorsque l'étranger doit être frappé d'interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire par la loi française (C.).

A. La jurisprudence de l'intérêt français : la limite imposée au statut personnel.

La jurisprudence relative à l'intérêt français mérite sans doute une place particulière dans l'analyse des lois de police et de sûreté, car, si cette jurisprudence ne semble pas rentrer dans le cadre rigoureux d'une définition contemporaine de ces lois, elle entretient, néanmoins, des liens de connexité, voire de proximité, très forts avec la raison d'être de ces lois de police. Il ne fait nul doute que, dans l'esprit des juges français du XIX^e siècle, la même logique qui préside à l'intervention des lois de police au sens propre et à la primauté de la loi française qu'il impose à la capacité d'un étranger qui serait susceptible de mettre en péril un « intérêt français », pour reprendre une expression qu'ont puissamment contribué à répandre Charles Demolombe²¹⁶⁴ et une partie non négligeable de la doctrine internationaliste de l'époque, mais qui a pu, par la suite, susciter des critiques par l'accent exagérément nationaliste qu'elle laisse transparaître. Henri Batiffol, qui en livre, dans sa thèse sur *l'Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, soutenue en 1929, une interprétation qui a fait, depuis, autorité en la matière, préfère parler de « jurisprudence de l'intérêt national », tout comme il préfère ranger celle-ci parmi les procédés spéciaux destinés à limiter l'application (de principe) de la loi nationale aux incapacités générales

²¹⁶³ Cour impériale de Paris, première chambre, *Epoux X.*, 10 juillet 1855 : *Recueil Sirey*, 1855, II, p. 677.

²¹⁶⁴ Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, Paris, 1869, titre préliminaire, chapitre III, n°102, p. 115.

frappant les étrangers, par distinction avec un procédé général comme l'ordre public²¹⁶⁵. La difficulté que soulève l'ordre public est de perturber et de paralyser le fonctionnement normal et neutre de la règle de conflit relative à la capacité des personnes. Mais l'idée de « l'intérêt français » est, à bien des égards, tout aussi extraordinaire et absolue. Dans l'esprit des juges français, qui ne raisonnaient pas en termes de procédés généraux et de procédés spéciaux, le résultat est le même : substituer la loi française à la loi nationale étrangère, normalement compétente pour une raison d'intérêt général, qui n'est pas exclusive de la prise en considération des intérêts privés.

Sous-jacente derrière l'arrêt *Bonar contre d'Hervas*, dans lequel la Cour de cassation, le 17 juillet 1833, décidait de ne pas faire application de la loi nationale espagnole pour apprécier l'acte d'intercession *pro marito* d'une Espagnole relativement aux immeubles qu'elle possédait en France, mais dans un cas de figure qui ne mettait en cause qu'une capacité spéciale, l'idée d'intérêt français émerge de manière beaucoup plus ouverte dans l'arrêt *Fontellas* déjà cité, rendu par la Cour d'appel de Paris le 17 juin 1834, qui applique la loi française à la demande en nullité d'une lettre de change au paiement de laquelle le marquis de Fontellas s'était engagé, alors qu'il était mineur selon la loi de son pays, l'Espagne, mais majeur au regard de la loi française et de son cocontractant français. Abondamment critiqué par la doctrine civiliste et internationaliste, non pas tant sur son principe ou sur l'intérêt qui est défendu, mais pour son excessive rigueur envers l'étranger, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ne méconnaît, pourtant, pas la règle de conflit donnant compétence à la loi nationale de l'étranger pour juger de sa capacité ou de son incapacité à s'engager :

Attendu que l'étranger qui contracte en France avec un Français peut, comme le Français qui contracte en pays étranger avec un étranger, invoquer à son retour en son pays les lois qui le régissent ; mais qu'il ne peut, en France, réclamer en France contre le Français, pour obligations souscrites en France, l'application des dispositions que son contractant n'a pas connues, ni dû connaître, et qui, conséquemment, ne peuvent être obligatoires pour lui ; qu'ainsi, le défendeur régi par la loi française pour le fait dont s'agit et ayant atteint, en 1829, sa vingt-et-unième année, doit être considéré comme majeur devant les tribunaux français, lorsqu'il s'agit d'acte passé en France avec des Français...²¹⁶⁶

L'arrêt de la Cour de cassation doit se lire en conjonction avec celui rendu par la Cour d'appel de Paris, quelques mois plus tard, le 15 octobre 1834, l'arrêt *Knapp*, dans lequel un Wurtembergeois, domicilié à Paris, arguait de l'état de minorité dans lequel il demeurerait au regard de sa loi nationale, puisqu'il avait moins de vingt-cinq ans, pour faire annuler un billet à ordre souscrit en France en faveur d'un Anglais, sans rencontrer plus de succès auprès des juges du fond :

Considérant que Knapp, ayant indiqué son domicile à Paris dans le billet à ordre dont il s'agit, ceux qui en sont devenus successivement porteurs ont été autorisés à le considérer comme Français et soumis à la loi française ; d'où il suit qu'il est non recevable à exciper contre eux de sa qualité d'étranger pour faire annuler son obligation pour cause de minorité...²¹⁶⁷

La Cour d'appel de Paris ne met nullement en cause le rattachement de la capacité générale d'une personne à sa loi nationale, puisque cette règle est expressément rappelée dans l'arrêt

²¹⁶⁵ Henri BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Paris, 1929, pp. 233-250.

²¹⁶⁶ Cour royale de Paris, première chambre, *Fontellas contre Lemounier et Desbarres*, 17 juin 1834 : *Dalloz Périodique*, 1834, II, p. 215 et *Recueil Sirey*, 1834, II, p. 371.

²¹⁶⁷ Cour royale de Paris, chambre des vacations, *Seller contre Knapp*, 15 octobre 1834 : *Recueil Sirey*, 1834, II, pp. 657-658.

Fontellas, mais elle s'est efforcée d'y apporter une exception, protectrice d'un « intérêt français ». La formulation même des arrêts met en avant tous les éléments qui concourent à rapprocher la situation de faite d'une situation purement interne : obligation souscrite en France, envers un Français ; saisine d'un tribunal français pour la demande d'annulation ; domiciliation de l'étranger en France (dans l'arrêt *Knapp*). La situation est entièrement localisée en France, sauf la nationalité de celui qui s'oblige.

C'est dans ce contexte que s'inscrit le fameux arrêt *Lizardi*, prononcé par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation le 16 janvier 1861, et qui consacre une règle destinée, depuis, à faire autorité²¹⁶⁸. Le sieur Lizardi, ressortissant mexicain âgé de plus de vingt-un ans, mais mineur selon sa loi nationale, qui fixe la majorité à l'âge de vingt-cinq ans, avait fait d'importants achats en bijoux, pour lesquels il avait souscrit des billets et des lettres de change. Une fois devenu majeur, il assigne devant le Tribunal de la Seine ses cocontractants français afin d'obtenir l'annulation des obligations qu'il a contractées auprès d'eux, en raison de son état de minorité. Les défendeurs lui répondent qu'il avait contracté en étant majeur selon la loi française, qu'il n'avait jamais été porté à leur connaissance qu'il fût ressortissant étranger et qu'ils avaient eux-mêmes contracté de bonne foi et dans l'ignorance de son état de minorité. Après que sa demande a été déclarée nulle par le Tribunal dans un jugement du 14 mars 1858, puis par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 18 juillet 1859, Lizardi forme un pourvoi auprès de la Cour de cassation. Celle-ci saisit l'occasion pour prendre un arrêt de principe :

Attendu que, si le statut personnel dont la loi civile française assure les effets aux Français résidant en pays étranger peut, par réciprocité, être invoqué par les étrangers résidant en France, il convient d'apporter à l'application du statut étranger des restrictions et des tempéraments sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur ou de surprise au préjudice des Français ; - Que, si, en principe, on doit connaître la capacité de celui avec qui l'on contracte, cette règle ne peut être aussi strictement et aussi rigoureusement appliquée à l'égard des étrangers contractant en France ; - Qu'en effet, la capacité civile peut être facilement vérifiée quand il s'agit de transactions entre Français, mais qu'il en est autrement quand elles ont lieu en France entre Français et étrangers ; - Que, dans ce cas, le Français ne peut être tenu de connaître les lois des divers nations et leurs dispositions concernant, notamment, la minorité, la majorité et l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité civile ; qu'il suffit, alors, pour la validité du contrat, que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi.²¹⁶⁹

La règle *Lizardi* a fait l'objet d'interprétations très diverses et d'appréciations parfois fort différentes, auxquelles l'arrêt semble, sans cesse, résister sans livrer les intentions qui ont présidé à la solution prise par les juges de cassation. Le problème n'est, pourtant, pas nouveau. L'Ancien droit s'était déjà évertué à trouver des remèdes à une application trop rigoureuse de la règle qu'Ulpien avait forgée et que le Digeste avait reprise : *Qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus condicionis ejus* (« celui qui contracte avec autrui connaît, ou doit connaître, la condition de son cocontractant »). Ainsi, l'arrêt *Joleau*, rendu par le Parlement de Bourgogne le 20 juillet 1648 et rapporté par le président Bouhier, avait déjà protégé le créancier de bonne foi face à une disposition exorbitante extraite de la coutume de Nivernais, alléguée par la débitrice : pour parer les éventuelles situations de fraude que ces dispositions extraordinaires, imprévisibles pour un

²¹⁶⁸ *Grands Arrêts*, n°5, pp. 39-46.

²¹⁶⁹ Cour de cassation, chambre des requêtes, *Lizardi contre Chaizé et autres*, 16 janvier 1861 : *Dalloz Périodique*, 1861, I, pp. 193-195 et *Recueil Sirey*, 1861, I, pp. 305-311 (note Gabriel Massé).

créancier de bonne foi, risqueraient d'entretenir, les juges dijonnais ont donc placé, d'autorité, la dette sous l'empire de la coutume de Bourgogne, lieu où était né l'engagement en cause²¹⁷⁰. La jurisprudence de l'intérêt français ne procède pas autrement. Elle a pourtant été diversement comprise. En réponse aux auteurs qui, comme Duranton, ne trouvent aucune excuse au cocontractant français, ou à ceux qui, comme Foelix ou encore Demangeat, veulent le maintien de la règle de conflit de principe en admettant pour seule dérogation les manœuvres dolosives ou frauduleuses de l'étranger²¹⁷¹, d'autres juristes ont cherché à justifier la solution retenue par la Cour. N'hésitant pas à écarter la compétence du statut personnel étranger en pareil cas, Auguste Valette plaide pour que la loi locale devienne de rigueur afin de protéger l'intérêt du Français de bonne foi, prenant ainsi position en faveur de l'application de la loi française en tant que loi de police²¹⁷². Charles Demolombe propose, pour sa part, une théorie qui s'évertue, dit-il, à concilier « les principes avec tous les intérêts que, dans ces sortes de questions, il est nécessaire de protéger » et c'est cette théorie qui semble avoir emporté la conviction des hauts magistrats :

En ce qui me concerne, je maintiendrais, même dans les rapports privés des Français avec les étrangers en France, je maintiendrais, dis-je, la règle que les lois personnelles suivent les étrangers dans notre pays. Je dirais donc que si, d'après sa loi personnelle, l'étranger était incapable de s'obliger, de consentir hypothèque, etc., l'obligation, l'hypothèque par lui consenties *pourront* être annulées.

Mais, en même temps, j'ajoute que le Français sera admis à prouver que sa bonne foi a été trompée, et qu'il ne serait pas, dans ce cas, nécessaire, comme paraît l'exiger Foelix²¹⁷³, que la conduite de l'étranger constituât un délit d'escroquerie ou d'abus de confiance, ni même un dol essentiellement caractérisé. Il suffirait, suivant moi, que des circonstances du fait il résultât, pour les magistrats, la preuve que le Français n'a pas agi avec légèreté, avec imprudence, et qu'au contraire, l'étranger a cherché à l'induire en erreur.

Ainsi, lorsqu'à la demande en nullité formée par l'étranger, le Français créancier répondra qu'il s'agit d'obligations contractées pour fourniture d'aliments, de marchandises à l'usage de la personne, ou même pour loyers de maisons, etc., je validerais l'obligation, parce qu'il n'y a là ni imprudence ni légèreté de la part du Français ; parce que, loin d'être nuisible à l'étranger, cette solution lui est favorable et lui donne du crédit pour toutes les choses nécessaires à son existence en France...

Mais, s'il s'agit de contrats plus importants, de vente d'immeubles, d'emprunts d'argent, consentis par l'étranger, je serais plus difficile envers le Français, acheteur ou prêteur ; je rechercherais si l'étranger était depuis longtemps ou récemment arrivé en France ; s'il y avait ou non sa résidence habituelle, si les conditions de la vente, de l'emprunt, ne sont pas telles qu'elles accusent la bonne foi du Français ; si, enfin, il résulte des faits qu'il s'est informé, comme il le devait, beaucoup plus sérieusement pour des actes de cette importance, de l'état et de la capacité de l'étranger, et que celui-ci lui a fourni des renseignements trompeurs. Eh bien, suivant tous ces éléments de la cause, je maintiendrais ou j'annulerais l'obligation.²¹⁷⁴

L'interprétation de Demolombe fournit tous les éléments d'explication nécessaires pour la

²¹⁷⁰ Sur l'arrêt *Joleau*, voir, *supra*, pp. 515-518.

²¹⁷¹ Ce point de vue a été largement partagé par une partie non négligeable des civilistes et internationalistes : Henri BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Paris, 1929, pp. 241-242, fait ainsi référence au consensus que suscite, sur ce point, la question de l'intérêt français chez François Laurent, Louis Renault, Frantz Despagnet, Théophile Huc, Gabriel Baudry-Lacantinerie et Maurice Houques-Fourcarde, Charles Beudant, Etienne Martin, Fernand Surville et Francis Arthuys, Eugène Audinet, André Weiss, Antoine Pillet et Jean-Paulin Niboyet.

²¹⁷² Sur l'opinion de Valette, voir, *supra*, pp. 740-741 et 756.

²¹⁷³ Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, *Traité du droit international privé*, t. 1, Paris, 1843, n°64, spéc. pp. 114-117.

²¹⁷⁴ Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, Paris, 1869, titre préliminaire, chapitre III, n°102, pp. 115-117.

bonne compréhension de l'arrêt. L'idée principale qui innerve cette jurisprudence consiste à protéger la bonne foi et la confiance que se doivent les cocontractants et éviter que l'un d'entre eux ne soit piégé par fraude. Il serait injuste qu'une partie, *a fortiori* si elle est française, ne soit lésée par une demande d'annulation du contrat, surgie *a posteriori* et de la manière la plus imprévisible qui soit, de la part de son cocontractant. Il ne s'agit pas de substituer, en matière de capacité, la compétence de la loi française à celle de la loi étrangère : l'arrêt lui-même parle de la nécessité d'établir des « restrictions » et de « tempéraments » afin d'éviter tout « danger d'erreurs ou injustice ». L'application de la loi française, qui est laissée à la souveraine appréciation des juges du fond au regard des éléments de fait et des circonstances entourant la conclusion du contrat, qui, seuls, permettent d'apprécier la bonne foi de la partie étrangère ou le degré de prudence dont a fait preuve la partie française, devient d'application immédiate dès lors que ses critères d'intervention se trouvent remplis. La loi française agit comme un correctif destiné à empêcher que des effets indésirables ne viennent perturber le commerce. Les parties ont tout à gagner à agir en confiance et le crédit des parties ne peut en ressortir que renforcé. L'étranger n'en paraîtra que plus digne de confiance aux yeux de son cocontractant et il est ainsi, d'avance, exonéré de toute suspicion de fraude. A l'inverse, il faut relever, comme le fait Demolombe, que l'arrêt *Lizardi* n'exempte pas, pour autant, le Français de tout devoir d'information : il ne reconnaît, en faveur du Français, le droit d'alléguer son ignorance de la loi étrangère en matière de capacité contractuelle que si celle-ci est excusable. La Cour est sensible aux difficultés qu'il y a s'informer de cette capacité, mais elle n'entend pas absoudre systématiquement le Français des précautions les plus élémentaires, puisque celui-ci doit s'être comporté « sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ».

L'arrêt *Lizardi* peut-il se voir reprocher un caractère exagérément nationaliste ? Le fait est que les juges de cassation ont formulé la règle de manière unilatérale, en se plaçant du point de vue de l'intérêt du seul Français, et qu'ils l'ont fait parce qu'ils ont été influencés par la proximité des faits avec une situation de pur droit interne. Mais ils n'ont pas fermé aux étrangers victimes des mêmes erreurs la faculté d'invoquer leur ignorance légitime de la loi personnelle de leur cocontractant étranger, car il importe à la protection du commerce et du crédit que les Français et les étrangers ne soient pas discriminés de la sorte. De fait, dans l'arrêt *Knapp*, les juges du fond ont donné raison au défendeur anglais de l'action en justice introduite par le jeune Wurtembergeois.

Si les juges de cassation ont formulé leur règle par seule considération pour le cocontractant française, c'est sans doute parce qu'ils ont été sensibles à l'affirmation, déjà présente dans l'arrêt de renvoi *Skottowe* de la Cour d'appel de Bourges de 1858²¹⁷⁵ selon laquelle la présomption *nemo censetur ignorare jus* ne vaudrait que pour le droit français. Le seul *jus* que prend en compte la jurisprudence française, au XIX^e siècle et même durant une bonne partie du XX^e siècle, est le droit français. C'est pourquoi la solution de l'arrêt *Lizardi* s'érige à l'encontre de la loi personnelle étrangère et non, au cas où l'incapacité d'un mineur français serait opposée à un cocontractant étranger, à l'encontre de sa loi personnelle française. Les juges de cassation ont entendu imposer la loi française en sa qualité de loi de police²¹⁷⁶, parce qu'ils ont ressenti la nécessité de redresser les effets pervers d'un principe sain en lui-même, et désormais accepté dans la jurisprudence française depuis l'arrêt *Bulkeley* de 1860²¹⁷⁷, et parce que la loi française est celle qui, en pareille situation, offre le règlement le plus

²¹⁷⁵ Sur l'arrêt de renvoi *Skottowe*, voir, *supra*, pp. 824-826.

²¹⁷⁶ Pour la qualification « loi de police » au sujet de la règle *Lizardi*, voir Phocion FRANCESKAKIS, v^o « Capacité », in Phocion FRANCESKAKIS (dir.), *Répertoire Dalloz de droit international privé*, 1^{ère} édition, 1968, n^o17.

²¹⁷⁷ Cour de cassation, chambre civile, *Bulkeley*, 28 février 1860 : Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *Grands Arrêts*, n^o4, pp. 29-38.

juste et le plus équitable au regard de tous les intérêts privés et même publics en cause²¹⁷⁸.

B. Les incapacités de nature politique.

La jurisprudence française ne s'est pas contentée d'ériger la notion d'intérêt français en principe : elle est même allée encore plus loin dans la réaffirmation de la pleine souveraineté de la loi française en matière d'incapacité, en déniant purement et simplement tout titre au statut personnel étranger à s'appliquer à l'intérieur du territoire. Renouant subrepticement avec la logique inhérente au statut odieux, les tribunaux français n'hésitent pas à réputer certaines incapacités décrétées par voie d'autorité étrangère – décision politique ou sentence judiciaire – purement propres à l'ordre juridique étranger. Pour cette raison, elles ferment l'accès au territoire français à un type d'acte que sa raison d'être et son utilité vouent, aux yeux de l'ordre juridique français, à rester enfermé dans le territoire de l'autorité qui l'a édicté.

Ainsi, un jugement du Tribunal de la Seine, statuant sur la condition civile de l'infortuné duc Charles II de Brunswick²¹⁷⁹, en date du 23 janvier 1835, confirmé en appel par la Cour de Paris le 16 janvier 1836, traduit bien cet état d'esprit hostile à des incapacités jugées exorbitantes²¹⁸⁰. Les juges parisiens ont à se prononcer sur le jugement d'interdiction pour prodigalité dont a été frappé le duc déchu dans son pays et sur les éventuelles conséquences que ce jugement pourrait produire sur les biens qu'il possède en France. En effet, le duc de Cambridge, tuteur désigné par son frère et successeur Guillaume et par son oncle, le roi d'Angleterre, George IV, a introduit une action en justice en France pour faire appliquer le jugement d'interdiction. Le Recueil Sirey rapporte l'ensemble de la procédure jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation, ainsi que les plaidoiries de Maîtres Duvergier, agissant pour le duc de Cambridge et soutenu par un mémoire rédigé par Foelix, et Comte, défenseur du duc Charles II de Brunswick. Le Tribunal de la Seine rend alors sa décision :

Attendu qu'à considérer l'acte des 6 février et 14 mars 1833 comme une loi, cette loi, même comme statut personnel, ne pourrait pas être appliquée par un tribunal français ; qu'en effet, la loi française n'autorise nulle part les tribunaux à obéir à une loi étrangère ; que, si l'article 3 du Code civil déclare que la loi qui règle l'état et la capacité des personnes régit les Français, même en pays étranger, la législation française n'a pas même eu l'intention d'enlever aux Français en pays étranger le bénéfice des lois étrangères ; qu'à plus forte raison, on ne peut, par un argument de réciprocité, soutenir que le statut personnel étranger est une loi pour les tribunaux français ; que, sans doute, dans plusieurs circonstances, le droit des gens a dû faire préférer aux tribunaux français l'application des statuts personnels aux étrangers, à celle de la loi française ; mais que cette condescendance ne permet pas de méconnaître que les principes de la souveraineté française repoussent, à cet égard, l'existence d'une règle absolue ; que l'application de cette règle ne peut plus avoir lieu lorsque les principes fondamentaux de notre législation devraient en souffrir : qu'ainsi, dans l'espèce, ce serait violer ces principes que d'admettre une interdiction provoquée sans que le

²¹⁷⁸ La règle posée par l'arrêt *Lizardi* n'a jamais été démentie par la suite. Elle trouve une confirmation dans l'application qu'en fait la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Hartog* le 8 février 1883 : *Dalloz Périodique*, 1884, II, p. 25 ; *Recueil Sirey*, 1883, II, 169 ; *Clunet*, t. 10, 1883, p. 290.

²¹⁷⁹ Le duc Charles II de Brunswick a alimenté, bien malgré lui, la chronique judiciaire française du XIX^e siècle, puisque, trente ans plus tard, il est encore partie au litige qui l'oppose à la demoiselle de Civry, sa fille naturelle : voir, *supra*, p. 822.

²¹⁸⁰ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, p. 117-118 (avec quelques erreurs sur les faits – le duc exilé est bien Charles et non son frère Guillaume – et sur la procédure – l'affaire n'est pas allée en cassation), pp. 163-164 et p. 231.

prétendu incapable ait été mis à même de se défendre...²¹⁸¹

« Cette condescendance ne permet pas de méconnaître que les principes de la souveraineté française repoussent, à cet égard, l'existence d'une règle absolue » : formulée par les juges du fond comme une véritable exception d'ordre public avant la lettre, la solution se place nettement dans le sillage des thèses de l'École Hollandaise. Mais, dans la mesure où ils vont jusqu'à estimer que la loi étrangère n'a aucun titre à s'appliquer en France *de jure* en matière personnelle, l'exception d'ordre public glisse insensiblement vers la loi de police, ce que confirme incidemment la Cour d'appel de Paris, en reprenant à son compte l'idée que l'interdiction prononcée à l'encontre du duc est « un acte essentiellement politique, dont les effets ne peuvent se régler par le droit civil ». La souveraineté française peut-elle souffrir de faire produire effet à un acte politique émanant d'une souveraineté étrangère ?

La dimension de police s'accroît par une politique jurisprudentielle qui, sans impliquer la Cour de cassation, semble confirmer la tendance dessinée par l'arrêt *de Brunswick* de la Cour d'appel de Paris. Cette même cour, dans un arrêt *Jeannisset* du 26 novembre 1850, décide qu'un statut personnel faisant interdiction à un membre de la famille royale de Naples de souscrire des lettres de change sans le consentement du roi ne produit pas d'effets en dehors du pays où l'interdiction a été prononcée :

Considérant... que cette prohibition n'a pas pour cause un fait général et universellement reconnu, mais a été déterminée par des considérations d'utilité toute locale, dont l'effet doit être restreint entre sujets d'un même Etat...²¹⁸²

Le Tribunal de la Seine a été guidé par les mêmes sentiments dans un jugement en date du 7 mai 1873, qui refuse de donner suite en France à un oukase du Tsar qui avait frappé un ressortissant polonais, le comte Mieczyslaw Potocki, d'une incapacité d'aliéner, au motif que :

Un décret émanant d'un souverain étranger qui établit, pour un individu nommé désigné, une incapacité spéciale relative à la disposition de ses biens ne peut avoir d'effet que dans les limites de l'Etat où il est édicté ; il est sans influence sur les contrats passés en dehors du territoire de cet Etat, notamment au sujet de propriétés immobilières situées en France.²¹⁸³

D'avantage encore, l'oukase en question constitue une restriction apportée à une capacité générale d'aliéner, qui s'apparente à un statut personnel prohibitif. Les juges parisiens ont donc eu recours à la loi de police, là où ils auraient pu soulever d'office une exception d'ordre public, sans doute pour dénoncer la nature éminemment politique d'une incapacité créée de manière aussi artificielle.

²¹⁸¹ Tribunal civil de la Seine, *Duc de Cambridge contre Duc de Brunswick*, 23 janvier 1835, et Cour royale de Paris, première et deuxième chambres réunies, *Duc de Cambridge contre Duc de Brunswick*, 16 janvier 1836 : *Recueil Sirey*, 1836, II, pp. 70-78, avec une note de Devilleneuve qui souligne la valeur exceptionnelle de l'arrêt en raison de la dimension politique du litige et les extraits du *Mémoire relatif aux débats élevés devant les tribunaux, au sujet de l'interdiction de S.A. le duc Charles de Brunswick*, paru à Paris en 1833, de Jean-Jacques-Gaspard FOELIX (*eod. loc.*, spéc. pp. 73-76).

²¹⁸² Cour d'appel de Paris, première chambre, *Jeannisset*, 26 novembre 1850 : *Recueil Sirey*, 1850, II, pp. 666-673.

²¹⁸³ Tribunal de la Seine, première chambre, *Rosa Catana contre Potocki*, 7 mai 1873 : *Clunet*, n°2, 1875, p. 20.

C. L'interdiction et la dation judiciaire.

Les tribunaux français n'ont pas hésité à se déclarer compétents pour prononcer l'interdiction ou pour ordonner la dation d'un conseil judiciaire à l'égard d'un étranger domicilié ou simplement résidant en France s'ils étaient sollicités, pour ce faire, par un parent français. En principe incompétents pour le faire, puisque cette décision doit normalement être prise par les juridictions nationales de l'étranger, ils se sont fondés sur des considérations d'ordre public, voire, plus ouvertement encore, sur les lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er}. La parole doit être laissée, sur ce point, aux juges de la Cour d'appel de Rouen, qui, dans l'arrêt *Ocelli* qu'il rendent le 25 juillet 1861, décrètent que le Piémontais domicilié en France et frappé par un jugement de première instance lui attribuant un conseil judiciaire à la demande de ses parents français ne peut décliner la compétence des juridictions françaises lorsqu'il s'agit pour elles d'appliquer une loi de police. Les magistrats rouennais motivent leur décision par les intérêts supérieurs que prend à sa charge la loi française de police sur l'exception d'extranéité, « quoique légitime et recevable en principe » qui lui est opposée par l'étranger et donnent une définition ambitieuse des lois de police :

Considérant que les étrangers sont à la fois obligés et protégés en France par les lois de police et de sûreté ; que ces mots « sûreté et police » ne sauraient, dans l'application de l'article 3 du Code Napoléon, être restreints à leur sens étroit, et qu'il faut, au contraire, les étendre à tout ce qui, dans le domaine des droits privés, intéresse virtuellement les mœurs publiques, l'ordre général et la conservation sociale...²¹⁸⁴

Cette décision, loin d'être isolée, s'inscrit dans un courant jurisprudentiel qui tend à considérer qu'il est du devoir des tribunaux français de venir au secours de parents français aux prises avec un incapable qui, du fait de sa nationalité étrangère, est susceptible d'échapper aux demandes d'interdiction ou de dation judiciaire. Les articles 490 et 491 du Code civil traduisent la volonté du législateur français à pourvoir à « l'intérêt public », selon les propres termes des juges rouennais. Au-delà de l'intérêt des parents français, c'est tout l'intérêt social qui exige, en la matière, de traiter sur un pied d'égalité les étrangers et les Français.

Section 4^{ème}. Les lois de police et les obligations.

Les lois de police interviennent de manière très exceptionnelle et très résiduelle dans le domaine du droit des obligations. Mais il convient de faire un sort à la situation du créancier juif étranger qui est soumis aux dispositions du décret du 17 mars 1808, alors même que cette situation est en lien direct avec son statut personnel et avec le régime particulier dans lequel ce dernier le place.

En effet, la Cour de cassation a eu, rapidement, à se prononcer sur la portée du décret du 17 mars 1808 relatif aux Juifs, institué pour une période de dix ans et connu également sous le nom

²¹⁸⁴ Cour d'appel de Rouen, *Ocelli contre époux Vaussard*, 25 juillet 1861 : Eugène DELASALLE, Robert TOUTAIN et Paul LEMARCIS, *Jurisprudence des cours impériales de Caen et de Rouen*, tome n°25, 1861, deuxième partie, pp. 275-280, spéc. p. 278. Sur la jurisprudence du XIX^e siècle en matière d'interdiction et de dation judiciaire, voir Edouard FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 24 (Identité-Ivresse), Paris, 1896, v° « Interdiction, chapitre IX, section II, § 999-1031, pp. 592-592, spéc. § 1007-1012. L'arrêt est l'un des rares à figurer sous l'entrée « Loi de police » du *Dictionnaire de droit international privé* de René VINCENT et Edouard PENAUD, Paris, 1888, p. 507.

de « décret infâme » pour avoir renoué avec certaines des mesures discriminatoires qui avaient pu avoir cours sous l'Ancien Régime. Ce décret vise notamment à réduire, voire, dans certains cas, à annuler les dettes contractées par des non-Juifs à l'égard des Juifs. Or, le décret vise, essentiellement, les dettes issues de l'usure et s'attaque donc au crédit que les commerçants israélites peuvent pratiquer à l'encontre de leurs clients. L'article 4 dispose, en ce sens, que : « aucune lettre de change, aucun billet à ordre, aucune obligation ou promesse, souscrite par l'un de nos sujets non commerçants au profit d'un juif, ne pourra être exigé sans que le porteur prouve que la valeur en a été fournie entière et sans fraude »²¹⁸⁵. Le 10 août 1813, la Cour de cassation rend un arrêt *Schwendt* qui statue sur cet article 4 et qui le range parmi les lois de police et de sûreté. Dans cette affaire, les sieurs Schwendt, ressortissants français non commerçants, qui avaient tiré une lettre de change de Baden-Baden sur Strasbourg au profit d'un commerçant juif étranger, M. Bodenheimer, et qui n'avaient pu en acquitter le montant, avaient été condamnés, en 1806, à le rembourser. Mais, en 1810, ils avaient opposé à ce jugement l'article 4 du décret du 17 mars 1808, ce à quoi Bodenheimer avait répondu que ce décret était inapplicable aux étrangers. Condamné par les juges du fond à fournir la preuve de sa créance, Bodenheimer se pourvoit en cassation. La Cour lui répond :

LA COUR – Considérant, sur le premier moyen, que l'article 4 du décret impérial du 17 mars 1808 comprend toutes lettres de change, tous billets à ordre, toutes obligations ou promesses souscrites par un Français non commerçant au profit d'un juif ; que cette dernière dénomination est générale et comprend nécessairement les juifs étrangers ; que le but du législateur a été de garantir ses sujets de la fraude usuraire exercée par les juifs, et que ce but n'aurait été atteint qu'imparfaitement si les dispositions dudit décret ne pouvaient être appliquées aux juifs étrangers.²¹⁸⁶

La recherche de l'intention du législateur montre bien qu'il n'était pas possible d'en exonérer les Juifs étrangers, dans la mesure où il aurait été trop simple, pour des Français non-juifs, de contourner les dispositions de l'article 4 du décret en se rendant dans une région étrangère située à la frontière de l'Empire pour y contracter un prêt usuraire. Si la législation contre l'usure doit s'abattre sur ceux qui la pratiquent, alors, il semble être cohérent d'en étendre la répression sur les commerçants étrangers qui la pratiquent au même titre que les commerçants français.

Section 5^{ème}. Les lois de police et le droit commercial : les faillites.

Ainsi que l'ont remarqué plusieurs des auteurs de l'époque, la législation française sur les faillites²¹⁸⁷ est rangée par la jurisprudence parmi celle qui revêt un caractère de loi de police qui étend ses dispositions aux étrangers pratiquant le commerce en France, ce que confirment de nombreux arrêts rendus à ce sujet. Une telle prise de position indique suffisamment que les juges français n'hésitent pas à faire usage des lois de police de l'article 3, alinéa 1^{er}, dans les litiges ayant trait au droit commercial et à étendre, d'autorité, le champ d'application matériel des lois de police.

Le principe semble avoir été posé dans un arrêt *Gandell* de la Cour de cassation, en date du 24 novembre 1857, qui avait eu à statuer sur le pourvoi formé par un créancier français qui se

²¹⁸⁵ Cour de cassation, chambre criminelle, *Schwendt contre Meyer-Bodenheimer*, 10 août 1813 : *Répertoire Dalloz*, Paris, 1853, t. 30, v^o « Lois », chapitre V, article 5, n^o453, p. 188.

²¹⁸⁶ Achille-Edmond HALPHEN, *Recueil des lois, décrets, ordonnances concernant les Israélites*, Paris, 1851, pp. 44-45.

²¹⁸⁷ Sur la législation française sur les faillites, depuis la loi de 1838 jusqu'à la réforme de 1889, voir Romuald SZRAMKIEWICZ et Olivier DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., Paris, 2013, n^o794-799, pp. 390-393.

plaignait que ses débiteurs anglais, les sieurs Gandell, aient été déclarés en état de faillite, en dépit de son opposition, et déniait que la faillite, création de pur droit civil, propre aux Français et inapplicable aux étrangers, soit étendue à ceux-ci. La Cour lui répond :

Attendu que l'état de faillite, loin d'être le résultat de l'exercice d'un droit civil soumis à la réciprocité exigée par l'article 11 du Code Napoléon, n'est que la conséquence du fait de cessation de paiements, fait dont la constatation judiciaire est ordonnée dans un intérêt d'ordre public ; - Attendu que la loi qui impose principalement au commerçant failli l'obligation d'assurer cette constatation par sa déclaration personnelle de la cessation de ses paiements lui inflige des peines, soit à raison de l'inobservation de ce devoir, soit à raison de certains faits consommés pendant sa gestion commerciale ; qu'elle a ainsi les caractères d'une loi de police obligeant tous ceux qui habitent le territoire français ; - Que, dès lors, la déclaration de faillite des frères Gandell était non seulement autorisée, mais encore impérieusement prescrite...²¹⁸⁸

Gabriel Massé, dans sa note au Recueil Sirey, mais aussi dans la deuxième édition de son ouvrage, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, approuve la décision des juges de cassation et les juges du fond d'avoir souligné que la législation française sur la faillite est « une loi d'ordre public et de police du commerce » qui doit atteindre tous ceux qui se trouvent sur le territoire et que cette législation impérative a vocation à s'appliquer, si on lit les termes de l'arrêt, dès lors que le fait générateur de cessation des paiements et sa déclaration auprès du tribunal se produisent sur le territoire français, indépendamment de la nationalité du failli. Le raisonnement des magistrats se calque ainsi sur celui qui aboutit à la *lex loci delicti*, qu'ils transposent à la faillite. Le Tribunal de la Seine déclare, notamment, que « on ne comprendrait pas, d'ailleurs, pourquoi l'étranger failli, qui, par cela même, offre moins de garanties, se trouverait dans une position plus favorable après qu'avant la faillite » s'il devait échapper à la loi française. Les justifications mises en avant pour soutenir la qualification de la législation sur les faillites en loi de police servent à fonder sur des bases plus solides la compétence de la *lex fori*²¹⁸⁹.

L'arrêt *Gandell* a donc forgé un principe destiné à innover la jurisprudence ultérieure, puisque les juges du fond comme les juges de cassation vont, constamment et inlassablement, réaffirmer la dimension de police qui s'attache aux faillites survenues en France et les critères de rattachement avec le territoire français qui autorisent à poursuivre un commerçant étranger devant les tribunaux français. Une première confirmation s'en trouve dans l'un des motifs de l'arrêt *Craven* de la Cour d'appel de Caen, du 12 juillet 1870, où celle-ci déclare que : « les faillites déclarées en France sont soumises, d'une manière générale, à la loi française »²¹⁹⁰. Mais, de manière révélatrice, les arrêts qui portent sur la question partent, le plus souvent, des articles 11 ou 14 du Code civil, c'est-à-dire de la condition civile de l'étranger ou du privilège de juridiction reconnu aux Français, pour aboutir, *in fine*, à la reconnaissance de la compétence législative de la loi sur les faillites sur le fondement de l'article 3, alinéa 1^{er}. La Cour d'appel de Paris se fait l'agent zélé de cette manière de voir, par deux décisions aux motivations particulièrement explicites. Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer du Nord-Ouest de l'Espagne*, en date du 17 juillet 1877, la Cour relève que ladite société

²¹⁸⁸ Cour de cassation, chambre des requêtes, *Castrique contre Gandell*, 24 novembre 1857 : *Recueil Sirey*, 1858, I, pp. 65-70 (note Gabriel Massé)

²¹⁸⁹ Sur cet arrêt, voir, *supra*, les avis de Bonfils et de Trochon, à la p. 777. Voir aussi, *supra*, pp. 779-780 (Massé).

²¹⁹⁰ Cour d'appel de Caen, quatrième chambre, *Craven*, 12 juillet 1870 : *Recueil Sirey*, 1871, II, pp. 57-61. La note de Joseph-Emile Labbé précise, en s'appuyant sur la doctrine commercialiste et l'arrêt du 24 novembre 1857, que : « il est admis en jurisprudence et en doctrine qu'un étranger qui a fait le commerce en France et qui a en France son principal établissement, quoiqu'il n'ait pas été autorisé à y établir son domicile, peut être déclaré en faillite par un tribunal français ».

espagnole, dont le siège social se situe à Madrid, possède bien une succursale à Paris et qu'elle a, de ce fait, passé des engagements sur le territoire français. A raison de ces engagements, elle tombe sous l'application des dispositions relatives aux personnes juridiques étrangères visées par l'article 14, justifiant les poursuites par ses créanciers français :

Considérant que les expressions dont se sert l'article 14 du Code civil, pour définir le droit d'action qui compète au Français contre son débiteur étranger, même non résidant en France, ont le sens le plus général et le plus étendu ; qu'elles comprennent dans leur généralité le droit de citer et de traduire l'étranger devant les tribunaux français, non seulement aux fins d'obtenir reconnaissance de la dette et condamnation, mais encore aux fins d'assurer l'exécution de l'obligation par toutes les mesures qu'il appartient à la justice d'ordonner, notamment par une déclaration de faillite, si l'étranger est commerçant ; qu'en disposant que « tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite », l'article 437 du Code de commerce pose un principe d'ordre public et de police applicable indistinctement à tout commerçant français ou étranger, qui est soumis à la juridiction française pour l'exécution de ses engagements... - Que le jugement par lequel les tribunaux français déclarent la faillite d'un commerçant étranger, bien qu'il n'ait force exécutoire qu'en France, comme celui, d'ailleurs, qui déclare la faillite d'un commerçant français, ne laisse pas que de produire dans ces limites territoriales tous les effets utiles qui y sont attachés, en ce qui concerne le dessaisissement du failli, la conservation et la réalisation du gage commun, la distribution de l'actif entre les créanciers, suivant leurs droits, et, enfin, la protection de la masse contre tous actes que la loi répute frauduleux...²¹⁹¹

Les juges parisiens détaillent, dans cet arrêt, les raisons qui les ont conduits à voir dans l'article 457 du Code de commerce un « principe d'ordre public et de police », pour reprendre l'expression même de Gabriel Massé, en insistant, en particulier, sur la nécessité d'assurer une bonne exécution des décisions de justice, idée récurrente de la motivation qui rappelle, logiquement, qu'il s'agit là d'une prérogative qui revient aux autorités du for. Les magistrats reprennent cette idée de manière encore plus explicite dans l'affaire *Sammann*, sur laquelle ils sont amenés à se prononcer le 20 mai 1878, qui porte sur l'action en déclaration de faillite intentée par des créanciers anglais à l'encontre d'un commerçant hanovrien, Sammann, demeurant à Paris. Faisant appel de sa condamnation en première instance, celui-ci soulève l'exception d'extranéité, à laquelle la Cour répond ainsi :

Considérant que, s'il est admis en jurisprudence que les tribunaux ne peuvent connaître des contestations entre étrangers quand le défendeur dénie la compétence, ce principe, limité dans son application aux litiges ordinaires, laisse subsister le droit des tribunaux français de connaître de la demande en déclaration de faillite formée par un étranger contre un étranger commerçant en France ; qu'en effet, la loi qui régit les faillites est une loi d'ordre public et de police du commerce, qui doit atteindre tous ceux qui habitent le territoire français ; que c'est dans un intérêt d'ordre public qu'est ordonnée la constatation judiciaire du fait de la cessation des paiements, et non en vertu d'un droit civil soumis à la réciprocité par l'article 11 du Code civil ; — Considérant que l'article 437, du Code de commerce, déclarant en état de faillite tout commerçant qui cesse ses paiements, ne comporte, à raison de la généralité de ses termes, aucune distinction entre les Français et les étrangers ; qu'il suit de là que, même en l'absence des créanciers français et à la demande d'un seul ou de plusieurs créanciers étrangers, la cessation de paiements d'un étranger doit avoir pour conséquence la déclaration de faillite...²¹⁹²

²¹⁹¹ Cour d'appel de Paris, première chambre, *Compagnie des chemins de fer du Nord-Ouest de l'Espagne*, 17 juillet 1877, *Recueil Sirey*, 1880, II, p. 195 et les arrêts et autorités cités en note.

²¹⁹² Cour d'appel de Paris, deuxième chambre, *Sammann*, 20 mai 1878 : *Recueil Sirey*, 1880, II, pp. 193-195 et note, renvois et autorités cités.

L'état du droit sur la question des faillites internationales est résumé par l'annotateur de l'arrêt *Sammann*, qui rappelle que la jurisprudence et la doctrine dominantes considèrent que la législation française sur les faillites fait bien partie des lois de police visées par l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil et qu'elle oblige tous les commerçants qui se trouvent sur le territoire. Le lien avec le territoire est, d'après les arrêts recensés, conçue de la manière la plus extensive qui soit. L'étranger « obligé » par la loi de la faillite ne s'entend pas uniquement de l'étranger domicilié ou admis à résidence, mais également celui qui n'a, en France, qu'une simple résidence ou y a installé, pour les besoins de son commerce, un établissement secondaire. De même, du fait de son caractère impérieux, l'article 14 autorise même le Français à attirer devant les tribunaux de son pays l'étranger qui fait faillite, à raison des obligations que celui-ci a contractées en France. En allant plus loin encore, il serait possible d'envisager de le soumettre à la loi française pour les actes de commerce qu'il a pu accomplir, y compris depuis l'étranger, à destination de la France²¹⁹³. La jurisprudence, dépassant l'opinion de certains juristes, étend volontiers les titres à intervenir de la loi française afin de protéger au mieux les intérêts des créanciers, français et étrangers. Cette tendance, manifeste chez les juges du fond, notamment parisiens, semble encouragée par la Cour de cassation, qui, implicitement, dans l'arrêt *Spick* du 4 février 1885, confirme cette position en rendant une décision qui assimile l'établissement commercial d'un étranger en France avec une véritable domiciliation²¹⁹⁴. La jurisprudence relative aux faillites internationales confirme la plasticité inhérente à une notion qui est conçue comme instrumentale et qui est mise au service d'intérêts privés, qui ne sont pas indissociables du rôle que l'Etat entend jouer dans l'exercice de sa justice.

CONCLUSION DU CHAPITRE III :

Alors qu'elles éprouvent quelques difficultés à se départir pour leur méfiance naturelle pour la loi étrangère et à apprivoiser les mécanismes fondamentaux du droit international privé, les juridictions françaises, durant une grande partie du XIX^e siècle, témoignent d'une maîtrise très assurée – et très inventive – d'un article 3, alinéa 1^{er} qu'elles n'hésitent pas à appliquer de manière très généreuse. En effet, en s'appuyant sur le précédent créé par l'arrêt *Mac Mahon* de 1806, elles font de cette disposition une lecture très libérale qui les autorise à l'investir d'un caractère d'ordre public susceptible de faire barrage aux lois étrangères ou de dénier leurs droits aux ressortissants étrangers qui s'adressent à elles. Le champ d'intervention privilégié des lois de police demeure, sans

²¹⁹³ *Eod. loc.* : « Il en résulte, ce semble, que l'étranger, pour pouvoir être déclaré en faillite en France, doit y avoir, sinon un domicile ou un établissement commercial principal, du moins, une résidence ou un établissement secondaire, une succursale, une maison de commerce en un mot ; alors il est censé habiter le territoire dans les termes de l'article 3 du Code civil. Mais voici un étranger qui n'a en France ni domicile, ni résidence, ni aucun établissement commercial quelconque. Cependant, il fait en France des actes de commerce. Il a son domicile, sa résidence, son établissement de commerce à l'étranger ; mais il vient fréquemment en France pour acheter, pour vendre, pour faire des opérations commerciales ; ou bien il traite les affaires par correspondances. Ne pourrait-il pas, à raison des actes de commerce ainsi faits par lui en France, y être déclaré en faillite ? Nous ne tirons pas argument de l'art. 14 du Code civil, qui ne pourrait du reste être invoqué que par les Français ; nous nous plaçons au seul point de vue de l'article 3. La loi de police, dit cet article, oblige tous ceux qui habitent le territoire, ce qui s'entend même de ceux qui n'y sont qu'accidentellement, qui ne font que le traverser. Un étranger qui traverse notre territoire commet une infraction ; il est justiciable de la loi pénale à raison de cette infraction. De même, ne pourrait-on pas dire : L'étranger qui fait des actes de commerce en France, est justiciable de notre loi des faillites à raison de ces actes ? Nous nous bornons à poser la question ».

²¹⁹⁴ Cour de cassation, chambre civile, *Spick contre Lumsden*, 4 février 1885 : *Recueil Sirey*, 1886, I, p. 200.

conteste, celui des lois pénales et de la responsabilité délictuelle. Certains domaines ne tardent pas à les rejoindre : ainsi, les obligations alimentaires ou encore la faillite sont des terrains qui sont rapidement conquis par l'article 3, alinéa 1^{er}. Mais les juges utilisent également celui-ci comme exception d'ordre public pour limiter au maximum les effets de la loi personnelle des étrangers et encadrer strictement les possibilités offertes par la bilatéralisation de l'alinéa 3.

Si cette attitude restrictive des juges est loin d'être une généralité et si elle laisse progressivement place à une posture plus compréhensive et moins défiante, il apparaît, à la lecture des arrêts, que les juges n'hésitent pas à recourir aux lois de police, en tant que lois d'ordre public, lorsque l'application d'une loi étrangère les entraînerait sur un terrain trop incertain. La conscience de la supériorité du Code civil par rapport aux autres législations explique, sans doute, que certaines situations internationales soient réduites à des cas de pur droit interne qui légitime l'intervention de la loi française. C'est ainsi que la figure traditionnelle des statuts réels prohibitifs et le système de l'intérêt français, à travers la règle jurisprudentielle posée par l'arrêt *Lizardi* de 1861, témoignent, à leur manière, d'une conception très hollandaise de la loi française et renforcent le champ d'application déjà très extensif de l'alinéa 1^{er}.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER :

L'article 3 du Code civil, unique disposition générale relative aux conflits de lois, est devenu, parmi l'ensemble des dispositions touchant au droit international privé, l'emblème de la discipline et le point d'ancrage des développements, jurisprudentiels et doctrinaux, qui allaient surgir tout au long du XIX^e siècle et encore au début du XX^e siècle. La lecture attentive des travaux préparatoires enseigne que les Rédacteurs s'en sont tenus à une prudente réserve sur le conflit de lois et que, refusant de souscrire à un quelconque parti-pris doctrinal, ils ont choisi de s'appuyer sur l'héritage de la théorie des statuts sans prétendre, pour autant, consacrer cette dernière. Ils se sont contentés de reconduire quelques règles générales communément reçues et qui convenaient à leur intention première : établir le champ d'application incontesté de la loi française – dans sa forme civile, mais aussi administrative et pénale – à l'égard du territoire et des personnes qui se trouvent sous sa domination. Il y a, dans cet article 3, une véritable déclaration de souveraineté, qui revêt incontestablement pour ce qui est de son alinéa 1^{er}, des accents hollandais : si la part d'influence directe reste difficile à apprécier de manière exacte, la communauté d'idées est néanmoins certaine.

Dès lors que la notion de « loi de police et de sûreté » est formellement consacrée par l'article 3, et dans la mesure où les Rédacteurs n'ont pas été très disert sur la nature même de ces lois, seul un travail conjoint de la doctrine et de la jurisprudence, dans ce premier XIX^e siècle, jusqu'en 1880, lorsque le droit international prend véritablement son essor, peut aider à déterminer le type de lois qu'il convenait de ranger sous la bannière de « lois de police et de sûreté ». C'est alors que commence l'œuvre de définition conceptuelle de la doctrine afin de cerner les arêtes d'une notion qui était aussi commode qu'imprécise. Commode, en ce qu'elle seule suffit à écarter la loi étrangère dès que les circonstances de la cause semblent l'imposer au juge ou à l'interprète. Imprécise, parce qu'elle se situe à la lisière entre les grandes branches du droit, faisant hésiter les commentateurs, mais, aussi, d'un autre point de vue, qu'elle seule suffit à remplir tous les rôles procéduraux que l'on veut bien lui faire jouer : exception d'ordre public ou loi d'application immédiate. Cette œuvre d'approfondissement et d'enrichissement de la notion, pour éviter qu'elle ne demeure une coquille vide aux yeux des civilistes, s'effectue sur deux plans, qui s'inscrivent dans la même séquence temporelle. D'abord, durant la majeure partie du XIX^e siècle, les Exégètes

s'efforcent, avec plus ou moins d'aisance, d'interpréter l'alinéa 1^{er} en conformité avec les intentions supposées des Rédacteurs et en tâchant de livrer des définitions qui leur semblent coïncider avec l'ordre public sur le plan international. Malgré la tâche ingrate à laquelle ils s'astreignent, ils participent à l'éclosion de la catégorie dite des « lois d'ordre public », catégorie qui a le mérite, à leurs yeux, de préserver la plasticité de la notion, sans rentrer dans le détail d'une matière qu'ils voient, longtemps encore, ressortissant à la théorie des statuts. Ensuite, et à la même époque, la science internationaliste, qui effectue ses premiers pas, demeure fidèle à l'héritage de la tradition statutiste, tâchant de modeler les nouveaux cadres définis par l'article 3, c'est-à-dire les conflits entre les diverses lois nationales à l'ère des Etats-Nations, sur les vieux patrons que leur fournissent les enseignements des doctrines des siècles précédents, française et hollandaise.

Appelée à se confronter à cet article 3, qui devait désormais lui servir de visa pour les questions relatives aux conflits de loi, la jurisprudence a été amenée à trouver une utilité à l'alinéa 1^{er}. Les modes de raisonnement qu'elle a mis en œuvre ne sont pas guère différents de ceux qu'elle avait pu tenir sous l'Ancien Droit : selon les besoins de la cause, la démarche statutiste le dispute à l'approche conflictualiste, sans qu'il faille chercher une allégeance envers une doctrine, en particulier, qui est loin de ses préoccupations pratiques. Si elle ne s'est pas privée, surtout dans les années qui ont suivi immédiatement l'avènement du Code, de puiser dans le fonds de solutions qu'elle avait héritée de la jurisprudence des Parlements, elle est désormais tenue par les dispositions d'un article qu'elle doit appliquer et adapter aux contingences de la cause et d'un environnement qui n'est plus celui du conflit de coutumes. L'alinéa 1^{er} a donc vocation à recueillir tous les marqueurs de territorialité qui sont dictés par l'impérativité et l'ordre public : les lois d'application immédiate et les statuts prohibitifs fusionnent logiquement pour ne plus faire qu'un et la *lex loci delicti* y trouve son assise naturelle. Par conséquent, les décisions des tribunaux concourent, de manière décisive, à cerner les contours des « lois de police et de sûreté ». Alors que les aléas qui ont marqué la rédaction de l'article 3 n'avaient pas permis d'identifier avec certitude les lois ainsi visées, c'est le recours aux mécanismes les plus éprouvés par la tradition qui contribue le mieux à donner corps, dans cette première séquence de 1804 à 1880, à cette catégorie de normes.

Doctrines et jurisprudence participent donc, durant la majeure partie du XIX^e siècle, jusqu'à ces décennies 1870-1880, qui marquent une nouvelle étape dans l'éclosion du droit international privé moderne, à l'exégèse de l'article 3, alinéa 1^{er} : la religion du texte le dispute, avec des succès divers selon les champs du droit qui sont ouverts à cet alinéa, à une volonté d'interprétation bien plus ambitieuse, qui désire recourir à toutes les ressources disponibles – y compris l'Histoire – pour sortir de l'étroit carcan unilatéraliste de la formulation de 1804. Ce déploiement des potentialités enfermées dans les trois alinéas de l'article 3 est un trait commun à cette période : les lois de police n'échappent pas à ce mouvement, qui conduit ainsi à dépasser la limitation matérielle de l'alinéa 1^{er} aux seules lois de droit public et de droit pénal et à en étendre le caractère impératif dans des matières de droit privé qui auraient dû initialement en être épargnées. Mais tant va l'histoire du droit international privé que le libre jeu des rapports entre personnes privées ne semble jamais pouvoir faire l'économie de considérations d'ordre public et de souveraineté étatique : dès le XIX^e siècle, l'alinéa 1^{er} ne se définit plus par sa matérialité, mais par sa finalité, puisqu'il devient, au fur et à mesure de ses utilisations, le fer de lance de l'ordre public *lato sensu*.

TITRE SECOND

L'INTEGRATION DES LOIS DE POLICE ET DE SURETE AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE : LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE FACE AU LACONISME DU LEGISLATEUR.

La science internationaliste connaît, en France, un véritable renouveau, qui prélude à un nouvel âge d'or, à partir des années 1880 et jusqu'au lendemain de la Première guerre mondiale, par la conjugaison de divers facteurs qui créent un mouvement d'entraînement vers une matière qui se constitue, à cette même époque, en véritable discipline universitaire. L'évolution du droit international privé prend pleinement sa part au « moment 1900 »²¹⁹⁵ et son essor en est peut-être l'une des meilleures illustrations.

D'abord, la constitution de véritables réseaux de connaissance entre des juristes européens qui échangent et discutent leurs idées, à travers des revues juridiques qui, désormais, accèdent à une dimension proprement internationale, et également à travers des sociétés internationales accueillant des savants de tous les horizons, favorise un contact plus soutenu avec des idées venues de l'étranger et des modes de raisonnement différents. La naissance, en 1868, de *la Revue de droit international et de législation comparée*, sous la direction conjointe du Néerlandais Tobias Asser, du Belge Gustave Rolin-Jaequemyns²¹⁹⁶ et de l'Anglais Westlake, et la création à Gand, en 1873, de *l'Institut de droit international*²¹⁹⁷ sont les signes qui semblent annoncer l'avènement des temps nouveaux, bien plus tournés vers l'internationalisme et l'universalisme et moins centrés sur les ordres juridiques étatiques. Sans se départir de leur attachement à leur droit national, les juristes international-privatistes nourrissent, désormais, l'espoir d'un règlement uniforme des conflits de lois et de juridictions par l'intermédiaire d'un droit conventionnel permettant l'adoption de grands principes généraux valables entre les Nations et de codifications nationales beaucoup plus ouvertes sur les droits étrangers²¹⁹⁸. En France, le réveil se fait légèrement tardif, en raison de l'ombre tutélaire projetée par l'article 3 du Code civil, qui est encore largement investi par les Exégètes, et par la vieille théorie des statuts. A cette époque, pourtant, le constat s'établit que les idées statutaires, revues à la manière hollandaise, et qui furent véhiculées, en son temps, par Foelix, semblent avoir épuisé leur charme et ne plus être à même d'apporter de réponses satisfaisantes à des problèmes anciens sur lesquels la doctrine étrangère, dès la seconde moitié du siècle,

²¹⁹⁵ Pour un essai d'interprétation de ce « moment 1900 », défini par la période comprise entre 1880 et 1914, mais qui peut sans doute être étendu au-delà, voir Frédéric AUDREN, « Le « moment 1900 » dans l'histoire de la science juridique française », in Olivier JOUANJAN et Elisabeth ZOLLER (dir.), *Le « moment 1900 », critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, 2015, pp. 55-74. Toutefois, le droit international privé est absent du champ d'observation de l'auteur.

²¹⁹⁶ Vincent GENIN, « L'institutionnalisation du droit international comme phénomène transnational (1869-1873). Les réseaux européens de Gustave Rolin-Jaequemyns », *Journal of the History of International Law*, n°18, 2016, pp. 181-196.

²¹⁹⁷ Philippe RYGIEL, « Les fondateurs de l'institut de droit international et la mondialisation juridique », in François Chaubert (dir.), *Faire l'histoire culturelle de la mondialisation*, Nanterre, 2018, pp. 77-100.

²¹⁹⁸ Sur ce mouvement d'internationalisation du droit international privé, voir, entre autres, Max GUTZWILLER, « Le développement historique... », *op. cit.*, pp. 365-374 et 375-394, et Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique, op. cit.*, pp. 87-106.

notamment en Allemagne et en Italie, se proposait, précisément, de jeter un éclairage nouveau. La jurisprudence, elle-même, donne le sentiment de se dépouiller, peu à peu, de son particularisme pour s'ouvrir à la bilatéralité. Les années 1870 correspondent à la prise de conscience de toute une génération de jeunes juristes, et futurs professeurs, de la nécessité de repenser le droit international privé sur de nouveaux fondements. En 1874, dans la foulée de la création de l'Institut de Droit international, le pas est franchi : Edouard Clunet fonde le *Journal du droit international privé et de jurisprudence comparée*, journal auquel il laissera son nom, porté sur les fonts baptismaux par les plus vénérés des maîtres, comme Demangeat, et alimenté, progressivement, par de jeunes chercheurs désireux de se faire un nom.

Ensuite, la diffusion des idées de Pasquale-Stanislas Mancini, le grand juriste italien qui a associé son nom au principe des nationalités, et pionnier d'une Ecole italienne promise à une grande fortune, de celles, plus tardivement, de Friedrich-Karl von Savigny, et de celles, à un bien moindre degré, de Johann Caspar Bluntschli, de Charles-Antoine Brocher ou encore de François Laurent rencontre un engouement certain qui suscite des vocations d'internationalistes chez nombre de jeunes juristes français. En dépit du grand renom de son auteur et la traduction en français de ses œuvres, le système de Savigny semble être parvenu à la connaissance des auteurs français avec un temps de décalage et a pu sembler, dans les premiers temps, ne pas épouser au mieux les aspirations de juristes formés à l'école du Code civil. Il ne commence pas moins à exercer, à partir des années 1880, un empire puissant qui ne cesse de croître jusque dans le courant du XX^e siècle. De manière équivalente, cette vague d'internationalisme suscite une volonté d'émulation de la part de ces juristes complets, mais parfois venus d'autres disciplines, et leur donne l'envie de rivaliser avec les grandes théories venues de l'étranger, souvent guidées par l'ambition de bâtir un système de droit international privé qui s'ajuste pleinement avec l'esprit juridique et le positivisme français.

Enfin, synthèse de ce courant favorable qui porte le droit international privé, l'établissement d'un enseignement de droit international privé en licence par le décret du 28 décembre 1880 relatif à la licence en droit a signé la transformation de la matière en véritable discipline universitaire, créant un appel d'air pour les professeurs appelés à occuper, dès la rentrée 1881, la chaire de droit international privé et, pour certains, comme Weiss ou, plus tard, Bartin, de leur propre aveu, mis devant le fait accompli de devoir se convertir à un environnement qu'ils ne connaissaient pas²¹⁹⁹. Forcés de s'y acclimater pour préparer leurs cours, ils se tournent alors vers les auteurs, francophones ou non, et les œuvres qui font autorité à leur époque : par l'entremise de François Laurent, ils peuvent découvrir tous les grands noms de la discipline et s'acclimater aux idées de Mancini ; par Brocher, ils peuvent avoir accès à certains principes de Savigny ; par Foelix, ils peuvent remonter jusqu'à la théorie des statuts. A leur tour, ils se mettent à publier leurs enseignements sous la forme de traités ou de manuels et à prendre pied dans les revues spécialisées. Le réveil est tel qu'en 1905, la *Revue de droit international privé et de droit pénal international*,

²¹⁹⁹ DÉCRET DU 28 DÉCEMBRE 1880 relatif à la licence en droit, *Journal officiel de la République Française*, 29 décembre 1880, pp. 13020-13021, article 4 : « Art. 4. — Il est établi... 2^o en troisième année, un cours de droit international privé ». L'histoire de ce nouvel enseignement n'a pas été de tout repos en ses premières années. En effet, le décret du 28 décembre 1880 est modifié par le DÉCRET DU 24 JUILLET 1889, *Journal officiel de la République Française*, 25 juillet 1889, pp. 3659-3660, qui, en son article 1^{er}, dégrade la discipline au rang de cours semestriel laissé « au choix des étudiants ». Nouveau revirement en 1895 : le DÉCRET DU 30 AVRIL 1895, *Journal officiel de la République Française*, 2 mai 1895, pp. 2521-2529, spéc. p. 2527, réinstiue, en son article 1^{er}, un cours semestriel obligatoire de droit international privé en licence. Le décret est présenté par le ministre de l'Instruction publique, Raymond Poincaré, dans un long et détaillé rapport introductif, qui affirme (*ibid. loc.*, p. 2523) qu'il n'y a pas à en « démontrer l'importance à la fois scientifique et pratique » : la matière, en effet, « peut venir utilement en aide à l'enseignement du droit civil ».

fondée par Alcide Darras, et sous les patronages prestigieux des grands noms de l'époque (Armand Lainé, André Weiss, Frantz Despagne, Antoine Pillet, Eugène Audinet et Etienne Bartin), vient prendre rang aux côtés du *Clunet* pour témoigner de la vigueur de la pensée internationaliste française.

S'il est loin de prendre, à lui seul, toute la lumière du droit international privé français, l'article 3, alinéa 1^{er} est projeté au milieu de cette renaissance intellectuelle et de cette consécration académique et, par conséquent, soumis aux interprétations qu'autorisent les constructions théoriques les plus ambitieuses. De 1880 jusqu'au lendemain de la Première guerre mondiale, les internationalistes français s'efforcent, chacun avec sa sensibilité propre, d'organiser dans un ensemble cohérent les règles essentielles destinées à résoudre les conflits de lois. L'approche statutiste est encore dominante, même si la montée en puissance des idées saviniennes, puissamment relayées par la forte autorité de Etienne Bartin, commence à se dessiner à la fin des années 1890 et, plus encore, à la fin de cette période. Le statutisme français de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle est très loin d'être unitaire : la plus extrême diversité règne en la matière et, si les auteurs ne varient pas encore trop dans leurs opinions au cours du temps, certains mettent un point d'honneur à ne pas se laisser enfermer dans des cases trop strictement définies et n'hésitent pas à dériver de divers courants les flux de leur propre pensée, elle-même sujette à de nombreux méandres. En respectant, au mieux, les bornes chronologiques, qui demandent à être interprétées avec la plus grande souplesse, il semble, toutefois, possible d'opposer à la relative cohérence du statutisme personneliste la non moindre cohésion du statutisme territorialiste et réfractaire du marquis de Vareilles-Sommières. L'Ecole personneliste, qui entame, au début des années 1880, une ère de domination relative qui perdure jusqu'en 1900 et qui s'étiolle progressivement au-delà, accueille avec enthousiasme les conceptions nationalistes et universalistes de Mancini et de ses successeurs pour les transposer à un droit international privé français encore marqué par un statutisme traditionnel frappé de sénescence à leur yeux. L'article 3, alinéa 1^{er} devient le siège, par excellence, de ces « lois de droit public et d'ordre public » que Mancini avait identifiées parmi les diverses législations et dont il faisait les garantes de la souveraineté de l'Etat sur son territoire et du maintien d'un ordre public qui n'avait plus peur de s'aventurer sur le terrain du droit privé. La formulation trop restrictive de « lois de police » laisse, d'ailleurs, place à celle, jugée plus adéquate, de « lois d'ordre public ». A travers André Weiss, mais également par l'intermédiaire d'auteurs de moindre envergure, l'idée d'articuler le droit international privé, législatif et conventionnel, autour du principe des nationalités et de l'exaltation de la loi personnelle et extraterritoriale conduit à ériger l'article 3, alinéa 3 du Code en principe et à reléguer les alinéas 1^{er} et 2^{ème} au rang de simples exceptions territorialistes, à interpréter strictement. La dialectique entre territorialité et extraterritorialité des lois, symbole d'une vision statutiste et publiciste, conduit ces auteurs à limiter le champ d'action des lois de police et de sûreté et, à côté des domaines réservés que sont le droit public et le droit pénal, à calculer de manière rigoureuse le nombre de règles de droit privé appelées à intégrer cette classe de lois territoriales. Convaincus qu'il faut laisser la voie libre, autant que possible, à la loi personnelle et à l'internationalisation des rapports juridiques, ils contribuent, de manière insensible, à transformer ces lois de police en simples lois d'ordre public, sans leur assigner d'autre utilité sur le plan international.

Pour battre en brèche la domination d'une Ecole personneliste, qui n'a jamais découragé les entreprises individuelles et qui est loin d'être seule sur le terrain du droit international privé français, le marquis de Vareilles-Sommières s'efforce, à la fin des années 1890, de construire une

réponse rigoureusement territorialiste, qui se lit en miroir inversé des thèses mancinienues. Il s'évertue à réhabiliter les thèses souverainistes des Hollandais et systématise, à la fois, l'idée de courtoisie internationale et la théorie des droits acquis. L'article 3, alinéa 1^{er}, rehaussé par le territorialisme intégral de Vareilles-Sommières, est hissé, de nouveau, au rang de principe. La personnalité bascule parmi les exceptions, concessions gracieuses du législateur souverain, seul maître sur son périmètre de pouvoir. Avatar tardif, sinon ultime, des idées hollandaises, la pensée de l'auteur ne repose pas, de manière essentielle, sur le texte de l'article 3 du Code civil et fonctionne sans que ce dernier ne soit véritablement nécessaire. Le fait de réhabiliter les axiomes de Huber le conduit donc à porter un intérêt des plus mesurés à l'alinéa 1^{er}, qui devient, presque par paradoxe, un simple témoignage parmi tant d'autres d'un territorialisme qui coïncide, en réalité, avec l'ensemble de la législation française. L'idée d'ordre public ne trouve pas davantage grâce aux yeux du flamboyant doyen et il la dépouille de l'essentiel de son utilité pratique. Placé au cœur de cet antagonisme entre personnalisme, d'une part, et territorialisme, de l'autre, à la fin du XIX^e siècle (1880-1900), l'article 3, alinéa 1^{er} balance sans cesse entre exception et principe sans trouver encore son point d'équilibre (Chapitre I).

Sans briser l'élan d'une doctrine française en plein renouveau, le tournant des années 1900 coïncide indubitablement avec un changement de mentalités en France : la dégradation du contexte politique intérieur, la montée des tensions internationales, la déception causée par les Conférences de La Haye, le désenchantement croissant vis-à-vis d'un personnalisme incarnant un internationalisme et un universalisme devenus hors de saison contribuent fortement à exacerber le sentiment patriotique, y compris chez les internationalistes les plus fervents, et à renforcer les thèses nationalistes, voire particularistes. L'expérience de la Grande guerre, qui a touché au plus profond de leur âme et de leur chair les juristes français de l'époque, et les années d'après-Guerre accentuent encore cette tendance, alors même que le statutisme, encore défendu par Pillet laisse progressivement une place toujours plus importante au conflictualisme de Bartin. Dans cette optique, le droit international privé est réinterprété comme un conflit de souverainetés et l'article 3 devient l'emblème du nationalisme juridique.

Quoique statutiste à bien des égards, Antoine Pillet est, néanmoins, à l'origine d'une réflexion fondamentale sur la notion d'ordre public et sa doctrine forgée au cours des années et fondée sur la détermination du but social de la loi comme facteur de sa condition internationale lui permet d'ériger les murs porteurs d'une théorie des « lois de garantie sociale ou d'ordre public », soit une classe de lois qui conjoint et amalgame sciemment les mécanismes des lois d'application impérative et de l'ordre public international. Les lois de police sont ainsi volontairement fondues dans cette catégorie plus large, au point d'en être tenues pour l'exact synonyme. La vision de Pillet, prolongée avec des accents nettement plus nationalistes et territorialistes par son élève Jean-Paulin Niboyet, doit se mesurer avec la doctrine concomitante et, à certains égards, divergente de Etienne Bartin. Ce dernier est au nombre de ceux qui, avec Armand Lainé et Frantz Despagne, se sont efforcés, dans les années 1880-1890, de faire vivre les idées de Friedrich-Karl von Savigny face au personnalisme et au territorialisme. Bartin est sans doute l'un des plus grands disciples du juriste prussien, mais, certainement, aussi, l'un des plus indépendants. De Savigny, l'illustre civiliste reprend la méthode fondée sur le privatisme et le conflictualisme, mais, prenant ses distances avec son inspirateur, il construit son système en lui injectant nationalisme et, surtout, particularisme. Pour ce qui est des lois de police et de l'ordre public, la dette de Bartin envers Savigny est très forte et l'empreinte de l'auteur du *Système de droit romain* est particulièrement remarquable sur l'interprétation de ces deux mécanismes dont Bartin détecte le siège légal dans l'article 3, alinéa 1^{er}.

A l'instar de Savigny, le juriste français postule la distinction de ces deux formes de lois internationalement absolues, l'une fonctionnant comme un règlement de conflit à part entière, l'autre comme une réaction de l'ordre juridique du for qui écarte la loi normalement compétente. S'il s'attache à réduire les lois de police à une forme singulière de règle de conflit par son impérativité et par sa territorialité de principe et à les ramener dans le périmètre conflictualiste, ce que s'abstenait de faire Savigny, la concordance de leurs pensées sur l'exception d'ordre public suffit à démontrer la filiation intellectuelle. La forme moderne des lois de police et de l'exception d'ordre public, telle que la jurisprudence et la doctrine vont les définir durant la seconde moitié du XX^e siècle, doit beaucoup aux efforts conjoints du juriste allemand et de son successeur. Ainsi, emblème du statutisme hollandais aux yeux de Savigny, qui les cantonne au rôle d'exception, les lois de police s'octroient une nouvelle jeunesse au commencement du XXI^e siècle en étant relues et redéfinies à l'aune du conflit de souverainetés et du nationalisme juridique (Chapitre 2).

Sans se départir de la confusion avec les lois d'ordre public, la jurisprudence ne ménage pas, pour sa part, son recours à l'alinéa 1^{er}. Si certaines des utilisations que les juges français avaient pu en faire lors de la période précédant 1880 refluent, en même temps que la définition de l'ordre public international change et en même temps que l'organisation de la société évolue, souvent dans un sens plus libéral, les lois de police retrouvent leurs vertus dès lors qu'il s'agit de participer à la défense d'un Etat de plus en plus interventionniste sur le plan législatif. Entre *utilitas privatorum* et *utilitas publica*, certains intérêts collectifs, ignorés ou inconnus durant la majeure partie du XIX^e siècle, deviennent prééminents au sein de l'ordre juridique français et il n'est pas rare que, par voie de conséquence, l'Etat se fasse plus protecteur à leur égard. Laissant de plus en plus de latitude à l'exception d'ordre public pour intervenir dans les domaines traditionnels du droit civil, les lois de police se tournent de manière plus volontariste vers ces champs nouveaux du droit privé. La diversification des registres achève de consommer l'évolution de la notion, qui, parce qu'elle refuse de renier son essence profondément souverainiste, devient toujours plus une arme au service de la politique législative de l'Etat (Chapitre 3).

CHAPITRE I – L'ARTICLE 3, ALINEA 1^{er} ET LES LOIS D'ORDRE PUBLIC ENTRE EXCEPTION ET PRINCIPE : LES DOCTRINES STATUTISTES A LA FIN DU XIX^E SIECLE (1880-1900).

Dans l'histoire du droit international privé français, les années 1880-1890 se signalent comme une période particulièrement fertile en propositions doctrinales, dont les orientations variées contribuent, de surcroît, au sentiment de foisonnement. De fait, le réveil de la science internationaliste en France, plus d'un siècle après Froland, Bouhier et Boullenois, doit beaucoup au courant de pensée personaliste patronné par Mancini, dont le prestige personnel et académique dépasse largement les frontières de son propre pays, et à sa réception par les juristes français dans les années qui suivent la diffusion de leur pensée. Cette période décisive, durant laquelle la nouvelle discipline universitaire se cristallise définitivement pour prendre sa forme contemporaine, est placée, à ses débuts, sous l'égide d'une Ecole personaliste qui rayonne encore de l'éclat de la pensée de l'illustre juriste italien, relayée par le fidèle Laurent en Belgique et par l'influent Weiss en France. Toutefois, les idées personalistes, si elles séduisent, incontestablement, par leur modernité, de jeunes enseignants en quête de repères et désireux de refléter l'esprit du temps, sont bien loin d'exercer une mainmise incontestée sur la discipline et elles rencontrent tout autant de partisans qu'elles ne suscitent d'adversaires. Le personalisme demeure, jusque dans les années 1890, le point de référence sur lequel les prises de position concurrentes se modèlent pour mieux s'en démarquer. L'un de ses moindres mérites n'est pas d'avoir su provoquer une réaction d'une partie de la doctrine, réfractaire aux idéaux personalistes et soucieuse de conserver son indépendance. Cette réaction conduit, d'ailleurs, directement à l'élaboration et à la promotion de systèmes doctrinaux qui s'inscrivent dans la continuité d'une école de pensée existante – comme le territorialisme traditionnel ou la mise en valeur des idées de Savigny, véritablement découvertes durant cette période – ou qui se veulent proprement originales.

Dans ce contexte de domination relative du personalisme, l'interprétation que toutes ces théories livrent de l'article 3 du Code – et, par conséquent, l'insertion des lois de police et de sûreté de l'alinéa 1^{er} dans leur économie générale – doit se lire à la lumière des présupposés qui fondent leur adhésion à telle ou telle conception du droit international privé. Le rôle et l'importance de ces lois diffèrent selon l'approche de la matière qui est privilégiée et la sensibilité qui la guide. Les auteurs de l'Ecole personaliste française s'accordent sur l'idée que l'article 3, envisagé dans son ensemble, répond à une dialectique principe/exception, dans laquelle les deux premiers alinéas sont appelés à se satisfaire du rang d'exception à l'égard du troisième, érigé en vecteur fondamental de l'internationalisme : c'est toujours raisonner en statutiste, mais c'est aussi prendre le contrepied de l'interprétation admise durant la majeure partie du XIX^e siècle. Ces auteurs personalistes, aux côtés de André Weiss, tels Fernand Surville ou Eugène Audinet, sont portés par un internationalisme et un universalisme qui les poussent, dans la lignée de Mancini, à exalter la puissance de la loi nationale en tant que loi personnelle. Ils sont donc enclins à voir dans l'alinéa 1^{er} l'indispensable marque de souveraineté territoriale sans laquelle un Etat ne pourrait subsister. A leur sens, toutes les lois qui concourent à la structure de l'Etat – lois de droit public et lois pénales, en tête – et au maintien de l'ordre public dans le droit privé – comme semble y contribuer la responsabilité civile – doivent se placer sous l'autorité de l'article 3, alinéa 1^{er}. Mais celui-ci n'intervient jamais que par réaction, c'est-à-dire lorsque les lois extraterritoriales risquent de mettre en péril l'intérêt de la société. Dans cette approche, les idées d'intérêt général et de préservation de la société gardent une place essentielle dans la théorisation des lois de police. Celles-ci, d'ailleurs,

perdent leur nom au profit de l'expression plus large et plus vague de « lois d'ordre public » (Section 1^{ère}).

Parce qu'ils sont, avant tout, des statistes et parce qu'ils n'ont pas révoqué la dimension publiciste de la matière, les personnalistes acceptent, sans difficultés, de reconnaître l'importance de ces lois. Ils les érigent volontiers en une catégorie à part entière, mais à condition que celle-ci soit la seule qui soit invinciblement territoriale. C'est donc à ces auteurs que l'on doit les premières tentatives de définition et de caractérisation de l'ordre public international, comme l'appellation commence à apparaître, et, même s'ils ont été, en réalité, devancés sur ce point par Savigny, les premiers à avoir souligné à suffisance le rôle d'exception que cet ordre public est amené à remplir. C'est aussi à eux que l'on doit la réception par le droit français d'une distinction théorisée par le Genevois Charles-Antoine Brocher, commentateur du Code civil et juriste internationaliste, dans ses ouvrages consacrés au droit international privé, distinction qu'il a très certainement héritée de son maître Savigny : la distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international, le premier demeurant dans le domaine du pur droit civil et formalisé par l'article 6, le second évoluant uniquement dans les sphères des relations juridiques internationales et exprimé par l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil français²²⁰⁰.

C'est en rupture complète avec cet internationalisme militant, jugé trop complaisant envers des lois étrangères qui sont nécessairement moins familières au juge français et moins promptes à s'acclimater sur le territoire, que Gabriel de Vareilles-Sommières, entend s'inscrire. Pour ce faire, le vigoureux doyen de la faculté de droit de l'Université catholique de Lille entend agir à front renversé. Lointain, mais déférent successeur des Hollandais, il en réactualise les thèses essentielles, notamment la courtoisie internationale et la théorie des droits acquis. Ainsi, il pousse la logique de souveraineté jusqu'à ses limites les plus extrêmes en fondant les lois de police dans la territorialité de principe qui est à la base de son système. D'exception, la territorialité redevient principe, et principe intransigeant, qui plus est ; la personnalité reprend, alors, par jeu des vases communicants, la place de l'exception. Plus rigoureux encore que les Hollandais, l'idée même d'un ordre public international qui puisse décider, selon son effet plein ou atténué, de l'accueil ou non qui doit être fait aux conséquences que la loi étrangère entend produire sur le territoire lui est d'autant plus insupportable. C'est à la territorialité, et à elle seule, de trancher la question. Le paradoxe de la doctrine de Vareilles-Sommières est que le rôle des lois de police, rehaussé en prestige, s'en trouve minoré en pratique. Ces lois sont, finalement, une déclinaison, assez appauvrie, d'un principe qui, lui, est conçu de la manière la plus expansionniste qui soit. L'article 3, interprété à la manière des Hollandais, passe sous leur coupe et ne constitue au mieux qu'un avatar, utile quoiqu'imparfait,

²²⁰⁰ Charles-Antoine BROCHER (1811-1884), professeur à Genève, formé en Allemagne, où il suivit les cours de droit romain de Savigny, mais indiscutablement d'éducation et d'esprit français, a enseigné le droit civil à Genève, en s'en tenant à l'exégèse du Code civil français, qui est alors en vigueur dans le canton, et s'est tourné, à partir de la fin des années 1860 vers le droit international privé. Dans ses deux œuvres majeures, le *Nouveau traité de droit international privé*, Genève, Bâle, Lyon et Paris, 1876, et le *Cours de droit international privé*, en deux tomes, Paris, 1882-1883, il demeure fidèle à la théorie des statuts et à la bipartition entre statuts réels et statuts personnels, mais en adhérant pleinement à un esprit internationaliste, hérité de Savigny, et en sympathisant avec les aspirations personnalistes qui se dessinent, à l'époque, à travers la diffusion des idées de Mancini et la création de l'Institut de droit international. Sa distinction entre ordre public interne et ordre public international apparaît dans le premier tome de son *Cours de droit international privé*, § 44-45, pp. 106-113, où il commente l'alinéa 1^{er} de l'article 3 : pour lui, le législateur français a entendu viser les « lois dont l'observation s'impose, d'une manière absolue, aux étrangers comme aux nationaux. Il les a qualifiées de lois de police et de sûreté ». Mais, pour Brocher, « la place occupée, dans l'économie du Code, par le texte qui nous occupe, prouve qu'il s'y agit d'ordre public international. Ce sont bien des conflits de législations que le législateur s'efforce d'écartier. L'ordre public interne n'y est en aucune façon mentionné ; c'est seulement dans l'article 6 qu'il s'en agit » (*ead. loc.*, pp. 107-108).

d'une longue tradition historique que le doyen de Vareilles-Sommières s'est fait mission de perpétuer contre un esprit du temps beaucoup trop laxiste (Section 2nde).

Section 1^{ère}. Les lois de police et d'ordre public à l'époque de la domination de l'École personaliste en France : l'article 3, alinéa 1^{er} réduit au rang d'exception.

Les thèses personalistes, portées par des figures aussi remarquables que Mancini ou encore Laurent, ont fait forte impression auprès de la doctrine internationaliste française renaissante et ont très largement contribué à nourrir la réflexion d'une partie importante des auteurs qui ont écrit dans les années 1880 et 1890, soit par l'adhésion qu'elles ont suscitée, soit par le scepticisme qu'elles ont rencontré. Cet antagonisme a permis de lancer une véritable réflexion de la doctrine française sur la place qu'occupent les lois territorialement impératives, abritées par l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, que les personalistes ont volontiers baptisées de « lois d'ordre public ».

Fidèles à la démarche statutiste, ceux-ci ne provoquent aucune révolution sur le plan de la méthode, qui demeure inchangée, mais bien sur le plan de l'économie générale de leur système, en adoptant un esprit nouveau, davantage tourné vers la promotion des droits de la personne et des libertés de l'individu, qui sont garantis par le fameux principe de nationalité, non pas découvert, mais érigé en principe directeur par Mancini. L'emprise de la territorialité se desserre en faveur de la circulation des individus et des lois étrangères, réalisant, à un siècle d'écart, les espoirs nourris par le président Bouhier. Toutefois, si cette réorientation présente tous les attraits de la nouveauté aux yeux de la génération de juristes qui entrent dans la carrière du droit international privé dans les décennies 1870 et 1880, elle n'entend nullement dégrader les lois territoriales. La territorialité ne joue plus le rôle cardinal qu'elle jouait dans le statutisme d'inspiration hollandaise, celui qui avait prédominé pendant une longue partie du XIX^e siècle, mais, alors même qu'elle est le plus souvent placée en retrait dans l'exposition des théories personalistes, elle n'en demeure pas moins un principe essentiel pour ces dernières, au même titre que les lois relatives à la liberté de l'individu ou les lois personnelles. Les auteurs personalistes, recueillant l'héritage de Mancini et de Laurent, se sont évertués à circonscrire le champ d'application matériel de ces lois d'ordre public et à en cerner la force et les limites.

Dans leur volonté de distribuer les différentes lois en fonction des champs d'action qui sont laissés ou refusés par le législateur à la libre détermination des individus, conformément aux directives données par Mancini, les personalistes approfondissent ainsi cette catégorie spécifique de règles qui soumettent les étrangers et les ressortissants nationaux présents sur le territoire à un même traitement juridique, dans l'ordre de leurs relations privées, dans la mesure où ces règles ne souffrent aucune disposition contraire. C'est leur insistance à favoriser l'extraterritorialité des lois qui les conduisent insensiblement à réduire le périmètre des lois d'ordre public et à cantonner celles-ci aux missions de maintien de la société et de l'Etat. L'engouement pour le personalisme et pour les solutions qu'il porte, bien plus favorables à l'exportation des droits à l'étranger, a pu faire apparaître, par contraste, les lois d'ordre public comme ce qu'elles n'étaient pas, à savoir un mécanisme d'exception. Or, de l'aveu même de Mancini, le personalisme doit se concevoir comme une réaction au territorialisme d'inspiration hollandaise, mais, s'il en rejette l'incertaine *comitas*, il n'en répudie pas, pour autant, les éléments premiers et admet qu'il est impossible de faire

l'économie des lois d'ordre public, qu'il dessine avec la même impérativité que l'auraient fait les Hollandais. Avec Mancini, la double dimension, publiciste et pénaliste, de ces lois s'accroît, alors même qu'il réserve la possibilité qu'elles puissent également porter sur des questions de droit privé.

Le Belge François Laurent, contemporain de Mancini, qui développe, à la même époque, des positions personalistes très proches de celles de l'auteur italien, épouse volontiers les vues de ce dernier sur les lois d'ordre public, qu'il voit comme l'expression des « droits de la société » face aux intérêts de l'individu. Il est, d'ailleurs, l'un des premiers, toujours avec Mancini, à rattacher ces lois à l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil et à les amalgamer aux lois de police. Les autorités conjuguées de ces deux grands juristes, qui ont occupé de hautes fonctions politiques dans leurs pays respectifs, n'ont pu manquer de produire une forte impression auprès de leurs homologues français, lorsqu'il s'est agi, pour ces derniers, de chercher parmi les auteurs étrangers les sources d'inspiration pour reconstruire une science du droit international privé qui fût, selon eux, davantage en accord avec l'esprit de leur temps.

Emboitant le pas à Mancini, les représentants français du personalisme – dont la figure de proue demeure incontestablement André Weiss, dont l'œuvre scientifique a longtemps été pionnière et a exercé une forte influence sur la doctrine de la fin du XIX^e siècle – ont très largement emprunté les idées du jurisconsulte italien pour les transposer dans le cadre défini par l'article 3. Ainsi, Weiss a le sentiment de se conformer à une tradition bien installée, qui remonte avant l'entrée en vigueur du Code et qui n'a pas été démentie depuis, qui consiste à identifier volontairement l'ordre public international – appellation qu'il reprend du Genevois Brocher – avec les lois de police visées par l'alinéa 1^{er}. Si cette coïncidence semble bien correspondre à l'usage qu'ont fait les tribunaux de cette dernière notion jusqu'alors, l'essor du personalisme a surtout pour effet de réveiller, chez ceux qui n'adhèrent pas à cette manière de concevoir le conflit de lois, les discussions sur la définition de l'ordre public et sur le rôle qu'il convient de faire jouer aux lois de police.

§ 1. L'héritage de Mancini : les lois de droit public et d'ordre public.

Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), avocat, professeur de droit à Naples, Turin et Rome, mais, surtout, figure emblématique du *Risorgimento*, député, ministre et cheville ouvrière de la rédaction du Code civil du Royaume d'Italie, en charge des dispositions de droit international²²⁰¹, a, toute sa carrière durant, cherché à mettre son prestige au service de sa conception du droit des gens et du principe de nationalité²²⁰². Son œuvre, qu'il présente, sous forme de synthèse, dans un rapport présenté en français à l'Institut de droit international de Genève le 31 août 1874, et reproduit dans le premier numéro du *Journal du droit international privé* la même année²²⁰³, s'efforce

²²⁰¹ Sur la vie et l'œuvre de Pasquale Stanislao Mancini et sur les textes essentiels qu'il a laissés sur le droit international privé, voir Erik JAYME, « Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, n°177, 1982, pp. 9-101, spéc. chapitre IV, pp. 39-49 ; ID., *Pasquale Stanislao Mancini : il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Padoue, 1988, ainsi que Pasquale Stanislao MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, éd. Erik Jayme, Turin, 1994. Voir encore Eloisa MURA, *Mancini in cattedra. Le lezioni torinesi di diritto internazionale del 1850-51 e 1851-52*, Pise, 2018.

Pour une approche générale de la doctrine internationaliste de Mancini, voir Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique, op. cit.*, pp. 67-85, et Bertrand ANCEL, *Eléments, op. cit.*, pp. 440-456.

²²⁰² Sur le principe de nationalité en Italie, voir Enrico CATELLANI, « Les maîtres de l'École italienne du droit international au XIX^e siècle », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, n°46, 1933, pp. 705-826, spéc. pp. 709-739.

²²⁰³ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous forme d'un ou de

d'inscrire l'individualisme libéral et la loi nationale au sein d'une construction théorique qui promeut ces deux vecteurs d'extraterritorialité dans le but de desserrer l'emprise de la loi territoriale. Universaliste, Mancini adhère ainsi à l'idée de communauté de droit, qu'il conçoit comme les droits et devoirs respectifs qui unissent les Etats indépendants entre eux, calqués sur ceux relatifs à la liberté des individus, et à celle d'un devoir des Etats de se conformer aux obligations internationales²²⁰⁴, notamment celle de laisser s'appliquer une loi étrangère compétente. Pour parvenir à ses fins, le juriste italien ordonne sa pensée autour de trois principes inspirateurs : « la nationalité, la liberté et l'ordre public comme l'expression de la souveraineté »²²⁰⁵.

En pratique, la démarche demeure extrêmement classique du point de vue de la méthode : comme ses prédécesseurs et comme ses contemporains, pour une très large majorité, Mancini part de la règle pour rechercher quels sont les rapports de droit qui doivent lui obéir afin de déterminer l'étendue de son application dans l'espace. Comme eux, il s'évertue à distribuer les lois selon des catégories abstraites et prédéterminées et à en tirer les effets de droit, notamment territoriaux ou extraterritoriaux, qui s'attachent à ladite catégorie. Mais sa démarche est, également, d'un point de vue théorique, animée d'un souffle libéral inédit dans son ampleur. Elle s'inscrit dans une vigoureuse réaction à l'esprit dominant durant une bonne partie du XIX^e siècle dans bon nombre de pays : sa doctrine se veut une réfutation de la *comitas gentium* qui, depuis les Voet et Huber jusqu'à Foelix et aux auteurs anglo-américains, a exalté l'absolutisme législatif des Etats pour reléguer au rang de simple concession l'accueil des lois étrangères sur le territoire²²⁰⁶. Les éléments constitutifs du statutisme sont donc bien présents dans le personnalisme mancinien, mais leur

plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », Rapport à l'Institut de Droit International, session de Genève, 31 août 1874, *Clunet*, n°1, IV, 1874, pp. 220-239 et pp. 285-304. La version rapportée au *Clunet* est la plus célèbre et la plus communément citée ; elle diffère légèrement, dans sa numérotation et dans sa conclusion (où elle incorpore les quatre conclusions générales soumises par Mancini à l'approbation de l'Institut), de celle qui figure dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, VII, 1875, pp. 329-361, qui retranscrit également les conclusions générales et spéciales de l'auteur, pp. 361-363. Voir aussi *Un siècle d'étude du droit international. Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Paris, 2006, pp. 129-157.

²²⁰⁴ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, III, p. 228 : « La puissance de faire des lois n'implique pas celle de dicter des lois injustes et blessantes pour la communauté de droit, qui découle des nécessités humaines et civiles et des devoirs internationaux imposés par le lien de la société générale existant entre tous les peuples. Le principe de l'indépendance d'un État ne peut pas être exagéré jusqu'au point d'autoriser la violation des droits d'un autre État ; l'indépendance mutuelle des États n'est ni plus ni moins que l'inviolable liberté mutuelle des individus ; or, l'on n'a pas la liberté de porter atteinte au droit des autres, ni la liberté d'être injuste ».

²²⁰⁵ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, VIII, p. 298 : « Le système ainsi complété résulte de l'action de trois principes : la liberté, la nationalité, la souveraineté et l'indépendance politiques ». Voir Erik JAYME, « Considérations historiques... », *op. cit.*, pp. 44-48, spéc. p. 44.

²²⁰⁶ Mancini insiste, à de très nombreuses reprises, sur son rejet de la *comitas* et sur sa volonté de proposer un système alternatif qui puisse, aussi vite que possible, se substituer à cette « courtoisie internationale » dont il dénonce l'arbitraire égoïste. D'abord, dans la leçon inaugurale de son cours de droit international public et privé pour l'année 1852, intitulé *Lineamenti del vecchio e del nuovo diritto delle genti* (« Les grands traits du droit des gens ancien et moderne ») et assuré à la faculté de droit de l'Université royale de Turin, il déclare refuser de fonder les droits et devoirs des nations, qu'il tient pour les vrais sujets du droit international, sur « le terrain meuble... de l'arbitraire spontané ou de l'intérêt particulier déterminé par la courtoisie réciproque, celle que les publicistes appellent *comitas gentium* » (*sulla mobile arena... spontaneo arbitrio o dal proprio interesse determinate alla reciproca benevolenza (quella che i pubblicisti chiamano comitas gentium)*), in Pasquale Stanislao MANCINI, *Diritto internazionale. Prelezioni*, Naples, 1873, p. 70. Ensuite, la même année, dans sa *Relazione alla Facoltà di leggi della Regia Università di Torino nella pubblica largizione del premio aggiudicato nel concorso tra gli studenti nel Corso completo di leggi per l'anno 1852*, publiée à Turin, il souligne les conséquences néfastes et les incohérences de la théorie de la *comitas* : sur ce passage, rapporté par Erik Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini, op. cit.* pp. 98-99, voir la traduction française en annexe (n°4). Enfin, dans son rapport publié au *Clunet* en 1874, il instruit longuement le procès de la *comitas*, en s'appuyant sur un extrait (en français) de son cours de droit international public et privé pour l'année 1853 : voir Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, IV, pp. 228-231, spéc. pp. 230-231.

centre de gravité s'est déplacé du territoire vers la personne : là où les Hollandais professent qu'en principe, l'étendue d'application d'une règle de droit correspond au domaine dans lequel le pouvoir qui l'a édictée peut contraindre à son obéissance, Mancini articule cette étendue d'application autour de la liberté d'action qui peut être reconnue ou refusée à un sujet de droit par les différents ordres juridiques en concours.

Par conséquent, les lois se répartissent en trois catégories, dont chacune est assortie d'un champ d'application dans l'espace qui lui est spécifique :

- 1) Les « lois de droit public et d'ordre public », qui, seules, doivent retenir l'attention présentement, et qui sont d'essence strictement territoriale ;
- 2) Le « droit privé volontaire », qui traduit pleinement les principes de liberté de l'individu et d'autonomie de la volonté et dont le champ d'application, indifférent à l'aspect territorial, traverse les frontières ;
- 3) Le « droit privé nécessaire », qui réunit, pour l'essentiel, les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes, comme l'établissait déjà l'article 3, alinéa 3 du Code civil, mais, également, tous les intérêts privés qui ne sont pas laissés à la libre disposition des particuliers, et les place sous une seule et même bannière : celle du principe de nationalité. Celui-ci est l'émanation de l'Etat-nation, jugé plus à même de définir les droits et devoirs attachés à ses ressortissants, y compris en dehors de ses propres frontières. Il s'en déduit logiquement que toutes ces matières tombent dans l'escarcelle de la loi nationale et qu'elles sont d'application extraterritoriale.

Si les traits les plus saillants de la doctrine personnaliste de Mancini semblent résider dans ces principes d'autonomie et de nationalité qui gouvernent respectivement le droit privé volontaire et le droit privé nécessaire, il faut garder à l'esprit que les trois catégories sont formellement placées sur un pied d'égalité. L'immensité du domaine d'application ouvert à l'impérieux et dévorant principe de nationalité explique seule que celui-ci s'exprime en véritable présomption de personnalité et qu'il ne laisse aux deux autres catégories, conçues de façon restrictive, que les matières qu'il condescend à leur conserver.

De fait, parce que la première catégorie de lois que forment les lois de droit public et d'ordre public n'est, au fond, qu'une catégorie résiduelle à ses yeux, Mancini apporte peu d'éléments nouveaux. Ces lois offrent pour trait commun d'empiéter sur la liberté naturelle de l'individu, en apportant des entraves au libre commerce juridique qu'il peut entretenir avec autrui, et d'être instituées pour maintenir l'équilibre social en garantissant à tous la sécurité nécessaire au plein exercice de leur liberté individuelle.

La première catégorie de lois se décompose en deux classes, qui, si elles sont réunies par leur impérativité et leur territorialité, doivent être soigneusement distinguées : les « lois de droit public » (A), d'une part ; les « lois d'ordre public » (B), de l'autre. Cette bipartition n'empêche pas toutes ces lois d'être régies par un principe commun : la souveraineté de l'Etat, entendue, ici, dans un sens strictement territorial (C).

A. Les lois de droit public.

Cet ensemble de lois regroupe toutes les règles qui définissent et soutiennent l'organisation de l'Etat et recouvre tout le domaine normatif qui correspond à la vieille notion de « police ». Dans l'interprétation qu'il livre au sujet du droit public, Mancini insiste sur son essence propre, qui le distingue par rapport au droit privé, qui, lui, met directement en jeu la liberté de l'individu, abstraction faite du territoire :

Le droit *public* met l'individu en rapport avec cette agrégation d'hommes qui, dans les limites d'un territoire déterminé, établit les conditions auxquelles tous doivent se soumettre à la souveraineté politique. Dans ce territoire, la volonté nationale établit la constitution, l'organisation des pouvoirs publics, l'étendue et les limites de leur exercice, les rapports avec les individus, quels qu'ils soient, habitant le territoire, les règles générales de leur action politique, enfin, les défenses et prescriptions jugées nécessaires à la propriété de la vie sociale. L'ensemble de ces lois constitue précisément ce que l'on appelle le *droit public* d'un Etat : système organisé de moyens nécessaires pour protéger l'Etat contre ses ennemis intérieurs et extérieurs, et même pour garantir à tous les habitants la paisible jouissance de leurs droits. On voit avec raison dans cette institution une espèce d'expropriation légitime que l'Etat fait d'une partie de la liberté personnelle des individus protégés par lui.²²⁰⁷

En l'espèce, Mancini ne fait qu'exprimer une idée simple : les règles de droit public, qu'elles soient de droit constitutionnel, de droit administratif, de droit fiscal, de droit pénal, parce que leur nécessité se justifie par la mission que l'Etat s'assigne et à l'intérêt général dont il est le garant, et parce que les institutions chargées de les relayer sont indispensables au bien de tous, ne peuvent souffrir de dérogation de la part des individus, dont elles protègent la liberté. Leur force contraignante doit rester intangible. Elles ne rempliraient donc pas leur fonction si elles n'étaient pas respectées de tous, y compris des étrangers. D'où la nécessité de leur application absolue et territoriale, à la différence des lois de droit privé :

A nos yeux, le droit *civil privé* est personnel et national, et, comme tel, doit accompagner la personne, même en dehors de sa patrie ; le droit *public* est territorial : il plane sur le territoire et sur tous ceux qui l'habitent, indigènes ou étrangers sans distinction.²²⁰⁸

B. Les lois d'ordre public.

Conscient qu'il ne saurait être raisonnable de restreindre l'action de la volonté contraignante de l'Etat aux seules dispositions de droit public et de laisser les rapports de droit privé à la merci des caprices des individus, Mancini élargit le champ d'application matériel de la première catégorie aux dispositions qu'il qualifie de « lois d'ordre public ». De cet ordre public, il donne la définition suivante :

Pour comprendre l'étendue du champ laissé à l'indépendance de chaque État, une observation sera utile. L'*ordre public*, dans tous pays, comprend aussi, dans la large acception du mot, le respect des principes supérieurs de la morale humaine et sociale tels qu'ils sont entendus et professés dans ce pays, les bonnes mœurs, les droits primitifs inhérents à la nature humaine, et les libertés auxquelles ni les institutions positives, ni aucun gouvernement, ni les actes de la volonté humaine ne pourraient apporter de dérogations valables et obligatoires pour ces États. Si les lois positives d'un État, un jugement étranger, ou les actes et contrats faits à l'étranger violaient ces principes ou ces droits, chaque souveraineté, loin d'accepter ces outrages à la nature et à la moralité humaine, pourrait à juste titre leur refuser tout effet et toute exécution sur son territoire. Il en est ainsi de l'esclavage, de la polygamie, et d'autres institutions étrangères qu'en vain on essaierait de faire accepter et reconnaître dans d'autres pays.

On peut rejeter non seulement les institutions incompatibles avec l'ordre *moral*, mais aussi celles qui sont incompatibles avec l'ordre *économique* établi dans une société, l'ordre économique étant compris dans la large acception de l'ordre public. Ainsi, dans les États où sont interdits les

²²⁰⁷ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, VIII, pp. 295-296.

²²⁰⁸ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, VIII, p. 297.

institutions féodales, la mainmorte, les fidéicomis, etc., on ne pourrait attribuer effet à de pareilles dispositions dans le territoire, alors même qu'elles auraient été faites dans un pays où elles seraient autorisées ou permises.²²⁰⁹

Les lois d'ordre public sont présentées, en l'espèce, sous la forme d'une exception qui pourrait être soulevée par le juge, d'office ou non, à chaque fois qu'une loi étrangère, conférant le sceau de la légitimité d'un droit contraire aux valeurs et aux principes supérieurs de l'Etat, prétendrait à s'appliquer – en vertu du droit privé volontaire ou du droit privé nécessaire – sur son territoire. Entendu ainsi, l'ordre public s'attache à certaines lois de droit privé en les dotant d'une impérativité particulière et s'oppose donc à la reconnaissance d'institutions étrangères qui sont directement contraires à ces lois : le législateur du lieu, à défaut d'avoir le pouvoir d'abolir ces institutions ou de les ignorer (puisque les lois étrangères sont censées produire effet en vertu du droit et non de la courtoisie), garde toujours celui de les rejeter.

L'intervention de l'ordre public pour contrecarrer l'application normale de la loi étrangère est loin d'être, en soi, chose nouvelle, mais rares ont été, jusqu'ici, les auteurs qui ont accepté de s'aventurer sur le terrain de la définition théorique. Au regard de certains exemples qu'il avance, Mancini a sans doute bénéficié, pour nourrir sa définition, des réflexions émises par ses prédécesseurs et contemporains, comme Savigny et Brocher. Quoi qu'il en soit des éventuelles influences qui ont pu s'exercer sur lui, il n'en demeure pas moins que les cas de figure qu'il avance sont des lieux communs de la littérature juridique en ce qui concerne l'action de l'ordre public ou des lois de police, au moins au regard de ceux des juristes issus d'un pays soumis au régime du Code civil. Toutefois, il faut relever que, dans cet extrait, Mancini expose une compréhension très vaste de l'ordre public propre à une société étatique donnée. La compréhension qu'a Mancini du champ d'action de l'ordre public est donc très vaste : les considérations économiques, qui vont jusqu'à réputer arriérées et « féodales » certaines institutions étrangères, y ont autant leur place que la défense des valeurs morales, des droits les plus sacrés de la morale humaine, des libertés publiques.

C. Le fondement commun : la souveraineté de l'Etat.

Si ces deux classes se trouvent ainsi réunies par Mancini dans une seule et même catégorie de lois strictement territoriales, c'est parce qu'elles trouvent leur justification naturelle dans le double principe de « souveraineté et d'indépendance politiques »²²¹⁰ de l'Etat-Nation, dont elles sont l'émanation sur le plan du conflit de lois. A la différence du droit privé volontaire, les lois de droit public et d'ordre public doivent être qualifiées de « nécessaires », parce qu'elles sont indispensables au bon maintien de l'ordre et de l'équilibre de la société qui les a instituées et qui repose sur elles. Puisqu'il n'est de société qu'étatique, ces lois se bornent nécessairement au territoire qui délimite le périmètre de puissance du gouvernement :

Nous considérons donc comme nécessaires aussi les rapports essentiels de l'ordre public, les conditions qui la constituent, enfin, les sacrifices individuels exigés pour l'établissement d'un pouvoir public fort, tutélaire et imposant, que l'on appelle souveraineté ou gouvernement. Et comme la garantie et la protection de l'Etat concernent les droits de tous ceux qui habitent le

²²⁰⁹ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, VIII, pp. 296-297.

²²¹⁰ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, VIII, pp. 296, 298 et 299 (pour les différentes mentions de cette expression).

territoire, il est juste que tous restent assujettis à de tels sacrifices.

D'où il résulte que, si, d'un côté, l'individu hors de sa patrie peut réclamer de toute souveraineté étrangère, en sa qualité d'homme et au nom du principe de nationalité, la reconnaissance et le respect de son *droit privé national*, le pouvoir souverain de chaque État étranger peut, d'un autre côté, au nom du principe de *l'indépendance politique* de l'État, interdire, dans les limites de son territoire, toute infraction à son *droit public* et à *l'ordre public* du pays tel qu'il a été constitué par la volonté nationale. C'est donc à bon droit que l'État refuse de reconnaître à l'étranger toute qualité ou toute faculté qui serait une lésion du droit public du pays où il reçoit l'hospitalité, et le contraint à observer tous les règlements et toutes les dispositions des lois d'ordre public et de police, moyens de maintenir l'ordre et la paix publique. Et, réciproquement, le pouvoir souverain du pays de l'étranger peut, même dans ces matières qui touchent à l'ordre public et au droit public, refuser tout effet à des actes passés en pays étranger alors qu'ils lèsent l'ordre public, quoique, là où ils ont été passés, ils soient réputés légitimes et permis. Bref, chaque État, en vertu du droit général d'égalité et d'indépendance nationale, doit se considérer comme ayant le pouvoir absolu de garder son droit public tel qu'il l'a conçu et établi, sans qu'il puisse y être mis obstacle par des influences étrangères, soit collectives ou privées, soit émanées de gouvernements étrangers.²²¹¹

En dépit de l'esprit nouveau qu'il entend insuffler dans la théorie des statuts et en dépit des prises de position extrêmement critiques à l'égard de la *comitas gentium*, le juriste italien reste dans la ligne de la tradition et s'approprie volontiers les mécanismes que les anciens statutaires avaient discernés en leur temps. Sur la question particulière des lois territorialement impératives, c'est-à-dire les lois de droit public (de « police ») et d'ordre public, Mancini doit certainement beaucoup plus aux Hollandais qu'il n'entend l'admettre. Ceux-ci sont autant, sinon plus, attachés au principe de souveraineté et c'est pour cette raison qu'ils ont cherché dans la dichotomie *summum jus/comitas* le moyen le plus pertinent de faire respecter de tous, donc y compris des étrangers présents sur le territoire, la souveraineté de chaque Etat sans préjudicier au commerce privé. Quoiqu'il s'en défende, le juriste italien n'est pas si éloigné avec sa distinction entre droit privé national et droit public, du point de vue méthodologique, de la démarche des auteurs de la théorie des statuts qui, au XVIII^e siècle, raisonnaient sur les statuts personnels et les statuts réels *ab effectu*. Comme eux, il rassemble, dans une catégorie à part entière, la souveraineté et la territorialité²²¹².

Pourtant, Mancini considère comme un progrès scientifique d'avoir substitué les appellations, beaucoup plus éclairantes et intelligibles à ses yeux, de « droit privé et domestique » et de « droit public et politique » à celles, plus anciennes, de « statut personnel » et de « statut réel », en partant de l'idée que la doctrine des statuts n'a pas su restituer leur véritablement fondement à ces deux types de statuts. Or, si lui-même semble attacher un grand prix à cette question de terminologie, force est de constater qu'il s'agit là bien plus d'un jugement de forme que d'un dissentiment de fond. Dans l'esprit de Mancini, quelle que soit la manière que l'on choisit de nommer ces règles, le droit privé et domestique renvoie explicitement au statut personnel, tandis que le droit public et politique fait directement écho au statut réel :

Si l'on fait ces changements, on comprend facilement pourquoi les lois de la première catégorie

²²¹¹ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, VIII, p. 296.

²²¹² Etienne BARTIN, *Principes du droit international privé*, Paris, 1930, tome 1^{er}, p. 169, commente ainsi la doctrine de Mancini à propos des lois de droit public et d'ordre public : le juriste italien « s'attache d'abord à déterminer les points sur lesquels, dans un Etat donné, la souveraineté de l'Etat s'impose à l'individu, quel qu'il soit, étranger ou ressortissant. Ces points, c'est l'intérêt de la conservation de l'Etat qui les détermine. Les droits de l'Etat sur l'individu sont ici d'origine et de nature politiques, et l'indépendance de l'individu disparaît. Cela signifie, en droit international privé, que la loi territoriale s'impose à l'individu, même étranger, dans la mesure où les règles qu'elle établit intéressent la conservation de l'Etat, la « cohésion sociale » ».

peuvent et doivent conserver toute leur force et régler les conditions de la personne et de la famille, même en dehors du territoire ; on comprend pourquoi le pouvoir souverain d'un État a le devoir d'en laisser la jouissance aux étrangers de toutes les nations qui se trouvent sur son territoire ; — pourquoi, au contraire, les lois de la seconde catégorie exercent rigoureusement leur action dans les limites de chaque État respectif, et au lieu de rester inertes en présence de la personnalité étrangère, règnent sur elle, et l'obligent à ne pas troubler l'ordre et le droit publics du pays.²²¹³

La dernière phrase eût pu tout aussi bien se trouver sous la plume d'un juriste hollandais ou de l'un de ses épigones. C'est par contraste avec ces lois de droit public et d'ordre public que se définissent les règles supplétives qui ressortissent du droit privé volontaire. En effet, ces règles sont instituées pour permettre aux particuliers, ressortissants nationaux comme étrangers, d'exprimer pleinement ce que Mancini appelle leur « liberté inoffensive » dans le règlement de leurs rapports interindividuels. Grâce à la bénédiction que lui accorde l'ordre juridique sous l'empire duquel ils se placent par ses règles supplétives, la volonté des personnes privées ne fait pas « offense » au droit public et à l'ordre public, qui leur laissent le champ libre. En théorie, les deux catégories de lois ne sont pas censées entrer en confrontation, chacune abandonnant à l'autre les rapports de droit sur lesquelles elle ne prétend pas exercer son pouvoir²²¹⁴.

Au fond, le principal reproche que formule Mancini à l'encontre des auteurs statutaires qui l'on précédé est de n'avoir pas assez mis en lumière, et exprimé en des termes suffisamment marquants, la notion d'ordre public, envisagée du point de vue du droit international, occultant le fait que, pour les auteurs anciens, ce mécanisme a longtemps revêtu la forme du statut réel. La raison en est l'impuissance dans laquelle se seraient, selon lui, trouvés ces auteurs, à l'exception de Huber, à projeter les questions de conflit de lois dans une dimension internationale, et non plus intercoutumière, et à cerner la part de droit public que comprennent les « conflits entre souverainetés politiques » :

On conçoit aussi combien le défaut de cet élément dans la jurisprudence statutaire, c'est-à-dire de l'idée de l'ordre public en cas de conflit entre deux souverainetés politiques, a dû nécessairement mutiler la doctrine et la rendre impuissante à résoudre complètement les conflits internationaux.²²¹⁵

Si les affirmations de Mancini peuvent sans doute prêter à discussion, elles traduisent, néanmoins, à leur manière, la volonté de l'auteur de restituer la dimension publiciste, et même international-publiciste, du conflit de lois : lui-même parle de « conflit entre deux souverainetés politiques ». Les lois de droit public et d'ordre public sont peut-être la meilleure illustration de ce conflit de souverainetés, puisque Mancini conclut l'exposé de ses trois catégories de lois par leur évocation en ces termes :

En dernier lieu, chaque législateur sauvegarde le droit de souveraineté et d'indépendance politiques, lorsqu'il assujettit indistinctement l'étranger aussi bien que ses concitoyens aux lois pénales du territoire et aux lois d'ordre public du pays, c'est-à-dire au respect le plus scrupuleux de son droit politique.²²¹⁶

C'est donc ce « droit de souveraineté et d'indépendance politiques » qui se concrétise, sur le plan législatif, dans l'article 11 des « dispositions préliminaires » du Code civil italien de 1865

²²¹³ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, VIII, pp. 297-298.

²²¹⁴ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, VIII, pp. 298-299.

²²¹⁵ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, VIII, p. 298.

²²¹⁶ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, VIII, p. 299.

relatives au droit international privé et rédigées par la sous-commission de rédaction présidée par Mancini lui-même²²¹⁷. En effet, les articles 6 à 12 constituent, des propres mots de leur auteur, « le premier essai d'une codification systématique des principes qui règlent cette matière et de ses questions fondamentales ». Couplé avec l'article 12, qui, lui, reproduit la substance de l'article 6 du Code civil sur les lois prohibitives et l'ordre public, l'article 11, qui porte sur les lois de droit public et pénal, n'est autre que la transposition de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil français :

Art. 11. – Les lois pénales et les lois de police et de sûreté publique sont obligatoires pour tous ceux qui se trouvent sur le territoire du royaume.

Art. 12. — Malgré les dispositions des articles précédents, dans aucun cas les lois, les actes et les jugements d'un pays étranger, et les dispositions et conventions privées, ne pourront avoir d'effet contre les lois prohibitives du royaume concernant les personnes, les biens ou les actes, ni contre les lois qui regardent d'une manière quelconque l'ordre public et les bonnes mœurs.²²¹⁸

Les termes mêmes de l'article 11 montrent que Mancini n'a pas entendu formuler, avec ses propres mots, la règle de la territorialité des lois de droit public et d'ordre public, mais puiser dans sa source d'inspiration directe qu'est l'article 3, alinéa 1^{er} et reprendre à son compte les notions de lois de police et de sûreté publique (ici, distinguée de la sûreté pénale) que contiennent le code français. Les termes de l'article 12, pour leur part, prêtent à ambiguïté : en effet, parce que sa conception de la notion est unitaire, Mancini ne distingue pas entre ordre public interne et ordre public international et transpose de la sorte la substance de l'article 6 du Code civil français sur le plan international. Or, par la généralité des termes qu'il emploie, cet article 12 présente le risque de faire basculer un nombre important de lois civiles des domaines de l'autonomie de la volonté et de la loi nationale dans celui de la loi territoriale, mettant alors en péril les deux premiers principes et anéantissant ainsi les efforts du rédacteur²²¹⁹. En dépit de cette ambiguïté, l'intention de Mancini ne fait aucun doute. De ces articles 11 et 12, il souligne qu'ils ont tous deux « pour but de sauvegarder tous les droits de la souveraineté et de l'indépendance politique de l'Etat et tous les intérêts d'ordre public ». De fait, si la rédaction en tant que telle demeure d'inspiration française, l'esprit et l'interprétation sont indiscutablement à placer sous l'empire des idées du juriste italien.

La contribution de Mancini à l'histoire de l'ordre public et des lois de police tient au renversement qu'il opère à l'égard de la tradition statutiste. Si sa doctrine, à bien des titres, est l'héritière de la vénérable théorie des statuts, dont elle reprend les différentes catégories de lois pour les projeter sur le plan international, elle s'en émancipe afin de faire valoir un esprit nouveau, bien plus tourné vers l'individu et la protection de ses intérêts, et s'évertue à agencer et à proposer un système qui rompe ouvertement avec la pesanteur du territorialisme. Au moment d'envisager

²²¹⁷ Sur la codification italienne de 1865, voir Erik JAYME, « Considérations historiques... », *op. cit.*, pp. 39-49 (qui s'intéressent exclusivement à l'article 12, au détriment de l'article 11) et ID., *Pasquale Stanislao Mancini*, *op. cit.*, chapitre IV, pp. 27-28.

²²¹⁸ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, IX, p. 300.

²²¹⁹ Erik JAYME, « Considérations historiques... », *op. cit.*, pp. 47-48, relève, sur ce point, les discussions qui ont pu porter sur la rédaction de l'article 12 et relève l'ambiguïté qui en résulte. Il prend, à juste titre, l'exemple du droit de la famille, normalement soumis à l'empire de la loi nationale. Est-il sérieux d'imaginer que Mancini ait pu envisager que les lois qui y sont relatives, et qui sont, pour un grand nombre d'entre elles, indiscutablement d'ordre public interne, puissent être qualifiées, par extension, d'« ordre public » international, signifiant alors l'éviction de la loi nationale étrangère au profit exclusif de la loi italienne ? Conscient de la difficulté, Mancini a tenté d'atténuer la portée de l'article, par l'insertion de la précision relative aux « lois prohibitives », mais les critiques n'ont pas désarmé sur ce point.

les lois territorialement impératives, Mancini s'approprie la définition *ab effectu* du statut réel et la dimension publiciste attachée historiquement à ces statuts : sur ce point, sa dette est forte envers les Hollandais et les statutaires français du XVIII^e siècle. Or, la place de ces lois n'est plus la même. Dans un système qui prône, cette fois-ci, l'exportation universelle des lois nationales et érige le principe de nationalité en vecteur d'internationalité, qui impose aux Etats de reconnaître et même de garantir, au nom de la justice, l'application de la loi nationale d'un étranger, et qui élargit le domaine de cette dernière au point d'en faire la catégorie de droit commun, le rôle des lois de droit public et d'ordre public semble se réduire à leur pré carré le plus strict. C'est sur ce point que le renversement se fait le plus sentir : la territorialité cède la préséance à la personnalité. De ce fait, la doctrine de Mancini contribue bien davantage à faire émerger l'idée selon laquelle l'ordre public, même érigé en catégorie à part entière, intervient, en réalité, à titre d'exception – là où les théories hollandaises, et notamment la *comitas gentium*, ne l'envisageaient qu'à titre principal – qu'elle ne renouvelle, fondamentalement, l'approche des lois de police proprement dites.

Même reléguée au rang d'exception, cette catégorie de lois n'a pas, pour autant, perdu de son importance. Même s'il croit authentiquement dans l'existence d'un droit naturel et dans celle d'un droit des gens qui unirait le genre humain au-delà des frontières, sa conception du droit international unitaire (privé et public) est, fondamentalement, celui d'un droit des Etats-Nations souverains. Dans la logique qui est la sienne, Mancini est profondément sensible à la différence qui existe entre les peuples et, donc, entre les diverses législations qui sont le reflet des génies particuliers à ces peuples, constitués en Nations et en Etats. Il s'appuie, d'ailleurs, sur la théorie des climats chère à Montesquieu²²²⁰. Dès lors, qu'une loi nationale étrangère puisse être jugée incompatible avec les valeurs du for, que la règle qu'elle porte, positivement approuvée par le peuple qui en est à l'origine, soit pourtant objet de scandale aux yeux de l'extérieur, que les conceptions sociales et économiques varient d'un Etat à un autre, est chose parfaitement naturelle pour lui. Le libre échange des lois nationales, si souhaitable soit-il, ne peut décemment se pratiquer et se développer sans qu'il ne soit nécessaire d'instaurer des remparts puissants qui empêcheront d'éroder la cohésion nationale de s'effriter sous le poids des diverses lois étrangères qui s'appliqueraient sans frein sur le territoire. Cette crainte, et la réponse que les personnalistes lui apportent à travers la notion d'ordre public, susciteront, plus tard, les virulentes critiques d'un territorialiste tel que Vareilles-Sommières en France et nourriront, en retour, son nationalisme de défense²²²¹.

Deux classes de lois territoriales sont donc susceptibles de régler et de perturber le jeu normal de la liberté individuelle et du principe de nationalité. La première classe ne pose pas de difficultés : les lois pénales et les lois de droit public sont communément, et sauf exceptions, destinées à s'étendre sur l'ensemble du territoire et à l'ensemble des personnes qui s'y trouvent. La seconde repose davantage sur un paradoxe. En effet, Mancini laisse la porte ouverte à une interprétation extensive de « l'ordre public », en envisageant d'y inclure les règles de droit privé, chaque fois qu'une loi étrangère – le plus souvent, appartenant au droit privé nécessaire – entre en contradiction avec l'une d'entre elles. Le socle des lois d'application territoriale en vient donc à regrouper les valeurs jugées les plus essentielles à une société étatique, y compris lorsqu'elles appartiennent au domaine civil ou au domaine commercial. Une délimitation extensive du périmètre de ces lois ou encore un usage fréquent de cette exception risque ainsi de mettre en péril

²²²⁰ Pasquale Stanislao MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, II, pp. 224-225, et VIII, p. 293. Voir Erik JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini, op. cit.*, chapitre XII, pp. 57-58.

²²²¹ Sur les critiques formulées par la doctrine de Vareilles-Sommières, voir, *infra*, pp. 896-925.

l'équilibre de l'ensemble et d'en révéler les fragilités. Mais, sur ce point, Mancini ne s'expliquera jamais, car son rapport se veut un exposé théorique des grandes lignes générales qui définissent sa doctrine et n'a pas vocation à rentrer dans les détails. Ce que le célèbre juriste italien n'a pas eu le temps, ou l'intention, d'écrire, il a appartenu à ses successeurs d'en livrer la substance. Par l'intermédiaire de son rapport, aboutissement de toute une vie de réflexion, Mancini, fort du retentissement de ses idées et de son prestige personnel, laisse derrière lui un héritage, qu'il appartient à ses successeurs de cultiver et de fructifier. A une époque où les esprits semblent mûrs pour accueillir avec ferveur une conception individualiste et libérale du droit international privé, comme en témoignent les œuvres contemporaines de Laurent et de Brocher, Mancini pave la voie à des juristes italiens et français partisans d'un personnalisme universaliste exaltant les vertus de la loi nationale : l'École personnaliste, italienne²²²², française ou belge, a alors en charge de mettre en œuvre le système dessiné par l'illustre fondateur et de le confronter avec la réalité jurisprudentielle.

§ 2. François Laurent et les lois d'intérêt général au service des droits de la société.

Contemporain de Mancini, le Belge François Laurent (1810-1887) est, tout autant que le célèbre juriste italien, une figure éminente de l'école personnaliste²²²³. La vision qu'il expose du « droit civil international » est similaire, en bien des points, à celle de Mancini, avec lequel il entretient les rapports les plus cordiaux et dont la pensée, telle qu'elle s'exprime dans le Rapport présenté à l'Institut de Droit International de Genève a certainement exercé une forte influence sur la rédaction de son propre *Droit civil international*. Esprit profondément libéral, porté par un amour et une foi inébranlables envers l'Humanité, à laquelle il a consacré l'une de ses premières œuvres, et, néanmoins, animé d'un patriotisme ardent envers la nation belge que sa situation personnelle n'avait pu qu'attiser, François Laurent est un partisan de longue date de la personnalité du droit. Sa pensée se développe en deux temps. Professeur à l'Université de Gand de 1836 à 1882, après avoir été avocat, il se fait, tout d'abord, connaître pour son œuvre d'historien et pour celle de civiliste. Ainsi, son exégèse approfondie du Code civil français et belge se matérialise dans les trente-trois volumes de ses *Principes de droit civil*, dont la parution s'étale de 1869 à 1878²²²⁴. Dès le premier volume, l'article 3, vu comme l'emblème de la théorie des statuts traditionnelle, se trouve soumis à un examen critique soutenu qui marque la première étape de la carrière d'internationaliste de François Laurent. Les *Principes de droit civil* se situent entre continuité et rupture. La continuité se

²²²² Parmi les héritiers internationalistes de Mancini en Italie se détache, sans conteste, la figure de Pietro ESPERSON (1833-1917), l'un des plus fidèles élèves de la pensée de Mancini en matière de droit international privé. Professeur de droit international à l'Université de Pavie, il est l'auteur d'un ouvrage fondamental, qui marque les débuts de la pensée personnaliste en Italie : *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*, paru à Pavie en 1868, et d'une étude du *Movimento giuridico in Italia e nel Belgio sul Diritto internazionale privato*, publié à Florence en 1870, qui fait allusion aux premiers travaux de François Laurent. Esperson livre également une étude détaillée des « dispositions préliminaires » du Code civil italien de 1865 au *Clunet* : « Le droit international privé dans la législation italienne », *Clunet*, 1879, pp. 329-351, et 1880, pp. 245-259 et 337-346. Sur les successeurs internationalistes de Mancini, voir Eloïsa MURA, *All'ombra di Mancini. La disciplina internazionalistica in Italia ai suoi albori*, 2017.

²²²³ Sur la vie et l'œuvre de François Laurent, voir Jules LAMEERE, « Notice sur François Laurent », *Annuaire de l'Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique*, Bruxelles, 1905, pp. 191-354, ainsi que les contributions parues dans le *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, édité par Johan ERAUW, Boudewijn BOUCKAERT, Hubert BOCKEN, Helmut GAUS et Marcel STORME, Bruxelles, 1989. Voir aussi Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, *op. cit.*, pp. 91-94.

²²²⁴ François LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles et Paris, 33 volumes, 1869-1878. Sur François Laurent exégète, voir Joseph CHAROMT et Arthur CHAUSSE, « Les interprètes du Code civil », *Livre du centenaire du Code civil (1804-1904)*, Paris, 2004, pp. 131-172, spéc. pp. 160-162, et Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, n°36, p. 69.

traduit par une démarche statutiste, héritée de l'Histoire, qui divise, *ab effectu*, les lois en lois personnelles et en lois réelles. La rupture, elle, se manifeste dans l'esprit : la volonté de se départir de solutions encore trop empreintes du statutisme traditionnel, dont il dénonce l'emprise sur la législation, la doctrine et la jurisprudence françaises, au profit d'une promotion des intérêts de la personne. Conformément à la vision que Laurent se fait des progrès de l'humanité, les différents Etats doivent admettre qu'ils ont pour mission de prendre à charge ces intérêts individuels par le développement des lois personnelles, identifiées aux lois nationales²²²⁵, à l'aide, si besoin, des traités internationaux. Mais Laurent n'oublie pas pour autant ces marqueurs de souveraineté que sont les lois réelles et il leur accorde également un rôle d'importance. Il réserve ainsi à l'Etat le droit d'opposer l'ordre public, celui qu'incarnent les lois de police et de sûreté de l'alinéa 1^{er}, à chaque fois qu'une loi nationale étrangère serait en contradiction avec ses intérêts propres. Les lois de police sont donc rangées parmi les lois réelles. L'approche de Laurent n'est pas sans entretenir des liens de parenté très forts avec celle qu'exposait le président Bouhier, un siècle plus tôt.

Durant les années 1870, l'attraction de Laurent pour les questions de droit international privé se renforce. Outre les liens tissés avec Mancini et avec toute une communauté de juristes de divers horizons convaincus de la nécessité de refondre le droit international privé sur des bases nouvelles²²²⁶, les premiers travaux de l'Institut de Droit international de Gand, dont il devient l'un des premiers membres cooptés, et l'apparition de revues juridiques de premier plan convainquent Laurent de revenir sur les vues esquissées dans ses *Principes de droit civil* pour les développer et les systématiser dans une œuvre, cette fois-ci, toute entière consacrée à ce qu'il appelle le « droit civil international ». La deuxième étape est donc marquée par les huit tomes de son *Droit civil international*, publiés en 1880 et 1881²²²⁷. Affranchi du carcan formel que lui imposait la méthode exégétique et encouragé par un environnement intellectuel propice au développement du personnalisme, Laurent peut exposer, de manière plus complète, ses idées en matière de droit international privé et bâtir son système sur une adhésion pleine et entière au principe de nationalité, tel qu'il l'avait mis en avant dans ses *Principes* et tel que Mancini et ses disciples l'ont promu à la même époque²²²⁸. De fait, les grandes lignes de la doctrine de Laurent s'inspirent avec une grande fidélité des idées directrices émises par le grand juriste italien et, en particulier, la division tripartite des lois fondées sur la liberté, la nationalité et la souveraineté. Cette organisation le conduit dès lors à chercher un critère adéquat qui permettrait ainsi de distinguer ces différentes catégories parmi la diversité de la législation propre à une nation. L'apport de Laurent consiste à faire le départ entre les lois qui regardent les « intérêts privés » et celles qui incarnent « l'intérêt public », en usant volontiers d'un vocabulaire statutiste proche de celui qu'auraient employé les Hollandais et Bouhier. Dès lors, les lois personnelles et l'autonomie de la volonté expriment l'intérêt privé des

²²²⁵ Sur le principe de nationalité et le rôle de la loi nationale chez Laurent, voir Hans Ulrich JESSURUN D'OLIVEIRA, « Principe de nationalité et droit de nationalité. Notes de lecture au sujet du *Droit civil international* de François Laurent », *Liber memorialis François Laurent, op. cit.*, pp. 819-836.

²²²⁶ Sur ces liens, abondamment documentés, voir, entre autres, quelques exemples avec Tito BALLARINO, « La traduction italienne du *Droit civil international* », *Liber memorialis François Laurent, op. cit.*, pp. 669-678 (sur les rapports entre Laurent et les juristes italiens) et Kurt SIEHR, « Johann Caspar Bluntschli et le droit des conflits de lois dans le Code civil du Canton de Zürich de 1853-1855 », *eod. loc.*, pp. 1017-1038 (sur l'œuvre du Zurichois Bluntschli, correspondant régulier de Laurent). Les rapports entre Laurent et Brocher ont été nettement plus traversés de désaccords et de polémiques : voir, notamment, Charles-Antoine BROCHER, « Le droit international privé. Le *Droit civil international* par François Laurent », *Clunet*, Paris, 1880, p. 279-292.

²²²⁷ François LAURENT, *Droit civil international*, Bruxelles et Paris, 8 volumes, 1880-1881.

²²²⁸ François LAURENT, *Droit civil international*, tome I^{er}, Bruxelles et Paris, 1880, Introduction, § n°1-42, pp. 9-95, qui est la reprise fidèle de ses « Etudes sur le droit international privé », parues au *Clunet*, n°5, 1878, pp. 309-344 et 421-446 ; n°6, 1879, pp. 5-21.

ressortissants d'une Nation en quelque lieu qu'ils se trouvent, alors que les lois réelles – entendre : territoriales – se retrouvent en charge de la défense des « droits de la société ». De manière très classique, l'empire de ces lois réelles ne s'étend qu'à l'intérieur des limites géographiques de la souveraineté dont elles émanent. Dans cet ordre de pensée, les lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er} des Codes civils français et belge sont des lois réelles, dont la force impérative soumet aussi bien les nationaux que les étrangers présents sur le territoire, et qui sont, dès l'origine, teintées de droit public et de droit pénal. Mais sa réflexion évolue au fur et à mesure de son œuvre, peut-être sous l'influence de certains de ses contemporains, comme Mancini et Brocher, et Laurent élargit le spectre des lois relatives aux droits de la société à des lois qui ont pour but de préserver les « bonnes mœurs » et, ainsi, de faire obstacle à la pénétration d'une institution étrangère qui serait contraire aux valeurs de la société théoriquement destinée à en accueillir les effets. Ces dernières lois correspondent à ces dispositions que Mancini ou encore les auteurs français n'hésiteraient pas à qualifier d'« ordre public », mais Laurent se défie de l'usage trop extensif de cette dernière expression. Au final, son système équivaut à celui de Mancini, en dépit des différences terminologiques : il revient à coupler les lois de droit public et les lois sur les bonnes mœurs dans une classe de lois pleinement autonome, les lois relatives aux droits de la société (A.), dont la fonction est d'assurer la conservation de la société sur le territoire soumis à sa souveraineté.

Porté par un souffle indéniablement individualiste et libéral, qui le conduit à s'engager fortement en faveur du personnalisme, le système de Laurent prend racine dans une volonté de rupture avec la souveraineté/territorialité d'origine hollandaise, dénoncée sous la double forme des doctrines de la courtoisie internationale et de l'intérêt national. La souveraineté ne peut plus être cette souveraineté impérieuse, absolue et étroitement territoriale, à l'heure où sa dimension personnelle s'évanouit dans la diversité des Etats-nations. Si la souveraineté territoriale s'efface, c'est pour mieux se concentrer dans les droits de la société, qui sont le fondement et la raison d'être de ces lois d'intérêt général. Il est demandé à ces lois de respecter le domaine qui leur est fixé et d'en déborder le moins possible les limites. Or, et si on laisse de côté le champ ouvert à la loi d'autonomie, l'économie de l'édifice érigé par Laurent repose sur des fondations indéniablement statutistes et le juriste belge est conduit, insensiblement, à se prononcer sur l'articulation entre les lois réelles et territoriales, d'une part, et les lois personnelles et extraterritoriales, d'autre part. Or, quoi qu'il s'en défende avec vigueur, son parti-pris en faveur du personnalisme et, plus encore, son inclination pour une présomption de personnalité du droit – qui rapproche encore plus l'œuvre de Laurent de celle du président Bouhier – lui imposent de faire fonctionner les lois d'intérêt général, lois réelles par excellence, comme des exceptions aux lois personnelles. De fait, c'est reconnaître que la vie juridique exige parfois de préserver la supériorité des droits de la société à l'encontre des droits des individus, ressortissants nationaux ou étrangers, et que seules les lois réelles sont à même d'assurer cette mission : il importe donc de définir ce que l'auteur entend par « droits de la société », puisqu'ils sont la justification des lois d'intérêt général (B.). Le paradigme hérité de d'Argentré et des Hollandais s'inverse alors : la territorialité cède la préséance à l'extraterritorialité ; l'intérêt général se restreint au profit de l'intérêt individuel ; et les lois de police – intégrées dans l'ensemble plus vaste que sont les lois d'intérêt général – voient leur périmètre se resserrer.

A. Les lois d'intérêt général : lois de droit public, lois pénales, lois sur les bonnes mœurs.

Dans le premier tome de ses *Principes de droit civil*, paru en 1869, François Laurent entreprend l'exégèse de l'article 3 du Code civil et c'est à cette occasion qu'il livre sa première

dissertation relative aux conflits de lois. En décortiquant les trois alinéas qui composent l'article, il est ainsi amené à définir ces « lois de police et de sûreté » qui figurent à l'alinéa 1^{er}. Devançant de quelques années le rapport remis par Mancini à l'Institut de droit international, et sans rien connaître encore des idées du juriste italien, le professeur de droit civil à l'Université de Gand réunit, sous cette bannière de l'alinéa 1^{er}, les lois de droit public et les lois relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs en une seule catégorie de lois qu'il définit comme territorialement impératives et dont il trouve le dénominateur commun dans la défense des « droits de la société », par opposition aux droits des personnes privées ou des particuliers. Lorsqu'il reprend, quelques années plus tard, cette même interprétation de l'alinéa 1^{er} dans le deuxième tome de son *Droit civil international*, c'est pour développer alors l'importance du rôle que sont amenés à jouer les droits de la société par rapport aux intérêts privés. Pour constituer cette catégorie, qu'il regroupe désormais sous le titre de « lois d'intérêt général », Laurent se montre, tout d'abord, fidèle à l'interprétation classique de l'alinéa 1^{er}, celle que relaie, tout à la fois, l'approche exégétique et la tradition statutiste, et fait de cette disposition l'emblème de la souveraineté des lois de droit public et des lois pénales sur le plan international (1.). Mais, ensuite, sa réflexion se fait moins assurée et semble amender ses fermes positions de principe. En effet, à la catégorie des lois d'intérêt général, il agrège les règles relatives à la responsabilité civile, ce qui, par mimétisme avec le droit pénal, conduit à intégrer la *lex loci delicti* parmi les dispositions visées par l'article 3, alinéa 1^{er} (2.). Au droit public et au droit pénal, viennent donc s'ajouter des règles de droit privé, en dépit des affirmations de l'auteur en sens contraire. De même, lorsqu'il est conduit à s'interroger sur le sort à réserver aux lois relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs, le domaine de l'alinéa 1^{er} s'étend, une nouvelle fois, en direction du droit privé. S'il rejette fermement l'appellation même d'ordre public, qui lui semble trompeuse par sa polysémie, Laurent reconnaît la nécessité d'un mécanisme chargé d'évincer la loi étrangère lorsqu'elle menace les valeurs défendues par l'ordre juridique du for. Les dispositions qui sont ainsi actionnées par le juge et qui, par hypothèse et par élimination, doivent nécessairement appartenir au droit privé, sont désignées sous le nom de « lois sur les bonnes mœurs » (3.). Malgré une éclosion laborieuse qui semble tiraillée par des aspirations contradictoires, et même si elle semble faite presque à contrecœur, il n'en demeure pas moins que cette consécration doctrinale est l'une des premières à se manifester au sein de la doctrine internationaliste renaissante.

1) Les lois d'intérêt général : les lois de droit public et les lois pénales.

L'affirmation ne saurait, en elle-même, surprendre. Laurent s'inscrit pleinement, sur ce point, dans la tradition statutiste, celle qui s'est installée en doctrine et en jurisprudence depuis l'avènement des thèses de l'Ecole Hollandaise. De fait, il use du même langage que celui qu'aurait employé le président Bouhier un siècle plus tôt, en assimilant donc statuts réels et lois territoriales, et il entreprend de souligner toute la force territoriale et impérative qui caractérise les lois de police et les lois de sûreté, telles que les envisagent le droit public et le droit pénal. Dans les *Principes de droit civil*, le principe est, d'abord, posé avant d'être étayé par des exemples concrets :

105. Les lois de police et de sûreté sont des lois réelles, car, aux termes de l'article 3 du code, elles obligent tous ceux qui habitent le territoire. Il ne saurait y avoir le moindre doute sur le principe ; il découle du droit et du devoir qu'ont les nations de se conserver. Mais l'application a donné lieu à des difficultés. Que faut-il entendre par lois de police et de sûreté ? Il est certain que le mot *lois* doit être pris dans sa plus large acception, et qu'il comprend non seulement les actes du pouvoir législatif, mais aussi les règlements communaux ; ces règlements ont force de loi pour les habitants

de la commune, on peut donc les assimiler aux lois. Il est certain encore que par lois de police et de sûreté, le législateur a voulu désigner toutes les lois qui ont pour but de maintenir l'ordre social. De là suit qu'il ne faut pas limiter le principe aux lois pénales : il y a une police préventive qui tend à empêcher les délits, elle tient certainement à l'ordre public. La jurisprudence française a donné une plus grande extension au principe de l'article 3 ; nous allons rapporter les décisions, en y ajoutant nos réserves.²²²⁹

Dans les *Principes de droit civil*, la démarche de Laurent est encore celle d'un adepte de l'exégèse, qui ne se démarque guère de celle qu'adoptent les autres interprètes du Code civil de son époque²²³⁰. De même que ces derniers, le juriste belge insiste particulièrement sur la dimension publiciste qui s'attache aux lois de police et de sûreté. Le périmètre qu'il leur assigne est très étendu : il rappelle ainsi que c'est bien l'ensemble de l'activité législative et réglementaire propre à la puissance publique qui est inclus dans cette classe de lois, et non les seules lois pénales. La définition qu'il en propose alors s'articule, de manière manifeste, autour des notions traditionnelles de « police » et de « sûreté ».

L'échantillon jurisprudentiel que Laurent livre dans les paragraphes suivants est, sans doute, bien plus révélateur de la manière dont il juge l'intervention de ces lois de police dans le champ de l'activité privée. En effet, il se révèle très critique sur l'usage très large que les juges français ont pu faire des lois de police à l'encontre des lois personnelles, usage qu'il juge excessivement territorialiste et contraire à l'esprit généreux qui doit être celui du droit international privé. Pour lui, il semble nécessaire de borner le champ matériel d'application de l'article 3, alinéa 1^{er}, et éviter que celui-ci ne vienne déborder sur les questions de droit privé. Lorsqu'ils appellent une protection spéciale de la part du législateur, les intérêts privés doivent être pris en charge par la classe des lois personnelles et être laissés en dehors du périmètre des lois de police et de sûreté. C'est ce raisonnement qui explique les vives critiques que Laurent émet à l'encontre de l'extension jurisprudentielle des lois de police et de sûreté aux questions de droit privé. Il désapprouve ainsi la solution posée par le célèbre arrêt *MacMahon* du 22 mars 1806, au prétexte que la matière du divorce ne concerne en rien la police et la sûreté de l'Etat²²³¹. Mais ses réserves s'adressent aussi aux décisions qui permettent au conjoint le plus faible d'assurer sa sûreté en quittant le domicile conjugal, alors même que le tribunal se déclare incompétent pour juger du fond. Il en va de même dans le cas du mari étranger condamné par les tribunaux français à fournir des aliments à sa femme, quand la loi personnelle régissant leurs relations de mariage serait muette ou ne le permettrait pas. En effet, Laurent préconise, dans l'un et l'autre cas, de s'en remettre au statut personnel des époux étrangers, par application de la règle implicite contenue dans l'alinéa 3, et de s'en référer à la loi du mariage – loi qui fixe la puissance d'un mari sur sa femme – pour décider de la séparation de corps ou pour décider de la nature des obligations entre époux, plutôt que de se retrancher derrière l'incompétence du juge et de recourir à l'expédient de l'alinéa 1^{er}²²³².

La meilleure preuve que Laurent laisse les questions de droit privé, et, en l'occurrence, les

²²²⁹ François LAURENT, *Principes de droit civil*, tome I^{er}, Bruxelles et Paris, 1869, n°105, p. 168.

²²³⁰ Sur l'interprétation de l'article 3, alinéa 1^{er} par les Exégètes (français), voir, *supra*, pp. 727-762.

²²³¹ François LAURENT, *Principes de droit civil, op. cit.*, n°106, pp. 168-169 : « N'est-ce pas dépasser les limites de l'article 3 ? Peut-on dire qu'une loi relative au divorce concerne la police et la sûreté ? La question du divorce n'est-elle pas, avant tout, du domaine des lois personnelles ? N'était-ce donc pas la loi étrangère qu'il fallait appliquer, puisque les parties en cause étaient des étrangers ? Que le législateur veille à ce que des Français ne viennent pas attaquer les lois révolutionnaires et la Révolution elle-même, devant des tribunaux français, on le conçoit. Mais la sûreté de la France, sa tranquillité eussent-elles été compromises, si un étranger avait demandé la nullité d'un divorce ? La question est au moins douteuse ». Sur l'arrêt *MacMahon*, voir, *supra*, pp. 812-815.

²²³² François LAURENT, *Principes de droit civil, op. cit.*, n°107, pp. 169-170.

questions tenant au statut personnel, en dehors du champ d'application de l'article 3, en est encore la justification qu'il en donne en conclusion de son propos :

L'article 3 ne justifie pas la décision que nous critiquons. La sûreté de la France n'est pas en cause, ni sa tranquillité, parce qu'un mari étranger ne fournit pas d'aliments à sa femme : il s'agit d'intérêts purement privés. Mais ces intérêts n'en sont pas moins sacrés et ils doivent trouver protection dans la justice humaine.²²³³

Dans le deuxième volume du *Droit civil international*, Laurent se fait plus explicite : ne limitant pas les lois de police et de sûreté aux seules lois pénales, il prend le temps de développer les types de règles – essentiellement, de droit administratif et de droit constitutionnel – qui forment ce droit public qui possède une valeur impérative à l'égard des ressortissants étrangers présents sur le territoire :

191. L'article 3 du code Napoléon, 1^{er} alinéa, est ainsi conçu : « Les lois de *police* et de *sûreté* obligent tous ceux qui habitent le territoire ». En ce sens, ces lois forment un statut réel et elles l'emportent, par conséquent, sur le statut personnel de l'étranger. Par les mots lois de *police* et de *sûreté*, il faut entendre avant tout les lois *pénales*. Sur ce point, il n'y a aucun doute ; mais, dans le langage juridique, le mot *police* a une signification beaucoup plus large ; il comprend une grande partie du droit administratif, celle qui a pour objet la protection des droits individuels ; en ce sens, les *lois de police* appartiennent au *droit public*, l'expression *droit de police* n'étant plus usitée en droit français. Mieux vaut se servir du mot *droit public* quand il s'agit de définir les *statuts réels*. Il est incontestable que les lois qui dépendent du droit public sont réelles de leur essence, car elles sont la base de la société ; de là, le nom de *droit constitutionnel* pour marquer les lois qui sont constitutives de l'état social. Ces lois comprennent aussi le *droit administratif*, celui-ci n'étant que la mise en action de la Constitution et des principes fondamentaux qu'elle établit. Que le statut personnel de l'étranger cède devant les lois publiques du pays où il se trouve, cela est d'évidence. On suppose que son statut personnel est contraire au droit public de l'Etat où il l'invoque ; or, ce statut règle des droits privés, et le droit privé est toujours subordonné au droit de la société ; donc le statut personnel est dominé par le droit public du territoire. C'est l'application la plus simple du statut réel ; il n'y a aucun doute sur ce point.

Le code Napoléon (art. 3) ajoute les *lois de sûreté*. Cette expression comprend le droit pénal c'est l'explication donnée par Portalis. Chaque Etat, dit-il, a le devoir de veiller à sa conservation. (...) Quand il s'agit de sa sûreté, c'est à chaque société de prescrire les mesures qu'elle juge nécessaires pour sa conservation ; le droit de l'Etat, en cette matière, domine nécessairement celui des individus. L'Etat n'a pas à s'enquérir à quelle Nation appartiennent ceux qui troublent sa tranquillité et lui compromettent sa sûreté par des actes illicites ; la nationalité n'a rien de commun avec les délits dès que l'ordre public est lésé, il faut que la loi pénale reçoive application, sans qu'il y ait à distinguer entre l'étranger et l'indigène.²²³⁴

²²³³ François LAURENT, *Principes de droit civil, op. cit.*, n°107 *in fine*, p. 170.

²²³⁴ François LAURENT, *Droit civil international*, tome II^{ème}, Bruxelles et Paris, 1880, n°191, pp. 350-351. Rapprocher ce texte de celui qui figure au tome 1^{er}, *op. cit.*, n°370, pp. 536-537, où il parle de ces : « lois qui sont de droit public, en ce sens qu'elles concernent l'existence et la conservation de la société. Les particuliers ne peuvent jamais invoquer leur intérêt contre l'intérêt général, ni leur droit contre le droit de l'Etat ; la raison en est simple et péremptoire, c'est que les droits individuels n'ont de garantie que dans la société ; pour que les hommes aient des droits efficaces, il faut avant tout que la société existe et se conserve. De là suit que jamais un étranger ne peut invoquer sa loi personnelle contre des lois de droit public : en ce sens, ces lois sont réelles.

L'application de ce principe soulève de sérieuses difficultés. Ici, je me bornerai à donner un exemple sur lequel il ne peut y avoir de doute, puisqu'il s'appuie sur un texte du Code Napoléon. L'article 3 dit que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Il en est ainsi alors même qu'une loi pénale serait en opposition avec le droit de l'étranger. Sa loi personnelle et sa religion lui permettent la polygamie ; il ne pourra pas invoquer la liberté religieuse, ni la loi de son pays pour se soustraire à l'action de la loi française qui punit la polygamie comme un crime le droit de l'Etat domine le droit de l'individu. Une société pourrait-elle exister si les étrangers pouvaient impunément

La logique du système de Laurent aurait pu le conduire à limiter la catégorie des lois protectrices des « droits de la société » aux seules lois de droit public et de droit pénal et à préserver de toute entrave le libre jeu des lois personnelles et des lois d'autonomie, seules appelées à connaître une extension extraterritoriale. Il est manifeste que le jugement qu'il porte sur l'arrêt *MacMahon* témoigne d'une approche restrictive du champ d'application de l'article 3, alinéa 1^{er}. Mais, en dépit de ce cloisonnement en apparence étanche, la prédominance du droit de l'Etat peut se manifester en certaines occasions à l'encontre des lois personnelles. De fait, ébauchée dans les *Principes de droit civil*, la théorie des lois relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs est sensiblement approfondie dans le *Droit civil international*.

2) Les lois d'intérêt général : la responsabilité civile.

Lorsqu'il aborde, dans le huitième et dernier tome de son *Droit civil international*, les conflits de lois relatifs à la responsabilité civile, Laurent s'efforce de justifier la compétence traditionnellement reconnue à la *lex loci delicti* en s'autorisant du lien historique qui s'est noué entre le droit pénal et le droit civil et en transposant, par simple analogie, le raisonnement tenu pour les lois de sûreté aux dispositions relatives à la responsabilité délictuelle. Prolongeant, sur ce point, le mouvement amorcé depuis l'Ancien droit, et dont on retrouve un témoignage éclairant chez Bouhier, lorsqu'il traite de la réalité des statuts concernant la responsabilité civile²²³⁵, les questions inhérentes à la réparation des conséquences civiles des délits commis sur le territoire trouvent, par extension de la logique inhérente à la responsabilité pénale, leur fondement textuel dans l'article 3, alinéa 1^{er}, du fait du « lien qui existe entre la sanction pénale d'une infraction et la réparation du préjudice que subit la victime de celle-ci »²²³⁶.

En fidèle statutiste sensible au poids de l'Histoire, il n'envisage pas la *lex loci delicti* comme une règle de conflit à part entière, mais comme l'expression du pouvoir souverain du législateur territorial sur les actes délictueux commis dans le ressort de son empire, au nom du trouble apporté à l'ordre public. Alors que beaucoup d'auteurs, parmi ceux qui l'ont précédé ou parmi ses contemporains, ne traitent guère de la question, Laurent lui accorde, au contraire, une réflexion soutenue articulée autour de l'article 3, alinéa 1^{er} qui se nourrit des quelques arrêts déjà livrés par la jurisprudence française, suivie, quelques temps plus tard, par la jurisprudence belge elle-même, peut-être en s'inspirant de Laurent et de ses successeurs²²³⁷. En effet, le juriste gantois voit dans l'article 3, alinéa 1^{er} le fondement des dispositions tendant à sanctionner les délits et quasi-délits commis sur un territoire et à obtenir réparation pour de tels faits. De fait, son argumentation, des plus classiques, est entièrement guidée par la continuité de traitement qu'exigent le caractère pénal et le caractère civil du délit. L'étranger est ainsi justiciable devant les juridictions françaises :

10. ... Dans les délits et les quasi-délits, la nationalité de l'auteur du fait dommageable est tout à

commettre des délits ? La conservation de la société est la loi suprême. En ce sens, il est vrai de dire que le salut public domine les droits des individus, pourvu que, par salut public, on entende l'empire des lois qui sont de droit public : il ne faut pas que le prétendu salut public serve à excuser ou à justifier la violation de la loi ».

²²³⁵ Sur la réalité du règlement de police établissant la responsabilité des parents pour le fait de leurs enfants chez Bouhier, voir, *supra*, pp. 394-396.

²²³⁶ Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté*, *op. cit.*, tome 1^{er}, pp. 40-42 et 45-47, spéc. p. 46.

²²³⁷ Sur la jurisprudence relative à la responsabilité civile à partir de 1880, voir, *infra*, pp. 1010-1024. Consulter Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, pp. 456-457, mais surtout Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté*, *op. cit.*, tome II, pp. 227-233.

fait indifférente. Un étranger cause un dommage en France à un Français ou à un étranger : il sera tenu de le réparer, parce que la loi qui régit les faits dommageables est une de ces lois de police et de sûreté qui obligent tous les habitants du territoire, étrangers ou nationaux (art. 3, § 1). Par contre, si un étranger est lésé, en France, par un délit ou un quasi-délict, il aura une action en dommages-intérêts contre l'auteur du fait dommageable, fût-il étranger ; car, si les étrangers sont soumis aux lois de police et de sûreté, ils profitent aussi de la protection qu'elles accordent à tous ceux qui habitent le territoire.²²³⁸

Au regard de la loi applicable, Laurent se prononce logiquement en faveur de la soumission de l'étranger à la loi du territoire, mais ne manque pas de lier expressément cette compétence à l'alinéa 1^{er}. De fait, lorsqu'il y a un dommage causé en France, où habitent les étrangers auteurs ou victimes du fait, il estime que c'est à la loi territoriale qu'il revient d'apprécier la gravité des faits et de les sanctionner, car il s'agit d'une matière de « police », qui tient à l'ordre public local :

10. ... C'est cette loi que l'auteur du délit ou du quasi-délict a violée, c'est sous la protection de cette loi que la partie lésée se trouve placée ; c'est donc cette loi qui régit le fait. (...) Chaque législateur apprécie sa police et sa sûreté à sa guise ; il reste donc vrai de dire que l'ordre public français exige que le dommage causé soit réparé, parce que la loi française a décidé qu'il y avait fait dommage, et, partant, lieu à une réparation, au profit de la partie lésée tout ensemble et dans l'intérêt de la société. [*Quant à l'exclusion des lois nationales de l'auteur et de la victime*] il y a, sous ce rapport, analogie entre le délit criminel et le délit civil. Ceux qui commettent un crime sont soumis à la loi pénale du pays où le crime a été commis, et dont l'ordre public a été troublé ; il doit en être de même des auteurs d'un fait dommageable. (...) Dans les obligations qui naissent d'un délit, il y a un statut indiqué par la nature même du fait dommageable, le statut réel qui s'impose aux parties, qu'elles le veuillent ou non.²²³⁹

L'application de la loi réelle et, donc, territoriale se fonde sur la « police et la sûreté » du pays et trouve son motif dans un ordre public que Laurent ne se charge pas, par exception à sa règle générale, de rattacher soit au droit privé, soit au droit public. Alors qu'il distinguait, au sein d'une seule et même notion, un ordre public de droit public et un ordre public de droit privé, il ne précise pas laquelle de ces deux qualifications conviendrait à la *lex loci delicti* en matière civile²²⁴⁰. La définition de l'ordre public, qui est sans doute l'un des problèmes les plus complexes qu'ait eu à résoudre Laurent, joue un rôle pourtant majeur dans la délimitation du champ d'action de l'article 3, alinéa 1^{er}, dans la mesure où elle est censée déterminer les lois qui font exception au libre jeu du statut personnel.

3) Les lois d'intérêt général : du rôle de l'ordre public et des bonnes mœurs au sein du conflit de lois.

Dès les *Principes de droit civil*, Laurent reconnaît qu'il est nécessaire de placer des bornes à l'application des lois personnelles étrangères lorsque celles-ci risquent de produire des effets qui seraient contraires à l'intérêt général de l'Etat d'accueil. Mais il se refuse à faire appel à la notion d'ordre public, qu'il associe trop étroitement et trop exclusivement à l'article 6 pour oser l'étendre aux questions de droit international privé. En dépit de sa prise de position, déjà marquée, en faveur

²²³⁸ François LAURENT, *Droit civil international*, tome VIII^{ème}, Bruxelles et Paris, 1881, n° 10, p. 24.

²²³⁹ *Eod. loc.*, pp. 24-25.

²²⁴⁰ Sur la distinction de François Laurent entre ordre public de droit public et ordre public de droit privé, voir, *infra*, pp. 874-875.

de l'extraterritorialité du statut personnel, il admet le principe, partagé par l'ensemble de la doctrine et affirmé à maintes reprises en jurisprudence, d'une exception soulevée par le juge afin de défendre le droit public ou les bonnes mœurs de son pays et n'hésite pas à s'appuyer, à cette fin, sur l'article 3, alinéa 1^{er}. Toutefois, Laurent n'en fait nulle part état dans son exégèse de l'alinéa 1^{er} : ladite exception n'apparaît, en filigrane, qu'à l'occasion de son commentaire sur l'article 3, alinéa 3.

En effet, à l'occasion de la discussion qu'il engage avec les civilistes français à propos de l'interprétation qu'il convient de donner à l'alinéa 3, formulé de manière unilatéraliste, mais qu'il entend absolument bilatéraliser, par faveur pour le statut personnel étranger, Laurent entreprend, notamment, de soumettre à la critique le système proposé par Auguste Valette. Ce dernier admet qu'un étranger soit régi, quant à son état et à sa capacité, par sa loi nationale, mais sous la double réserve de l'intérêt français et de l'ordre public du for. Or, s'il demeure un ferme opposant à l'idée d'introduire dans la logique même du conflit de lois la notion d'intérêt, qu'il juge contraire à l'esprit de justice²²⁴¹, le juriste belge se montre beaucoup plus ouvert à l'idée de faire intervenir les lois qui regardent le droit public ou les bonnes mœurs, auxquelles il assimile les lois pénales, sur le fondement de l'alinéa 1^{er}. La réserve à propos de l'ordre public tient seulement au fait que l'expression, figurant à l'article 6 du Code, renvoie aux lois d'ordre public interne, comme le sont celles sur l'état et la capacité des personnes :

85. M. Valette admet une seconde exception à la loi personnelle. Si l'état que l'étranger a, en vertu des lois de son pays, est contraire à l'ordre public tel qu'il est réglé par la loi française, c'est la loi française qui prévaudra. L'exception est juridique, mais elle nous semble mal formulée. Il faut s'entendre sur le sens de l'expression *ordre public* ; elle s'applique d'ordinaire aux lois qui concernent l'état et la capacité des personnes. Prise dans ce sens, l'exception détruirait la règle, car elle aboutirait à dire que les lois françaises doivent recevoir leur application à l'étranger dès qu'elles sont en opposition avec la loi personnelle de l'étranger : ne serait-ce pas nier le statut personnel ? Il faut restreindre l'exception et la limiter aux lois qui découlent du droit public ou qui intéressent les bonnes mœurs. Telles sont les lois pénales qui considèrent la polygamie comme un délit ; il est évident que le législateur ne peut pas permettre à l'étranger de commettre un délit, sous le prétexte que ce délit est pour lui l'exercice d'un droit, d'après les lois de son pays. Telles sont encore les lois politiques qui concernent l'état des personnes. La liberté est le principe fondamental de notre ordre social. Donc le législateur ne peut pas permettre à un étranger d'y porter atteinte, en invoquant son statut personnel. Cette exception que reçoit le statut personnel résulte du texte même du code qui établit le principe des lois personnelles : l'article 3 soumet, en effet, l'étranger aux lois de police et de sûreté.²²⁴²

Les contours de la future exception d'ordre public ne se dessinent, dans ce passage, qu'au prix d'une grande imprécision, qui traduit l'embarras de l'auteur envers une notion qui se place aux marges de sa propre classification. Outre les lois de droit public et les lois pénales, les « lois politiques qui concernent l'état des personnes » ont vocation à intégrer cette catégorie de lois territorialement impératives qui demeure très floue et qui ne trouvent leur fondement que dans l'article 3, alinéa 1^{er}. Laurent est obligé de dépasser la lettre de l'alinéa qu'il semble, pourtant, respecter dans l'exégèse qu'il livre de l'article.

Le caractère d'exception est, toutefois, ferme dans son esprit, car la mission de faire barrage

²²⁴¹ Sur les critiques de Laurent envers la thèse de « l'intérêt français » de Valette, envers l'interprétation de Demolombe et envers la jurisprudence qui irait dans le sens de ce dernier, voir François LAURENT, *Droit civil international*, op. cit., tome II^{ème}, n°47-52, pp. 79-91, spéc. n°52, pp. 90-91, où il rappelle que le statut personnel ne reçoit qu'une exception, laquelle est, en réalité, une règle : celle qui veut qu'aucune loi étrangère ne puisse recevoir son application quand elle est contraire à l'ordre social du pays où on l'invoque.

²²⁴² François LAURENT, *Principes de droit civil*, op. cit., n°85, pp. 124-125.

à un statut personnel étranger inacceptable au regard des valeurs défendues par l'ordre juridique du for incombe bien au juge seul et non au législateur lui-même qui ferait preuve d'une courtoisie dont Laurent a, tant de fois, démontré qu'il la rejetait avec énergie. Un peu plus loin dans les *Principes*, toujours dans son commentaire de l'alinéa 3, il expose de manière plus complète et mieux maîtrisée le pouvoir du juge en la matière :

90. Il est certain que le statut personnel qui règle la capacité de se marier reçoit exception quand il consacre un état qui est un délit d'après les lois françaises. Telle est la polygamie. Le statut personnel est annulé ici par cette règle fondamentale que proclame l'article 3, que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Toutefois, le statut personnel qui permet la polygamie reprendrait son empire dans les cas où l'ordre public ne serait pas lésé par son application. Un mariage polygamique est contracté à l'étranger ; il est valable d'après le statut personnel des époux ; des enfants naissent de cette union, seront-ils considérés en France comme des enfants naturels adultérins ? Nous n'hésitons pas à répondre non ; il n'y a plus de délit en cause, puisque le mariage a été célébré à l'étranger ; il s'agit uniquement de constater l'état des enfants nés d'un mariage légal ; or, cette appréciation doit se faire d'après la loi étrangère, et elle peut se faire sans préjudice aucun pour notre ordre public. En effet, le juge qui applique le statut personnel ne donne pas par là son approbation au mariage polygamique, il n'est pas plus appelé à approuver qu'à désapprouver : il applique une loi étrangère.²²⁴³

Dans cet extrait, le mécanisme de l'ordre public international, fondé sur l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, est présenté comme une exception portée au statut personnel de l'étranger qui ne se déclenche que lorsque le statut en question vient heurter frontalement les valeurs de l'ordre juridique français ou belge. Mais Laurent insiste tout autant sur l'effet atténué de l'ordre public – expression qu'il accepte, de manière rarissime, de faire figurer au texte – qui est invoqué, en l'espèce, pour justifier une solution particulièrement libérale. Cet effet atténué offre l'avantage, aux yeux de l'auteur, d'émoûser la portée de l'exception et de préserver la compétence principale de la loi nationale en matière de mariage et d'effets personnels du mariage.

Quelques années plus tard, dans le *Droit civil international*, après avoir longuement mûri la question et pris connaissance des idées de Mancini, Laurent expose plus en détail son point de vue sur ces dispositions qu'il renâcle toujours à qualifier d'ordre public, mais qu'il baptise plus volontiers de « lois concernant les bonnes mœurs ». En effet, après avoir traité des lois de droit public et des lois pénales, il s'efforce d'intégrer ces lois à l'intérieur du champ d'application de l'article 3, alinéa 1^{er} :

191. ... L'article 3 du code Napoléon mentionne encore les lois concernant les bonnes mœurs. Il est inutile d'insister pour prouver que la société est intéressée à conserver les bonnes mœurs, à développer et à fortifier la moralité ; c'est encore un intérêt d'existence, et, par conséquent, un droit auquel personne ne peut opposer un statut quelconque. Mais, si le principe est évident, il n'en est pas de même des applications qu'il reçoit. Ici, les difficultés abondent : la religion et les préjugés nationaux jouent un grand rôle en matière de mœurs ; de là, un conflit inévitable entre les lois qui régissent les divers peuples. Suffit-il qu'une nation considère une institution comme contraire aux bonnes mœurs, pour qu'elle puisse repousser comme immorales les lois étrangères qui la consacrent ? Et suffit-il que les mœurs interviennent dans une loi pour qu'on la déclare réelle ? Il y a, sous ce rapport, une différence essentielle entre le droit public et les bonnes mœurs. Le droit public repose sur des lois ; il est impossible de contester le caractère de ces lois ; on doit donc admettre tout ce qui y est écrit comme faisant partie du droit public. Mais comment peut-on savoir

²²⁴³ François LAURENT, *Principes de droit civil, op. cit.*, n°90, p. 132.

ce qui intéresse les bonnes mœurs ? Dans le sens le plus large du mot, elles interviennent dans toutes les relations personnelles. Il faut nécessairement restreindre cette signification trop vague : sinon, toutes les lois deviendraient réelles comme tenant aux bonnes mœurs. Si l'on considère comme réelles les lois qui concernent les bonnes mœurs, c'est que la moralité est la base de l'ordre social ; il faut donc, pour qu'une loi soit réelle, à ce titre, que l'existence de la société, sa conservation, son perfectionnement exigent d'écarter tout statut étranger qui y sera contraire.²²⁴⁴

Ce passage du *Droit civil international* suggère toutes les difficultés qu'a pu rencontrer Laurent au moment de cerner les critères permettant de définir ces bonnes mœurs qui seraient, selon lui, opposables aux ressortissants étrangers. Le problème majeur tient à la notion même d'ordre public, qu'il rejette comme trompeuse. Dans les paragraphes qui suivent, il s'efforce de souligner les différents sens que peut recevoir une telle appellation et, par-delà, l'erreur dans laquelle se sont enfoncés les juristes français en retenant une notion aussi polysémique²²⁴⁵. Il réfute l'idée que l'ordre public soit strictement synonyme de lois réelles, au sens de lois territoriales, en rappelant que, selon les termes mêmes employés par divers articles du Code, dont l'article 6, les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes sont, précisément, des lois d'ordre public. Or, la grande idée qui soutient la démonstration de Laurent tient à ce que le concept même d'« ordre public » contient, tout à la fois, des lois personnelles, appartenant au droit privé, et des lois réelles, ressortissant au droit public. De ce fait, l'article 3, alinéa 1^{er} ne peut désigner que ce dernier type de lois, sans qu'il soit possible d'y inclure aucune disposition de droit privé :

193. Il y a une nuance très délicate entre les *lois d'ordre public* qui, d'après le code Napoléon, sont *personnelles*, et les *lois d'ordre public*, qui sont *réelles* comme étant de *droit public*. Pourquoi range-t-on les lois de *droit public* parmi les *lois réelles* ? C'est parce qu'elles sont d'intérêt général. Or, l'intérêt général joue aussi un rôle dans les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes. Pour classer les personnes et leur assigner un état, le législateur prend en considération l'intérêt de la société. Quand il s'agit de fixer l'étendue de la puissance paternelle, ce n'est pas l'intérêt de tel père, ni de tel enfant que le législateur a en vue ; c'est d'après les mœurs, l'état social, les sentiments généraux de la nation qu'il confère puissance paternelle et qu'il en fixe les caractères et les limites. En ce sens, les *lois d'ordre public* sont d'intérêt général, aussi bien que les lois de *droit public* : pourquoi, donc, les unes sont-elles des statuts *personnels*, et les autres des statuts *réels* ? C'est qu'il ne suffit point que l'intérêt général intervienne dans une loi pour que, par cela seul, elle forme un statut réel ; sinon, il faudrait dire, comme on le faisait au Moyen-Âge, que toute loi est réelle, car la loi a toujours pour objet un intérêt général : c'est précisément là la mission du législateur. Quel est donc le caractère distinctif des lois *réelles* ? C'est qu'elles intéressent l'existence, la conservation, le perfectionnement de la société ; c'est la société qui y figure comme partie principale : voilà pourquoi on les appelle des lois de *droit public*, parce que le *public* est en cause. Telles ne sont pas les lois qui règlent l'état des personnes ; ce sont les *individus* qui y figurent comme parties principales, c'est leur état qui est fixé, c'est leur capacité ou leur incapacité qui est déterminée ; en ce sens, les lois *d'état* appartiennent au droit privé.

J'insiste sur ces notions, parce qu'elles sont fondamentales, et c'est pour qu'on ne confonde pas les lois *d'état*, qui sont d'ordre *privé*, avec les lois d'*intérêt général*, qui sont de *droit public*, que je rejette l'expression des auteurs français, d'après lesquels les lois d'ordre public seraient réelles. Il y a là une confusion de mots et d'idées qui prête à l'erreur, et qu'il importe d'éviter. La doctrine et la jurisprudence s'y sont trompées.²²⁴⁶

Laurent formule le souhait que la notion d'ordre public, susceptible d'être invoquée tant en

²²⁴⁴ François LAURENT, *Droit civil international*, tome II^{ème}, *op. cit.*, n°191, pp. 351-352.

²²⁴⁵ François LAURENT, *Droit civil international*, tome II^{ème}, *op. cit.*, n°192-195, pp. 352-357.

²²⁴⁶ François LAURENT, *Droit civil international*, *op. cit.*, tome II^{ème}, n°193, pp. 351-352, spéc. p. 352.

droit privé qu'en droit public, soit définitivement abandonnée par les juristes spécialisés en droit international privé lorsque ceux-ci entendent désigner ces lois d'intérêt général qui sont essentiellement, aux yeux de l'auteur, de droit public. Toutefois, ainsi que l'a démontré son exégèse de l'article 3, alinéa 1^{er}, ces lois d'intérêt général étendent aussi leur domaine au droit pénal et aux bonnes mœurs, de sorte que leur caractère public ne doit pas s'entendre au sens technique et restreint, mais au sens large, dans la mesure où l'intérêt de la société toute entière est impliqué. Comme il s'en explique plus loin, dans la conclusion qu'il expose sur cette question, l'appellation de « lois d'intérêt social » ou « d'intérêt général », qui semblerait mieux épouser ses aspirations, ne trouve pas davantage grâce à ses yeux. En effet, persuadé que l'idée même d'intérêt, qu'il identifie aux doctrines anglo-américaines et même française (à travers la notion d'« intérêt français »), constitue, par son arbitraire et son souverainisme outranciers, la négation même du conflit de lois, il se refuse à accueillir une telle terminologie au sein de son système²²⁴⁷. Il affirme donc sa préférence pour le concept de « droits de la société », qui s'oppose mieux, à son sens, aux droits de l'individu, et ce au nom de la souveraineté territoriale :

203. Sont *réelles* les lois qui concernent les *droits* de la *société*. L'expression *droits de la société* est généralement employée comme synonyme d'*intérêts généraux* ou *sociaux*. Elle implique une opposition des *droits de la société* et des *droits* appartenant à des *particuliers*. Sous ce rapport, elle exprime la même idée que les mots *ordre public* qui se trouvent dans l'article 6 du code Napoléon. Je viens de dire pourquoi le terme *ordre public* ne convient point en matière de statuts. Le mot romain *jus publicum* vaudrait mieux ; il marque que le *public*, comme disait le projet de code civil, c'est-à-dire, la *société* est en cause ; or, les lois qui intéressent la *société* ont le caractère de *réalité*, en ce sens qu'elles reçoivent leur application de préférence à tout autre statut qu'on voudrait leur opposer. Si je me sers de l'expression *droits de la société*, c'est parce qu'ils ont une signification plus étendue et comprennent, par conséquent, des lois qu'il serait difficile de rapporter au droit public. Cette expression a un sens technique ; dans sa plus large acception, elle comprend les lois constitutionnelles et administratives. Or, il y a des lois qui ne rentrent point dans le droit constitutionnel et administratif et qui, néanmoins, forment un statut réel. Telles sont les lois pénales et les lois qui concernent les bonnes mœurs, tandis que ces lois sont comprises dans le mot, *droits de la société*. Or, il importe que la définition des lois réelles soit assez large pour qu'elle comprenne toutes les matières que la société a intérêt et droit de régler.²²⁴⁸

Le long débat terminologique dans lequel s'est enfoncé Laurent dans son *Droit civil international* n'a certainement pas servi la clarté de sa démonstration. Il suffit de relever que le juriste belge a ressenti le besoin d'associer au droit public et au droit pénal les bonnes mœurs, qui visent, selon lui, toutes les dispositions de droit privé qui sont appelées à revêtir un caractère impératif sur le plan du conflit de lois lorsqu'il y a conflit avec une norme étrangère : c'est bien désigner là ce qu'il est plus courant d'appeler « ordre public international ». Toutes ces lois sont réunies sous le vocable de « lois d'intérêt général », mais, par un nouveau scrupule de langage, Laurent préfère parler de lois relatives aux « droits de la société ». Il reste à savoir quel rôle il assigne à ces droits de la société dans l'économie de son système.

²²⁴⁷ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome II^{ème}, n°205, pp. 370-372. La « doctrine de l'intérêt » fait constamment l'objet des plus ardues des philippiques de François LAURENT dans ses *Principes* et dans son *Droit civil international* : voir, dans ce dernier ouvrage, l'exposé qu'il donne de la doctrine de l'intérêt, émanation des idées hollandaises, tome II^{ème}, n°313-328, pp. 457-484 (Hollandais) et n°376-407 (doctrine moderne de l'intérêt), pp. 542-602.

²²⁴⁸ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome II^{ème}, n°205, p. 371.

B. Les « droits de la société », expression de la souveraineté territoriale face aux droits de l'individu.

Dans la construction théorique de Laurent, les lois d'intérêt général forment une classe de lois à part entière, qui a pour fonction d'assurer la prééminence des intérêts de la société et des droits de l'Etat, à chaque fois qu'un droit individuel, appuyé sur une loi étrangère, risque de mettre en péril la stabilité du corps social et politique. Or, le juriste belge est constamment à la recherche d'un équilibre entre droits de la société et droits privés : une juste répartition des lois entre lois réelles, d'une part, et lois personnelles ou lois d'autonomie, de l'autre, doit parvenir, idéalement, à un ensemble harmonieux, dans lequel les lois réelles et les lois personnelles évitent d'empiéter sur leurs domaines respectifs²²⁴⁹. Mais Laurent est bien conscient que cette tâche est des plus ambitieuses et que le travail de classification demeure encore à parfaire. Il cherche, avant tout, à nuancer ce statutisme qu'il qualifie de « réaliste » et qu'il identifie volontiers à des figures telles que Huber ou encore Story : cette école de droit international privé lui semble trop obsédée par l'application absolue de la loi territoriale, alors que la souveraineté et l'intérêt social ne semblent pas exiger que soient systématiquement sacrifiés les intérêts privés. C'est donc pour protéger et promouvoir ces derniers que Laurent s'efforce de tracer les contours du champ d'action des lois d'intérêt général autour de l'idée de « droits de la société » (1.), par contraste avec les droits privés, c'est-à-dire ceux des individus. Le système de l'auteur repose sur l'idée que chaque classe de lois dispose d'un domaine qui lui est propre et qui, soit excluent entièrement les autres lois, soit ne les tolèrent qu'à titre d'exception. Tel est précisément le cas des lois d'intérêt général, qui ne peuvent interférer avec les lois personnelles ou la loi d'autonomie que si le juge estime que les droits de la société sont menacés par un droit étranger (2.). C'est donc moins sur le fondement d'une souveraineté territoriale que personnelle que se développe cette exception d'ordre public *in fieri* que dessine, non sans retenue, ni contradictions, Laurent : l'expansion de l'extraterritorialité se fait au détriment de la territorialité et la loi d'intérêt général, de principe, se trouve reléguée au rang d'exception.

1) Les droits de la société, résurgence de la souveraineté/territorialité et fondement des lois d'intérêt général.

En patronnant l'expression « droits de la société », qu'il met en avant dans le deuxième tome de son *Droit civil international* à propos des lois de droit public de l'article 3, alinéa 1^{er}, Laurent est conduit à s'expliquer sur la notion qu'il désigne de la sorte et sur le rôle qu'il entend lui faire jouer dans l'économie générale du conflit de lois. Discutant les thèses réalistes, c'est-à-dire, dans son esprit, les thèses souverainistes et territorialistes, qui lui semblent encore trop présentes dans les systèmes juridiques contemporains, il appelle à faire preuve de plus de mesure avec l'idée de souveraineté. Il défend l'idée selon laquelle « le système de la personnalité » ne constitue en rien une menace, puisque les intérêts des personnes, régis par les lois personnelles ou d'autonomie, sont distincts des droits de la société, entièrement réglés par des lois réelles et souveraines et qu'il n'y a

²²⁴⁹ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome II^{ème}, n°185, pp. 341-342, spéc. p. 342 : « Il y a donc une distinction à faire entre les lois, d'après l'objet qu'elles ont en vue: sont-elles d'ordre privé, en ce sens que la société n'ait ni intérêt ni droit à intervenir dans le débat, on ne peut pas dire que la loi soit réelle et souveraine ; sont-elles d'ordre public, en ce sens que la société ait intérêt et droit à régler le débat, il faut dire que la loi est réelle, et, partant, la loi territoriale sera souveraine et exclura toute loi étrangère ».

pas lieu de faire intervenir la « police nationale » et les « droits qui en sont l'expression »²²⁵⁰. Se pose alors la question de savoir quels sont ces droits. Laurent en fournit la réponse dans le § 186 :

186. Les droits de la société jouent un grand rôle dans le débat sur le conflit des lois. C'est parce qu'on craint que l'application des lois étrangères ne porte atteinte à la souveraineté territoriale que l'on veut écarter le statut personnel. La crainte est légitime, mais il lui est donné entière satisfaction si l'on déclare réelles les lois qui concernent les droits de la société. Il n'est pas nécessaire de repousser la personnalité au nom de la puissance souveraine ; il suffit de distinguer le domaine des droits qui appartiennent à la société et le domaine des droits privés. Dès que les droits de la société sont sauvegardés, la souveraineté est désintéressée, car elle n'a d'autre mission que de régler les intérêts généraux, et, sur ce terrain, son empire est exclusif. Ici est le vrai terrain de la conciliation entre les doctrines qui paraissent contraires. (...) La distinction des droits de la société et des droits privés donne à chaque Etat toute l'autorité à laquelle il a intérêt ; dans ces limites, on peut admettre tout ce que disent les réalistes : la souveraineté s'étend sur les personnes et les choses, elle est indivisible, elle exclut toute autre puissance. (...) Le premier droit, comme le premier devoir de l'Etat, est de veiller à sa conservation ; et, quand l'existence de l'Etat est en cause, le droit de la société domine tous les droits individuels. La seule difficulté, et elle est grande, est de savoir quand l'Etat a un intérêt d'existence à intervenir dans les faits juridiques où figurent des particuliers.²²⁵¹

La suite logique du raisonnement de Laurent le conduit à identifier ces droits de la société à la manifestation de la souveraineté de l'Etat au sein du conflit de lois. Puisqu'il s'agit, pour lui, tout à la fois, de combattre les thèses réalistes et de préserver l'intégrité du corps social vis-à-vis des intrusions indésirables de la loi étrangère, il doit délimiter les domaines d'action de chaque classe de lois et éviter que l'empire de l'une ne déborde sur le domaine de l'autre :

187. Quel est le domaine de la souveraineté ? (...) La souveraineté a changé de nature, et, avec elle, la théorie des statuts doit aussi se modifier. Dans les idées modernes, la puissance souveraine n'est plus une propriété donnant au souverain un pouvoir absolu, illimité, s'étendant à tout ; c'est une mission. L'Etat a pour mission de gérer les intérêts sociaux ; les lois qui règlent ces intérêts donnent un droit à l'Etat, et ce droit l'emporte sur le droit des individus. En ce sens, les lois sont réelles ou territoriales ; elles obligent toutes les personnes, les indigènes et les étrangers. Cela est de l'essence des lois d'intérêt général ; si les particuliers pouvaient invoquer leur statut personnel contre un droit de la société, l'existence, la conservation, le développement de la société seraient entravés et compromis ; ce qui entraverait aussi et compromettrait la destinée des individus. (...) Les droits que la société reconnaît aux particuliers sont donc, par leur nature, subordonnés aux droits de la société. De là suit qu'en cas de conflit, les personnes quelles qu'elles soient, étrangères ou indigènes, doivent se soumettre aux lois qui concernent les droits de la société. Si une loi personnelle se trouve en opposition avec une loi territoriale, relative à un droit social, le statut personnel doit céder. A vrai dire, il n'y a point de conflit entre le statut personnel et le statut réel, il y a des lois d'une nature diverse : la loi territoriale, quand il y a un droit social en cause, gouverne toute personne ; donc on ne peut lui opposer un statut personnel. Ce statut ne reçoit d'application que lorsqu'il s'agit de régler des droits privés ; dans cette sphère, le statut de la personne domine à son tour : on ne peut lui opposer la souveraineté territoriale, puisque la puissance souveraine est

²²⁵⁰ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome II^{ème}, n°185, pp. 342-343 : « On voit qu'il y a des lois réelles de leur nature et souveraines, en ce sens que la société y étant intéressée, la loi, qui est l'expression de la puissance souveraine, a seule le droit de régir le fait juridique et le débat auquel il peut donner lieu. Sur ce terrain, les réalistes ont raison et on peut leur donner satisfaction complète. [Toutefois,] il importe de les convaincre que les intérêts qu'ils veulent sauvegarder ne sont pas compromis par le système de la personnalité, car si l'on dit que certaines lois sont personnelles, on dit, par cela même, qu'elles sont étrangères aux droits de la société ; dès lors, il n'y a plus aucun motif de combattre le statut personnel au nom de la police nationale et des droits qui en sont l'expression ».

²²⁵¹ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome II^{ème}, n°186, pp. 343-344.

hors de cause.²²⁵²

Ainsi s'explique la tripartition qu'effectue Laurent entre lois réelles, lois personnelles et loi d'autonomie : cette classification présente l'avantage, à ses yeux, de soustraire à l'emprise de la dévorante réalité des lois la majeure partie du droit privé et réduire au strict nécessaire l'empire de la loi territoriale. Ainsi s'explique, de même, le malaise qu'il confesse envers la notion d'ordre public, dans la mesure où celle-ci semble s'inscrire trop ouvertement à la lisière des différentes catégories et menacer d'imposer la réalité à la personnalité ou à la loi d'autonomie. Laurent tente de contourner la difficulté en circonscrivant la territorialité de la loi aux seuls domaines formés par le droit public, le droit pénal et les bonnes mœurs :

188. Le principe de la réalité des lois peut être formulé comme suit : les lois relatives aux droits de la société reçoivent leur application, quelle que soit la nationalité des parties intéressées, quelle que soit la nature des biens et quel que soit le lieu du contrat.²²⁵³

Ainsi s'explique, enfin, l'extrême réserve qu'il affiche devant la perspective d'intégrer certaines lois de droit privé parmi les droits de la société. En effet, son système repose sur une distinction qui se veut claire et protectrice des prés carrés reconnus à chacun. Au sein de cette tripartition, les droits de la société sont, et ne doivent être que, l'expression des droits de la puissance publique, de l'Etat, en tant que garant de la stabilité de l'ordre de la société, c'est-à-dire de la liberté ou non d'action reconnue aux individus qui se trouvent à l'intérieur du cercle de son pouvoir. Lorsque Laurent écrit : « si une loi personnelle se trouve en opposition avec une loi territoriale, relative à un droit social, le statut personnel doit céder », il ne fait que renouer avec la célèbre maxime de Boullenois : « le statut personnel qui permet le cède au statut réel qui défend »²²⁵⁴ ; il ne fait, en somme, que moderniser l'idée de statut réel prohibitif. Mais ces paragraphes disent plus encore. La souveraineté, ayant changé de nature selon lui, n'a plus un droit exclusif et supérieur à régenter l'ensemble du droit : dans la sphère des droits privés, « le statut de la personne domine à son tour : on ne peut lui opposer la souveraineté territoriale, puisque la puissance souveraine est hors de cause ». D'où le recours aux lois d'intérêt général, et, parmi celles-ci, aux lois concernant les bonnes mœurs, qui ont précisément pour fonction d'écarter une loi étrangère qui leur serait contraire.

2) Les lois d'intérêt général, exception au principe de personnalité du droit.

Quoiqu'il s'en défende tout au long du *Droit civil international* et qu'il soutienne l'idée qu'il n'existe aucun rapport de principe à exception entre les lois d'intérêt général et les lois personnelles (ou la loi d'autonomie), chaque groupe de lois ayant à régler des intérêts autonomes, Laurent ne peut prétendre s'extraire de la logique même du conflit de lois, conflit qui s'engage entre les différentes classes de lois qu'il a discernées et qu'il s'efforce, dans son œuvre, de délimiter au mieux. Toutefois, comme il le reconnaît lui-même, entre les lois qui sont extraterritoriales parce qu'elles promeuvent les droits des individus et celles qui demeurent invinciblement extraterritoriales parce qu'elles préservent les droits de la société, il ne peut espérer que les frontières qui délimitent les domaines de chacune puissent faire l'objet d'un consensus universel

²²⁵² François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome II^{ème}, n°187, pp. 344-345.

²²⁵³ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome II^{ème}, n°187, pp. 345-346, spéc. p. 346.

²²⁵⁴ Sur la maxime de Boullenois, voir, *supra*, p. 448.

parmi les juges saisis de ces conflits. En dépit de l'espoir qu'il fonde sur la multiplication à venir des traités internationaux et sur les conférences de La Haye pour développer un droit civil international véritablement universel, il lui faut répondre à une question : « comment savoir si un droit est d'ordre social ou d'ordre privé ? ». Sa réponse se fait en deux temps.

Laurent reconnaît lui-même qu'en l'état du développement du droit international, la difficulté est « insoluble », car chaque Etat souverain est en droit d'organiser son ordre juridique ainsi qu'il l'entend, de définir à sa guise les droits qui peuvent être qualifiés de sociaux et ceux qui doivent être tenus pour individuels et de laisser une liberté plus ou moins grande d'appréciation à ses juges. Car, au fond, c'est au juge qu'il appartient de faire ce travail de qualification, et ce conformément au droit de l'Etat au nom duquel il rend la justice : il doit s'en référer exclusivement aux droits de la société et aux droits individuels en vigueur dans cet Etat. Plutôt que d'opposer la société aux individus qui la composent, ce qui conduirait leurs intérêts à entrer en confrontation et à faire dériver le droit international privé vers l'insoutenable doctrine de l'intérêt, Laurent est enclin à les combiner dans un système de résolution de conflits de lois qui ferait un départ équitable entre les droits propres à la première et ceux qui sont relatifs aux seconds. De fait, cette recherche d'équilibre se traduit par un principe qu'il entend lui-même respecter :

206. ... Il faut appliquer aux statuts ce que je viens de dire de la souveraineté et de l'individualité. Le statut personnel n'est pas plus règle que le statut réel ; il n'y a ni règle ni exception ; il y a deux ordres de lois, les unes concernant les droits de la société, les autres relatives aux droits des individus : les premières sont réelles et les secondes personnelles.²²⁵⁵

De ce principe, il déduit que le juge du for doit effectuer le travail de distribution et de qualification des lois et déterminer ainsi lesquelles sont réelles, lesquelles sont personnelles, lesquelles, n'étant que supplétives, laisse libre cours à l'autonomie de la volonté. Selon une approche qui ne peut être, en l'état, que *lege fori*, le juge doit donc exercer son arbitrage en déterminant, selon les droits qui lui semblent engagés en la cause, s'il faut donner compétence à une loi extraterritoriale ou à une loi territoriale :

207. ... Il faut cependant une règle de conduite pour le juge. Dans l'état actuel des relations internationales, il n'y en a pas d'autre que le pouvoir d'interprétation des tribunaux. L'étranger invoque son statut personnel. On lui oppose que le droit de la société est engagé dans le débat : le juge décidera si, réellement, la souveraineté est en cause, ou si c'est le droit de l'individu qui doit recevoir son application. Il le décidera d'après la doctrine qui est admise dans chaque pays sur les droits de l'Etat et les droits de l'individu. Il en résultera une jurisprudence contradictoire dans les divers pays ; cela est inévitable, puisque, les nations vivant dans une indépendance entière, chacune est juge de ce qui intéresse l'existence de la société, sa conservation et son perfectionnement.²²⁵⁶

En réalité, la mise en œuvre de cette règle de conduite est beaucoup plus complexe que ne le suppose Laurent : toutes les composantes qui forment les lois d'intérêt général ne s'intègrent pas dans cette catégorie avec un égal bonheur. S'il est encore envisageable, en théorie, de délimiter les contours des questions de droit laissées au droit public et au droit pénal, et s'il est donc concevable de leur reconnaître un domaine d'expression qui n'entrerait pas en collision avec celui reconnu aux

²²⁵⁵ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome II^{ème}, n°206, pp. 372-374, spéc. p. 374. Voir aussi *eod. loc.*, n°190, p. 348 : « La difficulté n'est pas de savoir quel est des deux statuts celui qui forme la règle et celui qui forme l'exception ; à vrai dire, il n'y a ni règle, ni exception ; il y a des statuts de nature différente, les uns réels parce qu'ils concernent un droit social, les autres personnels parce qu'ils sont relatifs à des intérêts privés ».

²²⁵⁶ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome II^{ème}, n°207, pp. 374-375.

lois de droit privé, il n'en va pas de même pour les lois sur les bonnes mœurs. Le juriste gantois semble oublier qu'il a lui-même reconnu, un peu plus tôt, dans ce même tome second du *Droit civil international*, qu'elles avaient vocation à s'appliquer par exception, et par droit de priorité, au statut personnel étranger. C'est ici le lieu de rappeler ce qu'il écrivait, à propos de la supériorité de ces lois sur les lois d'intérêt privé : « Si l'on considère comme réelles les lois qui concernent les bonnes mœurs, c'est que la moralité est la base de l'ordre social ; il faut donc, pour qu'une loi soit réelle, à ce titre, que l'existence de la société, sa conservation, son perfectionnement exigent d'écarter tout statut étranger qui y sera contraire »²²⁵⁷. Dès le premier tome de son *Droit civil international*, qui contient les grands traits généraux qui définissent son système, Laurent, qui n'a de cesse de répéter qu'il ne saurait y avoir, entre les différentes classes de lois, ni règle, ni exception, est le même auteur qui reconnaît, dans le même temps, que les droits de la société peuvent, en certains cas, empiéter sur le domaine reconnu aux droits individuels :

26. ... L'homme doit jouir partout de la loi personnelle qu'il tient de sa naissance ; c'est son droit, et l'Etat étranger, au sein duquel il réclame l'exercice de son droit personnel, ne peut pas lui opposer son droit de souveraineté, car la souveraineté ne regarde pas les relations purement privées ; l'Etat ne peut pas même invoquer l'intérêt des nationaux, car l'intérêt cède devant le droit, le droit est universel de sa nature et il doit être reconnu partout. Toutefois, le droit personnel a une limite, c'est le droit égal de la nation au sein de laquelle l'étranger veut exercer son droit personnel. Ce droit égal ne peut pas être lésé par l'étranger. Quand y aura-t-il lésion ? Quand l'existence, la conservation ou le développement de la société seraient compromis par l'application d'une loi étrangère. Voilà la limite du droit personnel^{2258, 2259}

Si, pour Mancini, l'irruption des lois de droit public et d'ordre public au sein des conflits de lois relatifs aux lois personnelles ou à la loi d'autonomie ne posait pas de difficultés majeures, si elle demeurait ponctuelle, il n'en va pas de même pour Laurent. La question du traitement à réserver à la loi d'ordre public constitue l'un des points les plus faillibles de son raisonnement et la discussion qu'il a engagée sur la terminologie démontre un réel malaise face à un mécanisme qu'il peine, à bien des égards, à caractériser et à catégoriser. En refusant obstinément, du point de vue théorique, de vouloir consacrer une véritable exception d'ordre public, il se condamne à s'enfermer dans des raisonnements complexes qui n'éclairent guère son lecteur, mais, surtout, il se condamne à la contradiction.

En effet, en dépit de ses dénégations, Laurent reconnaît lui-même que les lois réelles qui tiennent à l'intérêt général ne sont que des dérogations, des amendements, des exceptions au principe cardinal de son système. Dans le premier tome de son *Droit civil international*, il introduit la notion de nationalité, en expliquant que l'homme doit jouir partout des droits privés qui sont attachés à sa personne et que c'est à sa loi nationale qu'il appartient de les déterminer. La formule qu'il emploie pour exprimer cette idée demeure emblématique d'une pensée, qui, à l'égal de celle de Mancini, incline en faveur d'une véritable présomption de personnalité :

423. Je viens de dire que, dans la doctrine consacrée par le Code Napoléon, les lois dites personnelles dépendent de la nationalité. C'est un principe d'une haute importance. Il ne reçoit pas seulement son application aux lois qui concernent l'état et la capacité des personnes : toute loi, en général, est personnelle, en ce sens que la loi nationale de la personne régit tous les faits juridiques

²²⁵⁷ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome II^{ème}, n°191, p. 352.

²²⁵⁸ Pasquale-Stanislas MANCINI, « Rapport à l'Institut de Droit International », *Clunet*, n°1, 1874, pp. 295-297 (la note est de Laurent).

²²⁵⁹ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome I^{er}, n°26, pp. 63-64.

où elle intervient, sauf ceux qui dépendent de la pure volonté des parties intéressées, et sauf la réalité des lois qui sont de droit public. En effet, les motifs pour lesquels les lois d'état sont nationales et, à ce titre, personnelles, s'appliquent à toutes les lois privées.²²⁶⁰

La difficulté tient à ce que Laurent est intimement convaincu, ainsi qu'il le répète à de multiples reprises, que les lois sont, par nature, personnelles et, donc, nationales : c'est à partir de ce principe premier qu'il construit l'ensemble de sa théorie. Mais, en même temps, il est bien conscient qu'il faut tenir compte, dans tout système de droit international privé, de l'existence des lois réelles, c'est-à-dire territoriales, qui ont été instituées pour garantir les droits de la société et le bien commun à l'ensemble des hommes, de quelque nationalité qu'ils soient. Cependant, au lieu d'assumer aussi ouvertement que Mancini et les personalistes italiens le renversement de la dialectique principe/exception en faveur de la personnalité, il est pris de scrupules. Son étude historique, qui occupe la majeure partie du premier tome du *Droit civil international*, l'a convaincu des dangers qui guettent ceux qui raisonnent à l'aide d'une telle dialectique. Il tente de s'en extraire en conciliant des aspirations contraires, donnant ainsi des affirmations qui sont toujours plus ou moins à la limite de la contradiction. Il suffit, pour s'en rendre compte, de s'en remettre à l'appréciation très générale qu'il porte sur l'économie de l'article 3 du Code civil :

Ainsi les lois, même relatives aux biens, sont personnelles. Il faut donc poser en principe que toute loi est personnelle c'est-à-dire que toutes les relations juridiques de l'homme, en tant qu'elles concernent le droit privé, sont déterminées par la loi qui régit sa personne, et cette loi est celle de la nation à laquelle il appartient. Le principe ainsi formulé nous indique la limite qu'il doit recevoir. L'article 3 du code civil dispose que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. La raison en est que chaque Etat a le droit et le devoir de veiller à sa conservation. Le code dit aussi que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Pour justifier cette disposition, Portalis invoque l'indivisibilité de la puissance souveraine. La raison est mauvaise, car la puissance souveraine s'adresse aux hommes et non aux biens ; toujours est-il que, dans l'esprit du législateur, les lois relatives aux immeubles sont réelles parce que le plus grand des intérêts sociaux y est engagé, la souveraineté. Ainsi, il y a des lois d'intérêt privé qui sont en même temps d'intérêt social, et dès que la conservation de la société est intéressée à ce qu'une loi soit observée, il est certain que tous ceux auxquels cette loi peut recevoir son application y doivent être soumis, les étrangers aussi bien que les indigènes. En ce sens, il y a des lois réelles. Il ne faut donc pas dire que la réalité de certaines lois est une exception à la règle de la personnalité ; il faut dire qu'il y a des lois personnelles de leur nature, ce sont toutes celles qui règlent les intérêts privés des personnes ; et il y a des lois réelles de leur nature, ce sont toutes celles qui intéressent la conservation de la société, bien qu'elles touchent aussi à des intérêts privés. Reste à préciser quelles sont les lois qui, en ce sens, sont d'ordre public.²²⁶¹

La ligne de démarcation tracée entre la personnalité et la réalité tendrait à recouper celle qui

²²⁶⁰ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome I^{er}, n°423, p. 624. Comparer *eod. loc.*, n°428, pp. 633-634 : « Est-ce à dire que toutes les lois soient personnelles, comme, au Moyen-Âge, on disait que toutes les coutumes sont réelles ? Les statutaires exceptaient de la réalité toutes les dispositions qui dépendent de la volonté humaine, et ils leur donnaient effet hors du territoire. *Dans la doctrine qui admet la personnalité ou la nationalité comme règle*, il faut dire que les faits juridiques où la volonté de l'homme domine ne sont pas assujettis à la loi nationale des personnes qui y figurent ; le législateur n'entend leur imposer aucune règle, il se borne à prévoir ce qu'elles veulent, en leur permettant de vouloir autre chose ; (...) Il y a d'autres lois qui tiennent à l'ordre social. Celles-là dominent la volonté des parties intéressées et leur nationalité. (...) En ce sens, il y a toujours des lois réelles et souveraines, comme disaient les réalistes ; seulement, nous ne disons plus que toutes les coutumes sont réelles, nous réduisons la réalité aux lois de droit public ou social » (souligné par nous). Cet extrait est symptomatique d'une volonté de renverser une présomption de réalité, perçue comme un héritage de l'Histoire inadapté aux contraintes nouvelles du temps, et de reléguer la réalité, c'est-à-dire la territorialité, au rang d'exception par rapport à une règle qui est celle de la nationalité/personnalité.

²²⁶¹ François LAURENT, *Droit civil international, op. cit.*, tome I^{er}, n°11, pp. 33-34.

départage le droit privé et le droit public d'une nation. Mais, même en retenant cette interprétation, Laurent ne s'explique toujours pas sur la place que sont censées occuper les lois relatives aux bonnes mœurs – ce substitut équivoque à l'exception d'ordre public – dans sa classification. A supposer, comme il semble y incliner, qu'elles soient rangées parmi les lois de droit public, et aux côtés des lois pénales, l'auteur semble davantage guidé par l'envie de ranger les lois selon les compartiments qu'il a lui-même définis en veillant à ce que ces derniers souffrent le moins possible de porosité. Or, dans la pratique même de son système, l'intervention des lois sur les bonnes mœurs, étant directement orientée à l'encontre d'une loi personnelle étrangère dont, par dérogation à la règle de principe, l'on refuse d'accueillir les effets sur le territoire, est, par hypothèse, toujours le fait d'une exception et toujours destinée à le demeurer.

En s'attachant à bâtir, tout au long de son *Droit civil international*, une doctrine d'inspiration personaliste pour approfondir les tendances qu'il avait dessinées dans ses *Principes de droit civil*, lorsqu'il avait commenté l'article 3 du Code civil, François Laurent entend renverser la tradition, non la détruire. Son ambition consiste à battre en brèche l'influence du statutisme territorialiste, dont il dénonce le prestige dont il jouit dans les pays de *Common Law* et l'emprise qu'il exerce sur la législation, la doctrine et la jurisprudence françaises, telles qu'elles se matérialisent, selon lui, à travers les doctrines de la courtoisie internationale et de l'intérêt national. Son entreprise de rénovation du statutisme reprend les mêmes éléments pour proposer un agencement différent, davantage soucieux de l'intérêt des individus, de leur liberté d'action et d'une circulation harmonieuse des lois de droit privé. Mais la classification tripartite des lois – lois personnelles, lois réelles, loi d'autonomie – qu'il propose, déterminée selon un critère *ab effectu* qui prend en compte les motifs de chaque loi, se heurte à des difficultés d'interprétation. Elle ne se révèle pas aussi étanche et hermétique que l'auteur se plaît à le supposer et force est de constater que, lorsque les lignes de partage se brouillent, Laurent peine à fournir des justifications décisives.

La classe des lois réelles, c'est-à-dire souveraines et territoriales, trouve son siège dans le premier alinéa de l'article 3 du Code civil et regroupe, de manière très classique, les lois de droit public et les lois pénales, mais également les lois sur les bonnes mœurs : l'ensemble prend, sous la plume de l'auteur, le nom de « lois d'intérêt général » et doit servir à défendre les droits de la société face aux droits des personnes privées. Si François Laurent ne prétend rien apporter de nouveau à propos du droit public et du droit pénal, se conformant à un enseignement et une pratique constants depuis la rédaction du Code, plus intéressante est sa volonté de raccrocher aux lois pénales les conflits de lois relatifs à la responsabilité civile et à réunir, sous la bannière de l'alinéa 1^{er}, les diverses manifestations de la *lex loci delicti*. Cette tendance fait écho à une jurisprudence déjà bien admise en France²²⁶². Mais cette insertion de règles de droit privé dans une catégorie qui semble placée sous le signe de la puissance publique est déjà révélatrice de l'inconfort dans lequel le place un cloisonnement trop systématique. Or, la difficulté gagne en ampleur lorsque Laurent s'éloigne du droit public et des délits pour y ajouter les lois sur les bonnes mœurs. Forcé d'aborder le problème de l'éventuelle contrariété d'une loi étrangère à l'ordre public du for, il tente, par un surcroît de scrupule exégétique, d'écarter toute référence à l'ordre public de l'article 6 et entend lui substituer les « lois sur les bonnes mœurs ». Celles-ci, toujours fondées sur l'alinéa 1^{er} de l'article 3, sont chargées d'écarter le statut personnel de l'étranger – la loi personnelle, en général – lorsque celui-ci entre en contradiction avec les droits de la société. Laurent s'efforce de faire rentrer

²²⁶² Sur la jurisprudence française au XIX^e siècle en matière de délits, voir, *supra*, pp. 803-807 et, *infra*, 1007-1024.

ces lois sur les bonnes mœurs au sein de la classe des lois d'intérêt général, mais hésite grandement à assumer le caractère d'exception que ces lois représentent par rapport au jeu normal du statut personnel. Pourtant, l'intérêt des personnes privées doit composer avec l'intérêt de l'Etat et les lois réelles et territoriales ont donc la charge de limiter, dans les cas strictement nécessaires, l'expansion des lois personnelles. Or, lui qui répète à l'envi qu'il n'y a, parmi les trois classes de lois, « ni règle, ni exception » ne se résout pas à concevoir que des dispositions de droit privé puissent intervenir, dans le règlement des conflits, à titre d'exception.

François Laurent s'efforce, par ailleurs, de donner une expression concrète à ses idées en préparant, sans succès, un avant-projet de révision du Code civil belge, de 1879 à 1884, date à laquelle ce dernier est abandonné par le ministère, et, notamment, en rédigeant un article 12 qui évoque explicitement les « droits de la société ». Dans son esprit et dans sa confection, cet avant-projet offre de grandes similitudes avec les dispositions du Code civil italien mises au point en 1865 par Mancini, qui semble en avoir été la principale source d'inspiration²²⁶³. Il est vrai que les œuvres des deux juristes se rejoignent sur bien des points. Mais la question de l'ordre public ou des lois d'intérêt général, selon la terminologie que l'on adopte, laisse entrevoir des dissentiments entre les deux auteurs, tant sur le périmètre d'action que sur la place des lois y afférentes. Certes, Mancini et Laurent regroupent, l'un comme l'autre, dans cette classe de lois des dispositions de natures diverses, prédominées, essentiellement, par le droit public et par le droit pénal, qui ont pour trait commun leur essence territorialiste et dont la finalité vise à l'intérêt général. Certes, elles offrent pour trait commun d'être irréductiblement territoriales, et, en tant que telles, seules à pouvoir tenir en échec les déploiements du statut personnel. Mais les conclusions que tire Laurent à propos de l'ordre public diffèrent de celles de Mancini : là où celui-ci, à côté des lois de droit public, admettait, sans difficultés, que des lois d'ordre privé, édictées dans l'intérêt social, puissent faire barrage à une loi étrangère dont les effets seraient jugés indésirables, Laurent, dans son descriptif des lois d'intérêt général porteuses des « droits de la société », ne laisse à ces lois de droit privé qu'une part symbolique, derrière la dénomination vague de bonnes mœurs. De même, de manière beaucoup plus ouverte que Mancini, qui ne s'explique guère sur ce point, Laurent prend nettement parti – en dépit de ses quelques protestations de principe – pour une présomption de personnalité des droits qui contribue fortement à confiner au rang de simple exception les lois sur les bonnes mœurs. Or, c'est sur ce caractère exceptionnel que va se concentrer le débat dans les années à venir : ces lois ont-elles une existence autonome qui les autorise à s'appliquer, d'elles-mêmes, au conflit de lois ? Ou doivent-elles attendre d'être soulevées à titre d'exception ?

Si elle n'est pas exempte de contradictions et de failles, l'œuvre de Laurent, sans doute desservie par ses redites et par sa grande prolixité, doit être considérée avec justice²²⁶⁴. Elle présente l'avantage d'offrir, à l'orée des années 1880, les éléments de réflexion qui permettent de distinguer, à partir du seul article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, des lois d'application impérative – celles qui expriment la puissance souveraine de l'Etat – et des lois sur les bonnes mœurs, dont la mise en œuvre est dirigée de façon à corriger les effets de l'application d'un statut extraterritorial. Pour les juristes attachés à la tradition du Code, ce travail n'est pas de mince valeur. Mais il n'est pas complètement abouti. En effet, à la différence des auteurs de l'école personaliste italienne, bien plus enclins à suivre l'exemple de Mancini, Laurent pressent bien l'existence de l'exception d'ordre

²²⁶³ Georges VAN HECKE, « Les projets de titre préliminaire de Laurent et de la Commission de révision », *Liber Memorialis François Laurent, op. cit.*, pp. 1119-1131.

²²⁶⁴ François RIGAUX, « Slotrapport/Rapport de synthèse. Pour une relecture de François Laurent en 1987 », *Liber memorialis François Laurent, op. cit.*, pp. 663-668.

public et en dessine volontiers les contours, mais il s'est refusé à la consacrer, précisément parce qu'elle s'ajustait malaisément aux grandes lignes de sa théorie.

§ 3. André Weiss et l'École personaliste en France.

André Weiss (1858-1928) est, sans conteste, l'un des plus fidèles disciples de Mancini et, certainement, le juriste qui s'est évertué à transposer avec la plus grande constance et avec la plus grande influence les directives tracées par le maître italien au sein du droit international privé français. Converti au droit international privé, lorsque, jeune agrégé à la faculté de droit de Dijon, il reçoit la charge de ce nouvel enseignement, Weiss se spécialise dans cette discipline, avant d'être nommé à Paris en 1891, où, après avoir été professeur de droit civil, il succède à Armand Lainé à la chaire de droit international public et privé en 1908. Il s'y maintient jusqu'en 1924, date à laquelle il cède sa chaire à Antoine Pillet. Sa brillante carrière académique ne l'empêche pas de mener une intense activité auprès du ministère des Affaires Étrangères, de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, et de la Cour permanente de justice internationale, dont il devient juge en 1920. A son prestige personnel, s'ajoute le succès de ses travaux. Entré dans la carrière du droit international privé par son *Traité élémentaire de droit international privé* (1885), transformé, au gré des rééditions, en *Manuel de droit international privé*, il développe ses vues en la matière dans une véritable somme appelée à faire autorité : le *Traité théorique et pratique de droit international privé*, dont la première édition, en cinq volumes, s'étale de 1892 à 1905²²⁶⁵. Devenu, de la sorte, le chef de file de l'école personaliste d'inspiration italienne en France, il est accompagné ou suivi, sur cette voie, par des noms tels que Louis Durand, Eugène Audinet, Fernand Surville et Francis Arthuys²²⁶⁶.

Dans les différents travaux qu'il consacre à la discipline, Weiss s'inscrit dans l'exacte continuité de Mancini. Plus réservé à l'égard du principe des nationalités, qu'il voit davantage comme une notion « politique et abstraite », il préfère s'en remettre au concept plus juridique d'Etat et, conformément à une tradition longuement installée en France, identifier l'Etat et la Nation. La loi nationale, au sens où l'entend Weiss, est la loi posée par l'Etat et acceptée par les citoyens ; de même, lorsqu'un intérêt supérieur, notamment l'intérêt de l'Etat, le commande, cette

²²⁶⁵ Sur la vie et l'œuvre de André Weiss, voir Etienne BARTIN, « André Weiss », *Clunet*, n°55, 1928, pp. 849-852 ; Jean-Paulin NIBOYET, « Trois jurisconsultes. Antoine Pillet †1926. André Weiss †1928. Camille Jordan †1929 », *Revue de droit international privé*, n°24, 1929, pp. 577-591 ; Henri CAPITANT, « Notice sur la vie et les travaux d'André Weiss », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, compte-rendu, 91^e année*, 1931, n°2, pp. 10-50 (reproduite par Christophe LE BERRE, « Sélection de notices nécrologiques des professeurs de droit sous la III^e République », *RHFD*, n°32, 2012, pp. 239-331, spéc. pp. 275-324) ; et Jean-Louis HALPERIN, « WEISS, Charles-André », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, p. 1015. Voir aussi la notice « WEISS, André, Charles », sur la base de données *Siprojuris* (Système d'information des professeurs de droit) : <http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/57401>.

²²⁶⁶ De l'aveu même de André WEISS, *Manuel de droit international privé*, 6^e édition, Paris, 1909, p. 366, note 1 : la doctrine de la personnalité du droit « est enseignée en France par M. Durand, *Essai de droit international privé*, Paris, 1884, par M. Audinet et par MM. Surville et Arthuys... M. Laurent a été, en Belgique, un de ses plus illustres défenseurs ».

Eugène AUDINET (1859-1935), professeur à Alger, Aix et Poitiers, est l'auteur de nombreux travaux en la matière, dont le plus fameux demeure ses *Principes élémentaires du droit international privé*, dont la première édition, à Paris, date de 1894. Son adhésion à la personnalité du droit n'est pas totale et il sait prendre ses distances avec elle : ainsi, il appelle à résoudre les difficultés que cette théorie laisse irrésolues par un recours au principe de la communauté de droit, hérité de Savigny (*Principes élémentaires, op. cit.*, Paris, 1894, n°295-296, pp. 210-212).

Fernand SURVILLE (1853-1922) et Francis ARTHUYS (1841-1920), tous deux professeurs à Poitiers, sont les auteurs d'un *Cours élémentaire de droit international privé*, dont la première édition remonte à 1890. Surville, qui a enseigné le droit international public et privé à Poitiers, avait déjà esquissé sa théorie, et livré un avant-goût du *Cours élémentaire*, dans son article « De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé », paru au *Clunet*, n°16, 1899, pp. 528-538.

loi peut être imposée aux étrangers²²⁶⁷. Plus ouvertement encore que Mancini, et tirant les justes conséquences des indications livrées par ce dernier, Weiss fonde le conflit de lois sur une véritable présomption de personnalité du droit, en l'assortissant des seuls tempéraments qu'exige, soit l'intérêt de l'Etat, soit l'intérêt de l'étranger²²⁶⁸. Prolongeant encore un peu plus la dichotomie entre principe et exceptions, sa doctrine admet expressément une restriction imposée à la personnalité du droit et qui a pour fonction, précisément, de défendre l'intérêt de l'Etat : celle qui repose sur l'ordre public international, expression qu'il reprend directement de Charles-Antoine Brocher. Les autres auteurs qui se rattachent, de près ou de loin, au courant de pensée personnaliste ne s'expriment, d'ailleurs, pas autrement²²⁶⁹.

Dans la conception que se font Weiss et les personnalistes du droit international privé français, l'article 3, alinéa 1^{er} du Code apparaît comme le siège naturel d'une exception d'ordre public qui oppose la souveraineté de la loi française aux droits des individus (A.). C'est aussi à travers cet alinéa 1^{er} qu'ils s'évertuent à définir l'ordre public international et à décortiquer les différentes composantes d'un ensemble aussi riche qu'imprécis (B.). En effet, de tous ces auteurs, Weiss est l'un des premiers à souligner l'un des traits essentiels de la notion : sa variabilité dans le temps, qui souligne combien elle demeure contingente.

A. L'article 3, alinéa 1^{er}, siège naturel de l'exception d'ordre public.

Guidés par l'espoir de proposer un système de règlement des conflits de lois qui soit commun à l'ensemble des Etats et qui permette une harmonie universelle des solutions, à défaut de croire en l'harmonie universelle de législation, les auteurs personnalistes se donnent pour mission de dépasser le « droit strict » des Etats à imposer la souveraineté stricte de leurs lois et de rompre avec l'ascendant pris, selon eux, par la doctrine de la courtoisie. C'est dans cette perspective qu'ils entreprennent d'étudier, de comparer et de rapprocher les diverses législations particulières, pour

²²⁶⁷ André WEISS, *Manuel de droit international privé*, 6^e édition, Paris, 1909, p. 2 : « La vérité est que le critérium de la nationalité n'existe pas ou est impossible à déterminer avec certitude, en dehors d'un accord intervenu entre l'Etat et le citoyen. Le principe des nationalités est toujours une arme dangereuse et sans portée.

Quelle que soit la manière dont un Etat s'est constitué, l'appréciation de sa légitimité échappe au jurisconsulte. Tant que le principe des nationalités ne sera pas une vérité démontrée en droit public et n'aura pas prévalu d'une manière absolue dans les rapports politiques des peuples, la nation s'identifiera avec l'Etat, lorsqu'il s'agira de déterminer la situation juridique de ceux qui la composent. *Nation et Etat, nationalité et sujétion* sont donc synonymes : la nationalité est le lien contractuel qui rattache à l'Etat chacun de ses membres. C'est dans un contrat synallagmatique, intervenu entre l'Etat et le citoyen que se trouve, selon nous, la base juridique de la nationalité ». Les première (1893) et cinquième (1905) éditions du *Manuel* ont également été consultées.

²²⁶⁸ André WEISS, *Manuel de droit international privé, op. cit.*, p. 385 : concluant son exposé de la doctrine de la personnalité du droit et de ses exceptions, il affirme : « Pour résumer en quelques mots les principes théoriques qui nous paraissent devoir être appliqués à la solution du conflit des lois, nous dirons que toute loi, soit qu'elle vise exclusivement la personne considérée en elle-même, soit qu'elle la régit dans ses rapports avec sa famille, avec ses biens, meubles ou immeubles, est une loi personnelle, admise en principe à l'exterritorialité ; et que cette règle ne rencontre de limites que, d'une part dans l'intérêt de l'Etat sur le territoire duquel l'application d'une loi étrangère est demandée, c'est-à-dire dans l'ordre public international, de l'autre, dans l'intérêt privé de l'étranger lui-même, qui trouve sa formule dans la règle *Locus regit actum* et dans l'autonomie de la volonté ».

²²⁶⁹ Fernand SURVILLE, « De la personnalité des lois... », *Clunet*, n°16, 1899, p. 530, exposant la limitation admise par le principe de personnalité : « La loi personnelle devra s'incliner toutes les fois qu'il résulterait de son application une atteinte portée à une organisation particulièrement essentielle de l'Etat. La volonté des parties vient, elle aussi, se heurter à cet obstacle, et ne saurait l'éviter ». *Eod. loc.*, p. 536 : « cette règle d'après laquelle les lois d'ordre public s'imposent à tous, étrangers ou nationaux peu importe, a une influence évidente sur le champ d'application pratique des règles du droit international privé. Elle vient restreindre l'application des lois étrangères, et domine par conséquent dans chaque pays, toute la matière des conflits de législation ». Tout le passage sur l'ordre public, pp. 535-538, est repris *in extenso* dans le paragraphe n°25 du *Cours élémentaire de droit international privé*, 1^{ère} édition, Paris, 1890, pp. 36-39.

en souligner les similitudes et les différences. Loin de demeurer dans l'abstraction et dans les principes, les personnalistes sont soucieux de faire coïncider leurs idées avec la réalité législative et jurisprudentielle. Ainsi, c'est en réservant une place de choix à l'étude de l'article 3 du Code civil qu'ils espèrent battre en brèche l'idée reçue selon laquelle les Rédacteurs y auraient recueilli les anciennes théories statutaires. Suivant eux, la plasticité et le laconisme de sa rédaction, au-delà des quelques règles générales qu'il contient et qui peuvent s'adapter à trop de lectures plausibles, témoignent de ce que ses auteurs n'ont pas entendu prendre parti dans un sens ou dans un autre. En laissant la plus entière liberté d'interprétation, par prudence, pragmatisme ou indifférence, les Rédacteurs ont laissé ouverte la faculté pour des doctrines ultérieures, comme celle de la personnalité du droit, d'y trouver le socle nécessaire à leur adoption par la jurisprudence des tribunaux : selon les mots de Weiss, « la disposition de l'article 3 est donc un véritable moule, dans lequel peuvent être coulés les systèmes les plus différents »²²⁷⁰.

C'est dans cette perspective qu'André Weiss, appelé, à l'occasion de la célébration du centenaire du Code civil, à faire la synthèse des liens qu'entretient ce dernier avec le conflit de lois, consacre un article à la question, intitulé : « Le Code civil et le conflit des lois »²²⁷¹, en plus des développements qu'il en donne dans ses différents ouvrages. De manière révélatrice, l'analyse qu'il livre dans cet article fameux se concentre quasi exclusivement sur les trois règles cristallisées dans l'article 3, dans le but de démontrer que, bien loin d'être légataires des thèses territorialistes pratiquées sous l'Ancien Régime, elles s'accordent plus volontiers avec la personnalité du droit. Plus encore, dans le commentaire approfondi qu'il en donne dans ses ouvrages, Weiss distingue deux situations : selon que l'article s'intéresse au cas du Français expatrié ou selon qu'il traite de l'étranger présent en France. Dans les deux situations, la loi nationale est appelée à régir l'état et la capacité de la personne, en quelque lieu qu'il se trouve, et sauf les limitations imposées par l'ordre public international. Mais, dans la situation de l'étranger présent en France, qui concerne plus directement l'article 3, l'auteur prend parti en faveur du système suivant : « l'état et la capacité de l'étranger sont toujours gouvernés en France par sa loi personnelle, à moins qu'il n'en ait frauduleusement dissimulé les dispositions, ou que ces dernières ne soient contraires à l'ordre public international ». En choisissant de découper la structure de l'article 3 de cette manière, Weiss raisonne en partant de l'idée que l'alinéa 3, dûment bilatéralisé, exprime une vérité de principe que les deux autres alinéas ne font qu'amender par jeu d'exception²²⁷².

Comment Weiss justifie-t-il la rédaction de l'alinéa 1^{er} et comment l'intègre-t-il à sa conception de l'ordre public international ? S'engageant dans la délicate entreprise de sonder les réelles intentions des Rédacteurs au moment de composer l'article 3, il estime que cet alinéa ne fait qu'exprimer, sur le plan du conflit de lois, la nécessaire existence d'une loi territorialement impérative lorsque celle-ci a pour support l'intérêt de l'Etat :

²²⁷⁰ André WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Paris, 1898, tome III^e, « Le conflit des lois », chapitre I^{er}, titre IV, section IV, pp. 138-139. Voir aussi son *Manuel de droit international privé*, 6^{ème} édition, *op. cit.*, p. 387. Weiss a livré la forme définitive de son interprétation de l'article 3 et de sa rédaction, avant qu'Armand Lainé ne fasse paraître son fameux article à la *Revue de droit international privé* en 1905 : sur cet article, voir, *supra*, p. 670, note 1715. La question est très discutée à l'époque : voir également la thèse de la continuité entre l'Ancien droit et le Code civil défendue par Frantz DESPAGNET, « La théorie des statuts dans le code civil », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 2^e série, 1884, tome 13, pp. 487-507.

²²⁷¹ André WEISS, « Le Code Civil et le conflit des lois », *Livre du Centenaire du Code civil*, *op. cit.*, pp. 249-262.

²²⁷² André WEISS, *Manuel de droit international privé*, 6^{ème} édition, *op. cit.*, livre III, chapitre I^{er}, titre IV « Le Code civil », pp. 385-401, spéc. pp. 388-396. Le deuxième système qu'il propose est celui de l'intérêt français, que, à l'instar de Laurent et de tous les auteurs personnalistes, il condamne avec la plus grande fermeté, de même qu'il déplore la jurisprudence *Lizardi*.

Si un Etat doit, d'une manière générale, autoriser sur son territoire l'application de leurs lois personnelles aux étrangers qui reçoivent son hospitalité, il a, évidemment, le droit de se conserver et de se défendre et, par conséquent, de repousser les lois qui contredisent les bases essentielles sur lesquelles son organisation est assise ; deux intérêts étant en lutte : l'intérêt de la société locale, c'est-à-dire l'intérêt de tous, et l'intérêt d'un individu étranger, l'intérêt d'un seul, c'est ce dernier qui doit céder. L'application de la loi personnelle a donc pour limite nécessaire l'intérêt de l'Etat sur le sol duquel elle est invoquée ; elle ne peut enfreindre *l'ordre public international*.²²⁷³

C'est donc cette exigence qu'auraient entendu satisfaire les Rédacteurs en disposant que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». La conséquence logique, dans l'esprit de Weiss, est que les lois de police sont, et ne sont autres que, le parfait synonyme de l'ordre public international, tel que Mancini et lui-même le définissent :

L'article 3 lui-même ne prend-il pas soin, d'ailleurs, de souligner les dissidences qui le séparent de cette théorie ? Il commence par affirmer le respect absolu auquel ont droit les lois de police et de sûreté, ce que nous appelons l'ordre public. Or, ce souci de l'ordre public paraît avoir presque complètement échappé aux jurisconsultes de l'école statutaire ; l'obstacle que l'ordre public élève contre l'application de lois venues du dehors n'apparaît nulle part, ou presque, nulle part dans leurs écrits... La notion de l'ordre public international n'est donc pas une notion statutaire, et en lui donnant une place d'honneur, la première place dans le texte qu'il consacre au conflit des lois, le Code civil a suffisamment montré son indépendance par rapport à la tradition.²²⁷⁴

Or, au-delà de la relative fidélité que l'auteur affiche à l'égard du maître italien dans sa conception de l'ordre public, il faut garder à l'esprit que Weiss entend, tout au long de cette étude, s'élever contre « l'opinion encore dominante », qui voudrait que cet article soit la reprise, sous forme condensée, des théories statutaires, au stade d'évolution qu'elles avaient atteintes à la fin du XVIII^e siècle, opinion dominante que tendraient, par ailleurs, à confirmer et la jurisprudence et l'exposé des motifs du Titre préliminaire. Mais il affirme que « rien n'est plus douteux que cette prétendue filiation », la lettre même de l'article 3 prenant le soin de « souligner les dissidences qui les séparent de cette théorie ». Weiss en veut pour preuve que les statutaires n'évoquent jamais la notion d'ordre public, ce qui suffit à prouver, selon lui, que celle-ci n'a aucun lien avec les anciennes thèses statutaires.

Il n'y a pas lieu de revenir sur le jugement un peu trop tranché de Weiss et de ses contemporains sur la théorie des statuts, notamment sur ce « souci de l'ordre public » qui aurait été absent de leurs écrits. Mais l'argumentaire de l'auteur présente lui-même quelques faiblesses : les accidents de la rédaction de l'article – dont on sait l'histoire particulièrement heurtée – ne font pas une vérité et les Rédacteurs eux-mêmes se sont abstenus d'employer la notion d'ordre public dans l'article 3, alors qu'ils ne s'en sont pas privés au moment de rédiger l'article 6. De même, ainsi que Weiss semble le reconnaître lui-même, il semble délicat de prêter aux Rédacteurs – réputés pour leur indifférence envers la matière des statuts – la préscience de l'ordre public international, tel que la doctrine du XIX^e siècle l'a discerné, et de supposer qu'ils aient entendu suppléer le silence de la doctrine antérieure²²⁷⁵. En réalité, l'argumentaire de Weiss démontre surtout que celui-ci est si

²²⁷³ André WEISS, « Le Code Civil et le conflit des lois », *Livre du Centenaire du Code civil, op. cit.*, p. 253. Voir aussi son *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome III^e, chapitre I^{er}, titre III, section II, p. 83.

²²⁷⁴ André WEISS, « Le Code Civil et le conflit des lois », *Livre du Centenaire du Code civil, op. cit.*, pp. 257-218, qui se réclame de l'opinion concordante de Antoine PILLET, *De l'ordre public en droit international privé*, Grenoble et Paris, 1890, p. 14.

²²⁷⁵ André WEISS, « Le Code Civil et le conflit des lois », *Livre du Centenaire du Code civil, op. cit.*, p. 262.

convaincu que les lois de police coïncident avec l'ordre public international qu'il cède à la tentation de relire l'histoire de la rédaction de l'alinéa 1^{er} au prisme de cette interprétation.

Dans ses ouvrages, Weiss s'efforce d'expliquer, dans le même esprit, le sens et la portée de l'article 3 du Code civil : de fait, au moment de justifier la soumission de l'étranger aux lois territoriales, abstraction faite de son statut personnel, il éclaire le rôle assigné à l'alinéa 1^{er} au regard de l'alinéa 3, qui est le véritable point de départ de sa théorie²²⁷⁶. En effet, il excuse le Code civil de n'avoir pas posé, en toutes lettres, la règle en vertu de laquelle un étranger est soumis à sa loi nationale pour son état et sa capacité et, donc, de n'avoir pas adopté une formulation bilatérale. Il considère que le Code n'avait pas à se prononcer en lieu et place de la souveraineté étrangère :

[Le Code] devait se contenter de n'opposer au libre exercice de la loi étrangère sur ce territoire que les obstacles strictement commandés par l'intérêt de l'État. Et c'est ce qu'il a fait. Voyons plutôt : La loi étrangère ne saurait, avons-nous dit, être appliquée hors du pays où elle a été promulguée, si ses prescriptions sont contraires à l'intérêt de l'État sur le territoire duquel elle est invoquée, à l'ordre public international. Mais le Code civil ne dit pas autre chose. L'art. 3, § 1, en soumettant *aux lois françaises de police et de sûreté* tous ceux qui *habitent* le sol français, se borne à reproduire, sous une autre forme, ce principe général. Au nombre des lois de police et de sûreté, figurent en effet non seulement les dispositions ayant un caractère pénal, mais toutes celles qui concernent le bon ordre ou la conservation de l'État français, en un mot, l'intérêt général. Tout le monde est aujourd'hui d'accord sur ce point.²²⁷⁷

Au moment de commenter l'alinéa 1^{er}, Weiss a certainement en tête l'usage qu'ont fait les juridictions françaises de cet alinéa tout au long du XIX^e siècle lorsqu'elles ont cherché à évincer la loi étrangère suspecte de produire des effets indésirables sur le sol français ou lorsqu'elles ont cherché à assurer la primauté et l'exclusivité de la loi française sur toute autre norme concurrente. En ce sens, il est juste de relever que l'article 3, alinéa 1^{er} est devenu, par défaut, le siège de l'exception d'ordre public. Mais il semble plus aventuré de supposer que telle est l'unique interprétation que souffre cet alinéa. Le juriste alsacien assimile purement et simplement les lois de police et de sûreté à l'exception d'ordre public, estimant que les premières, privées de toute autonomie conceptuelle, ont vocation à se fondre, voire à disparaître dans la seconde²²⁷⁸. Le mouvement jurisprudentiel semble, pourtant, avoir été d'appliquer l'alinéa 1^{er} indistinctement, c'est-à-dire autant pour faire prévaloir l'impérativité de la loi française au-delà du règlement de conflit que pour écarter la loi étrangère normalement applicable : en ce sens, alors, ce serait davantage l'ordre public international qui aurait émergé à l'intérieur d'une notion plus large que sont les lois de police et de sûreté. Le raisonnement suivi par Weiss permet, tout du moins, de comprendre que c'est de la définition de ces lois de police que découle celle qu'il donne de l'ordre public international.

B. La définition des lois de police et de sûreté : l'ordre public international selon Weiss.

Dans sa présentation de la théorie de la personnalité du droit, Weiss assied la nécessité de

²²⁷⁶ Cette démarche est encore plus saillante dans le *Cours élémentaire de droit international privé, op. cit.*, de Fernand SURVILLE et Francis ARTHUYS, n°25, pp. 35-36 : distinguant trois règles fondamentales sur le conflit de lois (personnalité des lois, loi d'autonomie, *Locus regit actum*), Surville traite la première en véritable principe qui souffre d'une seule et véritable limitation : la territorialité des lois d'ordre public.

²²⁷⁷ André WEISS, *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome III^e, chapitre I^{er}, titre IV, section IV, 2^{ème} hypothèse, p. 154.

²²⁷⁸ Dans le même sens, voir Eugène AUDINET, *Principes élémentaires, op. cit.*, n°299, p. 214 : « Le paragraphe 1 de l'article 3 affirme le caractère absolu, même pour les étrangers, des lois d'ordre public ».

l'ordre public international, et de la restriction qu'il apporte au principe, sur la défense des « droits de la souveraineté territoriale ». En estimant que c'est à la protection que lui offre sa loi nationale que l'étranger doit s'en remettre pour la protection de son intérêt particulier, il confie alors au juge la mission de déterminer si l'intérêt général de la société du pays dans lequel cet étranger n'est pas mis en cause dans le litige de droit privé qu'il a à trancher. Comme Laurent, Weiss réunit toutes ces dispositions sous la bannière des lois d'intérêt général²²⁷⁹, mais, à la différence du juriste belge, il préfère parler, à leur propos, de dispositions « d'ordre public international », reprenant, par la même occasion, une terminologie qui s'est installée en doctrine grâce à Charles-Antoine Brocher²²⁸⁰.

A la suite du célèbre professeur genevois, Weiss refuse de confondre en une seule notion l'ordre public interne, formalisé à l'article 6 du Code civil, et l'ordre public international, qui s'enracine dans l'alinéa 1^{er} de l'article 3²²⁸¹. Si les deux sont la manifestation d'une idée commune, l'intérêt général de l'Etat, le premier se restreint aux seuls rapports entre le souverain et ses sujets, comme l'illustrent les lois sur l'état et la capacité de la personne, tandis que le second, plus exigeant, étend son empire sur l'étranger accueilli sur le territoire et qui doit en respecter l'hospitalité. Prenant position dans une controverse qui oppose cette distinction aux partisans de l'unité organique de l'ordre public comme Antoine Pillet, Weiss estime, en effet, que : « les règles qui sont d'ordre public international, en ce sens que l'application des lois étrangères ne peut y porter atteinte, sont, par cela même, et à plus forte raison, d'ordre public interne, en ce sens que les conventions particulières des nationaux ne sauraient les enfreindre. Mais la réciproque ne serait pas vraie, et ce serait une erreur de croire que les simples dispositions d'ordre public interne sont protégées contre l'application des lois étrangères »²²⁸². En théorie, donc, l'état et la condition des étrangers présents en France n'ont pas à craindre l'application de la loi française, celle-ci n'étant que de simple ordre public interne, mais ne sont absolument pas abritées de l'ordre public international.

La restriction que représente l'ordre public international au sein de la catégorie plus large des lois d'ordre public prélude à la restriction de son domaine matériel. En effet, dans l'esprit de Weiss et des partisans de la personnalité du droit, les lois qui composent l'ordre public international revêtent, nécessairement, un caractère d'exception : « L'ordre public international

²²⁷⁹ Comparer avec Eugène AUDINET, *Principes élémentaires*, op. cit., n°311, p. 221, définissant les « lois d'ordre public » de l'article 3, alinéa 1^{er} : « c'est l'ensemble des dispositions légales ou des institutions qui, dans un Etat, ont pour but de régler et de sauvegarder les droits de la société et ses intérêts généraux, envisagés sous différents rapports : intérêts religieux, moraux, politiques, économiques, intérêts de la police et de la tranquillité publique » (souligné par nous). La formulation emprunte davantage à Laurent qu'à Weiss.

²²⁸⁰ André WEISS, *Traité théorique et pratique*, op. cit., tome III^e, chapitre I^{er}, titre III, section II, p. 84, note 2 : « Nous empruntons cette expression à M. Charles Brocher, *Cours de droit international privé*, t. I, p. 106 et s., pour désigner les lois dont l'observation s'impose à l'étranger comme au national, sur le territoire où elles ont été mises en vigueur ; elle a été acceptée par plusieurs auteurs récents ». L'auteur fait aussi état des terminologies concurrentes proposées par les internationalistes de son époque. Aussi Armand Lainé préfère-t-il opposer l'ordre public absolu (appelé à opérer dans le conflit de lois) et l'ordre public relatif (de portée purement interne). Sur cet apport de Brocher, voir, *supra*, p. 853, note 2200.

²²⁸¹ Dans le même sens, et adoptant la même démarche, voir Fernand SURVILLE et Francis ARTHUYS, *Cours élémentaire de Droit international privé*, n°25, pp. 37-38, qui rapprochent l'article 3, alinéa 1^{er} de l'article 6 du Code civil, en concluant : « Des distinctions doivent donc être faites. Il y a des lois d'ordre public, dont la portée doit être absolument générale, et qui s'imposent aux étrangers comme aux nationaux, tandis qu'il en est d'autres, qui ne sont d'ordre public que pour les Français sans l'être pour les étrangers ».

²²⁸² André WEISS, *Traité théorique et pratique*, op. cit., tome III^e, chapitre I^{er}, titre III, section II, pp. 86-89, spéc. p. 88, citant Antoine PILLET, *De l'ordre public en droit international privé*, op. cit., pp. 30-38 : sur les idées de Pillet, voir, *infra*, pp. 928-962. Par ailleurs, l'opinion de Weiss est rejointe par celle de Eugène AUDINET, *Principes élémentaires*, op. cit., n°313, pp. 223-224.

ayant pour conséquence de faire échec aux règles générales que nous avons posées pour la solution du conflit des lois, d'écarter, dans certains cas, le principe de la personnalité du droit, pour revenir au système opposé, constitue une exception, et, comme toute exception, il veut être enfermé dans les plus étroites limites »²²⁸³. Même s'il entend s'inscrire dans une tendance assez prononcée de la doctrine majoritaire à resserrer fortement le champ d'expression des lois d'intérêt général qui constituent le ferment de cet ordre public international, Weiss, dans l'énoncé de ces lois, se range parmi les auteurs qui conservent une acception large de la notion, si on le compare à Mancini ou encore à Laurent. En effet, s'il distingue, dans l'ordre public international, les lois de droit public, les lois pénales²²⁸⁴ et les lois d'intérêt général, le juriste alsacien n'hésite pas à élargir le spectre de ces classifications : aux lois de droit public, il agrège les lois sur la propriété foncière de l'article 3, alinéa 2 (1.) ; les lois pénales expriment la même puissance territoriale que les lois sur la responsabilité civile (2.) ; les lois d'intérêt général regroupent, par appréciation souveraine du juge du for, toutes les dispositions de droit privé qui, en dehors des deux classes qui précèdent, défendent les prérogatives de l'Etat et de la société toute entière face aux droits contraires de l'étranger (3.).

1) Les lois de droit public et les lois sur la propriété foncière : les lois de police.

L'intégration des lois de droit public parmi les lois de police et, par contrecoup, au sein de l'ordre public international tel que l'entend Weiss n'est pas en soi un fait nouveau et, à l'époque où il rédige son *Traité théorique et pratique*, ce point particulier est désormais tenu pour acquis : « Un premier point nous paraît hors de discussion : c'est que l'étranger doit obéissance aux lois constituant le *droit public* de l'État sur le territoire duquel il demande à exercer son activité juridique ». L'argumentation qu'il développe au soutien de cette thèse est des plus orthodoxes et rejoint ce que nombre de ses aînés et de ses contemporains ont pu écrire à ce sujet²²⁸⁵.

Moins orthodoxe, en revanche, est la position qui consiste à soutenir que les lois sur l'organisation de la propriété foncière, visées par l'alinéa 2 de l'article 3, doivent être rattachées au domaine du premier alinéa, c'est-à-dire aux lois de police. Selon Weiss, qui s'autorise de l'explication donnée par Portalis sur le domaine éminent, l'immeuble visé à l'article 3 serait « considéré exclusivement dans ses rapports avec le *droit public*, avec l'intérêt public », en adoptant la perspective de la puissance publique, garante de la propriété foncière. Le juriste alsacien prétend même y voir une disposition spécialement prise par le Code pour protéger l'égalité des terres établie par la Révolution. Dans cette perspective, l'alinéa 2 ne serait qu'un rappel de ce droit supérieur de l'Etat sur son territoire :

²²⁸³ André WEISS, *Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, tome III^e, chapitre I^{er}, titre III, section II, p. 89. Voir aussi *eod. loc.*, titre IV, section IV, deuxième hypothèse, p. 158 : « Les deux premiers §§ de l'art. 3 du Code civil font ainsi la part de la souveraineté territoriale de la loi française ; en déterminant avec un soin aussi minutieux les dispositions auxquelles un étranger, en France, ne peut refuser d'obéir, ils décident, par *a contrario*, que les lois qui ne rentrent pas dans leur énumération ne sont obligatoires que pour les seuls Français ».

²²⁸⁴ Eugène AUDINET, *Principes élémentaires*, *op. cit.*, n°312, pp. 222-223, décompose les lois de police et de sûreté, qu'il prend pour exact synonyme de lois d'ordre public, en distinguant le droit public et certaines dispositions de droit privé qui touchent de près à l'intérêt général. Or, par « droit public », il entend : « les lois constitutionnelles, politiques, administratives, et, en général, toutes celles qui organisent les pouvoirs publics ; les posent et mettent en œuvre ; les principes fondamentaux du droit public : la liberté individuelle ou religieuse, l'égalité de tous devant la loi, l'inviolabilité de la propriété ; les lois pénales ». A la différence de Weiss, il intègre le droit pénal dans la catégorie droit public.

²²⁸⁵ André WEISS, *Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, tome III^e, chapitre I^{er}, titre III, section II, p. 90.

Le deuxième alinéa de l'article 3 n'est, selon nous, que le développement et la paraphrase de celui qui le précède immédiatement. L'article 3, § 1 met au-dessus des lois étrangères toutes les règles de la législation française, qui sont inspirées par l'intérêt général, toutes celles qui concernent le bon ordre ou la conservation de l'Etat français. Ces règles, qu'il n'est pas permis à l'étranger d'enfreindre, il s'abstient en général de les définir, laissant à la jurisprudence le soin d'en fixer le sens et la portée, essentiellement variables. Toutefois, il a paru nécessaire de prévenir une équivoque possible. Il est certaines lois françaises que l'on pourrait hésiter à comprendre au nombre des lois de police et de sûreté, visées à l'article 3 § 1, parce qu'elles ont pour objet principal en apparence de statuer sur des intérêts privés ; ce sont les lois relatives à la propriété foncière, relatives aux immeubles.

L'immeuble, en effet, peut être envisagé sous deux aspects différents : c'est un bien, susceptible de compter dans le patrimoine, susceptible d'appropriation, même au profit d'un étranger ; à ce point de vue, il ressortit au droit privé ; les relations juridiques, dont il est le siège ou l'occasion, sont des relations de droit privé. Mais c'est aussi une fraction du territoire national, un élément de la souveraineté territoriale de l'Etat ; et, en vertu de cette souveraineté, l'Etat a, et doit avoir, sur tout immeuble, un droit supérieur, une sorte de domaine éminent, d'une nature particulière, dont l'étendue est déterminée par le soin de sa conservation et de sa sécurité.²²⁸⁶

Du point de vue de l'article 3 envisagé sous l'angle du champ d'application de la loi française dans l'espace, il ne fait aucun doute que les Rédacteurs aient entendu consacrer la souveraineté territoriale de cette loi sur les terres soumises à sa domination. Du point de vue de l'article 3 envisagé sous l'angle, cette fois-ci, du règlement de conflit, l'argument perd de sa portée. D'une part, le statut réel immobilier, et, notamment, l'empire absolu de la *lex rei sitae* sur l'immeuble, tels qu'ils se sont forgés tout au long de l'Ancien droit, se sont, pendant longtemps, nourris et renforcés de considérations publicistes tenant à la souveraineté de la puissance publique sur les fonds : les doctrines territorialistes y ont puisé leur raison d'être. Ainsi que le démontre Lainé, les Rédacteurs eux-mêmes se sont réclamés de la théorie des statuts et ont explicitement placé l'alinéa 2 dans la continuité du statut réel de l'Ancien Droit et leurs déclarations ne peuvent pas être balayées d'un revers de main comme le fait trop promptement Weiss²²⁸⁷. D'autre part, les vicissitudes de la rédaction démontrent que les premières moutures du futur article 3 avaient à cœur d'affirmer la soumission de l'étranger à la loi française, tant à titre personnel, en ce qui concerne la police, qu'à titre réel, relativement aux immeubles qu'il possède en France²²⁸⁸. La communauté d'idées entre les deux premiers alinéas de l'article 3 réside donc dans une idée de souveraineté que l'inspiration hollandaise n'a pu, par ailleurs, que contribuer à diffuser, mais cette même idée n'est en rien incompatible avec la consécration législative d'une règle de conflit indiscutée depuis des siècles relative aux droits privés portant sur l'immeuble. Il n'est nulle part fait état d'une volonté d'isoler, par un alinéa spécial, les droits de puissance publique de la masse des

²²⁸⁶ André WEISS, « Le Code Civil et le conflit des lois », *Livre du Centenaire du Code civil, op. cit.*, p. 259. Voir aussi son *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome III^e, chapitre I^{er}, titre III, section II, pp. 91-92 : « Et parmi les lois de droit public, il faut comprendre, en principe tout au moins, celles qui président à l'organisation de la propriété foncière. Le territoire de l'Etat, siège matériel de sa souveraineté, étant formé de l'ensemble des immeubles qui s'y trouvent, leur régime a, pour l'Etat, quel que soit d'ailleurs la nationalité de leurs propriétaires ou détenteurs, une importance très grande, et l'on comprend qu'il ne puisse tolérer sur son sol des législations étrangères qui viendraient ruiner et frapper d'impuissance les règles qu'il a lui-même édictées... ».

²²⁸⁷ André WEISS, « Le Code Civil et le conflit des lois », *Livre du Centenaire du Code civil, op. cit.*, pp. 256-257. Voir aussi son *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome III^e, chapitre I^{er}, titre IV, section IV, deuxième hypothèse, pp. 154-158. *A contrario*, Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, II, § 1 « De la disposition de l'article 3 concernant les immeubles », pp. 444-452, défend la thèse d'une lecture de l'alinéa 2 qui doit être conforme à la tradition et répond ainsi à l'argumentation adverse des auteurs personalistes.

²²⁸⁸ Sur les premières rédactions du futur article 3, voir, *supra*, pp. 966-702.

droits privés qui peuvent s'exercer sur un immeuble, alors que semble régner l'unanimité sur la réglementation uniforme qui doit gouverner les fonds situés en France.

L'intention de Weiss n'est pas difficile à discerner : il cherche à soustraire à l'empire de la *lex rei sitae* les droits réels, mobiliers et immobiliers, pour les confier tout entier à la personnalité du droit, à l'exception de ceux qui relèvent de l'ordre public international²²⁸⁹. Suivant une tendance prononcée chez les auteurs personalistes, esquissée chez Mancini²²⁹⁰ et déjà agitée par Laurent²²⁹¹, Weiss prend le contrepied d'une tradition ouvertement territorialiste et distingue, à ce sujet, les droits réels qui relèvent de l'intérêt privé et ceux qui ressortissent de l'intérêt général. Les premiers sont régis par la loi nationale de la personne qui les exerce, tandis que les seconds sont réglés par la *lex rei sitae* visée par l'article 3, alinéa 2. Or, ainsi qu'il le dit lui-même, cet alinéa n'est autre qu'une application de l'ordre public international²²⁹². L'intérêt, en l'espèce, est de constater qu'une partie de la réglementation civile sur les biens, et particulièrement sur les immeubles, est réservée à la *lex rei sitae*, au nom de l'intérêt général. En somme, dans le système de Weiss, cet alinéa 2, qui est censé disposer que la police des sols est du ressort exclusif de l'Etat n'intervient, dans les conflits de lois relatifs au statut réel, que comme une déclinaison d'un principe supérieur établi par l'alinéa 1^{er} : l'ordre public international.

2) Les lois pénales et les lois sur la responsabilité civile : les lois de sûreté.

Depuis sa promulgation, l'article 3, alinéa 1^{er} a systématiquement encouragé, par sa référence aux « lois de sûreté », l'ensemble de ses commentateurs à souligner la territorialité de la loi pénale de l'Etat sur lequel l'infraction a été commise et à rappeler les enjeux qui conduisent à proclamer la compétence de la *lex loci delicti*. La lettre même de la disposition légale, tout autant que l'ancienneté de la règle de conflit, n'autorise pas à faire basculer ce marqueur de souveraineté, juridictionnelle et législative, dans l'escarcelle des lois personnelles. André Weiss ne fait, sur ce point, que se conformer à une tradition bien reçue et que les personalistes se gardent bien de démentir. Comme pour les lois de police, les justifications qu'il avance à cette fin n'ont rien que de très classique, car c'est toujours, au fond, l'intérêt général qui l'emporte en ces matières²²⁹³.

²²⁸⁹ André WEISS, *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome IV^e, « Le conflit des lois », Paris, 1901, chap. IV, pp. 160-171.

²²⁹⁰ A travers les articles 7 et 8 des « Dispositions préliminaires » du Code civil italien de 1865 : Voir Pasquale-Stanislo MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires... », *op. cit.*, IX, pp. 299-301 : si l'article 7 soumet toujours les immeubles à la *lex rei sitae*, l'article 8 transfère une partie du droit des successions – y compris la succession immobilière – à la loi nationale du défunt. En provoquant ainsi l'érosion de la masse de granit que représente le statut réel immobilier, Mancini entend apporter un début de réponse au délicat problème du morcellement successoral.

²²⁹¹ François LAURENT, *Droit civil international*, tome II^e, Bruxelles et Paris, 1880, deuxième partie, chapitre II, section II « Droits de famille – Successions », n°113-116, pp. 213-219, et section III « Lois réelles », article 1^{er}, § 1, n°136-159, pp. 257-296, où il conclut que la doctrine traditionnelle de la réalité des statuts immobiliers est fautive et qu'elle est abandonnée, sauf dans les cas où ces statuts intéressent les « droits de la société ».

²²⁹² André WEISS, *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome IV^e, chapitre IV, titre I, pp. 170-171 : « Lorsqu'il dispose que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, » ce texte se borne à réserver les droits de l'État français, dans tous les cas où l'intérêt public, c'est-à-dire l'ordre public international, pourrait se trouver compromis par l'application sur notre territoire d'une loi immobilière étrangère ; l'entendre d'une manière plus étroite aboutirait à refuser tout effet chez nous aux lois étrangères de capacité, relatives à la disposition des immeubles, à paralyser, à ce point de vue, le § 3 du texte invoqué ». Voir aussi *eod. loc.*, p. 186.

²²⁹³ André WEISS, *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome III^e, chapitre I^{er}, titre III, section II, pp. 92-93 : « De même, l'ordre public international comprend les lois ayant un caractère pénal. La répression est fondée, avant tout, sur l'atteinte que l'infraction a portée à la morale publique, dont l'État a la garde ; elle est une mesure de protection sociale et, dans la limite du juste, un acte de légitime défense. L'État lésé n'a pas à voir de qui émane la lésion ; il suffit qu'elle existe, matériellement ou moralement, pour qu'il ait le droit d'en rechercher les auteurs, et de les punir suivant les lois qu'il a lui-même établies, dont il a reconnu la nécessité. Son existence ne serait plus suffisamment protégée, si un

Par association d'idées, la responsabilité civile de l'article 1382 du Code civil se trouve entraînée dans le sillage des lois pénales et rangée par Weiss au nombre des lois de police et de sûreté, manière pour l'auteur d'asseoir la compétence de la *lex loci delicti*, sur le plan civil et sur le plan pénal, sur une territorialité d'ordre public :

L'obligation résulte-t-elle d'un *délit* ou d'un *quasi-délit*, c'est-à-dire d'un fait, intentionnellement ou non, dommageable à autrui : l'ordre public international imposera, le plus souvent, l'application de la loi du pays où ce fait a été commis. La société est, en effet, intéressée à ce que les droits légitimes de chacun soient protégés contre la mauvaise foi et la violence ; la paix publique est à ce prix. L'article 1382 du Code civil fait partie de ces lois de police et de sûreté, auxquelles les étrangers eux-mêmes doivent l'obéissance sur le territoire français (C. civ., art. 3 § 1). Il suit de là que tout délit ou quasi-délit accompli en France, et auquel la loi française attache un effet d'obligation, sera valablement invoqué devant les tribunaux français, quelles que soient les nationalités et les législations respectives des plaideurs.²²⁹⁴

L'exemple de l'article 1382 révèle que l'intérêt général ne peut se restreindre aux seuls domaines du droit public et du droit pénal et que certaines lois de droit privé doivent pouvoir être prises en compte au moment de déterminer le champ matériel d'application de l'article 3, alinéa 1^{er}. Dans un contexte où la lisière entre ordre public interne et ordre public international demeure encore difficile à discerner et où la notion même d'ordre public vient bousculer les nouvelles classifications statutistes, il n'est guère étonnant de sentir à quel point les différents auteurs rivalisent d'efforts pour guider le travail du juge et, *in fine*, emporter la conviction de celui-ci. De l'avis même de Weiss, l'ordre public international est un concept fuyant et empirique, une notion « obscure et incertaine »²²⁹⁵.

3) Les lois de droit privé et l'ordre public international : effet atténué et caractère variable de la notion.

Conscient que la jurisprudence ne se limite pas, au moment de faire usage des lois de police et de sûreté, aux seules dispositions de droit public et de droit pénal, et reconnaissant lui-même que certaines règles de droit privé mettent en jeu l'intérêt général, Weiss élargit le domaine de l'ordre public international aux lois de droit privé qui peuvent, et doivent, être opposées aux étrangers se prévalant d'une loi contraire²²⁹⁶. En dépit de sa volonté de maintenir une approche restrictive de la notion, il demeure, comme la plupart des auteurs personnalistes²²⁹⁷, évasif sur les contours de cette subdivision résiduelle, admettant que c'est au juge qu'il revient d'accomplir ce travail de délimitation :

malfaiteur étranger pouvait venir invoquer, à l'encontre de la loi territoriale, trop rigoureuse à son gré, les dispositions plus bienveillantes de sa loi personnelle. Il est inutile de pousser la démonstration plus loin ».

²²⁹⁴ André WEISS, *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome IV^e, chapitre IV^e, titre II, section I, p. 390.

²²⁹⁵ André WEISS, *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome III^e, chapitre I^{er}, titre III, section II, p. 85.

²²⁹⁶ De même, Eugène AUDINET, *Principes élémentaires, op. cit.*, n°312, p. 223, évoque, lui, « des dispositions nombreuses qui appartiennent au droit privé, parce qu'elles règlent les rapports des particuliers entre eux, mais qui touchent aussi, soit à la morale, comme les empêchements au mariage fondés sur l'existence d'un premier mariage, ou sur la parenté ou l'alliance au degré prohibé ; – soit à l'intérêt politique de l'Etat, comme la prohibition des substitutions ; – soit à son intérêt économique, comme la publicité des transmissions de la propriété immobilière et des hypothèques, et, en général, l'organisation de la propriété foncière ; – soit au maintien du bon ordre et de la tranquillité publics, comme l'obligation pour l'auteur d'un dommage de le réparer ».

²²⁹⁷ Fernand SURVILLE et Francis ARTHUYS, *Cours élémentaire de Droit international privé, op. cit.*, n°25, p. 39, avouent que : « ... tous les efforts que l'on peut faire, pour arriver à établir un critérium de distinction entre les diverses lois d'ordre public, sont vains ».

Mais, en dehors des lois de droit public et des lois pénales, à quel signe reconnaîtra-t-on qu'une loi est d'ordre public international et qu'elle doit en conséquence l'emporter sur la loi personnelle de l'étranger ? C'est au juge qu'il appartiendra de le dire, et pour cela, il devra sans cesse avoir l'œil fixé sur le but que le législateur, au nom duquel il rend la justice, s'est proposé d'atteindre en prenant telle ou telle disposition. Si ce but a été de pourvoir à l'intérêt général, ou tout au moins à l'idée parfois erronée que le législateur s'en est faite, sous le rapport économique, moral ou religieux, et que cet intérêt général semble devoir être compromis par l'application d'une loi étrangère, le juge ne doit pas hésiter à laisser cette dernière de côté et à trancher par la *lex fori* le différend dont il est saisi.²²⁹⁸

L'office du juge consiste alors à sonder l'intention, expresse ou présumée, du législateur et à déterminer si la disposition impérative ou prohibitive que celui-ci a édictée vise les seuls nationaux ou a vocation à s'étendre également aux étrangers présents sur le territoire : en résumé, il lui revient de décider si elle est d'ordre public interne ou d'ordre public international, avec la part d'aléas et de lectures contradictoire que cette méthode empirique suppose. De là, deux conséquences : d'une part, la nécessité pour la doctrine de prendre en compte et de commenter la jurisprudence française pour cerner les exigences de l'ordre public international ; d'autre part, la faculté laissée ouverte au juge du for de mettre en œuvre ou non une loi étrangère, ignorée ou proscrite par sa propre législation, selon que ceci met ou non en péril la stabilité de la société du pays. Ce pouvoir est inhérent à l'exception d'ordre public international.

En somme, Weiss constate la difficulté d'enfermer cette notion dans des cadres rigides et rassurants et il en tire les conséquences : l'un des traits caractéristiques de la notion d'ordre public tient à son caractère éminemment variable, qui rend périlleuse toute tentative, de la part du législateur, d'énumérer les règles qui entrent, *a priori*, dans son périmètre et qui rend indispensable le travail d'appréciation et d'interprétation des juges²²⁹⁹. Au gré des changements de législation et d'évolution des mœurs sociales, il semble arbitraire de s'en remettre au seul jugement du législateur, qui peut, plus ou moins rapidement, se trouver périmé par le passage du temps :

L'intérêt général, qui est la base de l'ordre public international, est chose essentiellement actuelle et mouvante ; il n'était pas hier ce qu'il est aujourd'hui, ce qu'il sera demain, et il est utile de laisser aux juges la faculté de modeler leurs décisions sur les circonstances, sur la marche des idées, sur le progrès ou l'altération des mœurs. Qui, par exemple, aurait hésité, avant la loi du 27 juillet 1884, à considérer le divorce comme contraire, en France, à l'ordre public international ? Et, cependant, aujourd'hui que le divorce a repris dans nos lois sa place ancienne, il a perdu ce caractère. La notion de l'ordre public international est donc contingente ; elle subit la loi du temps et du milieu, et il serait fâcheux qu'elle fût condamnée à l'immobilité par une définition législative, qui serait nécessairement imparfaite.²³⁰⁰

L'exemple du divorce rappelle, d'ailleurs, que la question était déjà sensible, en doctrine et en jurisprudence, après l'entrée en vigueur de la loi Bonald de 1816, mettant en porte-à-faux des

²²⁹⁸ André WEISS, *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome III^e, chapitre I^{er}, titre III, section II, p. 93.

²²⁹⁹ Comparer avec Fernand SURVILLE et Francis ARTHUYS, *Cours élémentaire de Droit international privé*, Paris, 1890, n°25, p. 40 : « Concluons en disant, qu'en ces matières, c'est au juge qu'il appartient, en s'inspirant de l'état des mœurs et de la conscience publique *au moment où il est appelé à se prononcer*, de décider, en établissant des distinctions très prudentes, si telle loi d'ordre public est ou n'est pas une loi d'ordre public international. Il n'y a là qu'une question de fait » (souligné par nous), et la note au texte, qui reflète bien la pensée personnaliste : « La jurisprudence française, qui admet notre manière de voir, se montre parfois trop disposée à étendre la portée pratique de la notion d'ordre public ». C'est évoquer là l'effet plein ou atténué de l'ordre public.

²³⁰⁰ André WEISS, *Traité théorique et pratique, op. cit.*, tome III^e, chapitre I^{er}, titre III, section II, pp. 95-96.

conjoints étrangers, ou français divorcés à l'étranger, avec la prohibition du divorce²³⁰¹. De la sorte, ce qui était hier d'ordre public peut ne plus l'être dorénavant et ce qui était hier d'ordre public plein peut perdre de son impérativité pour n'être plus qu'un ordre public aux effets atténués. Si la variation dans l'espace de l'ordre public ne faisait aucun doute, chaque Etat étant libre de déterminer les valeurs que son ordre juridique est prêt à défendre, la variation dans le temps devient une idée-force que mettent en avant les divers auteurs personalistes²³⁰².

Les thèses développées par les juristes français – comme Weiss, Surville ou Audinet – qui s'inscrivent dans le droit fil des idées personalistes dans les années 1880-1900 entretiennent, logiquement, une parenté certaine avec les doctrines antérieures de Mancini et de Laurent. Parmi tous les points communs, l'affiliation des lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil à l'ordre public international est sans doute le trait le plus saillant, tant il ne fait guère de doute : les international-privatistes français, de ce point de vue, se font les relais d'une tendance déjà observée chez les Exégètes et en jurisprudence et, à leur tour, contribuent fortement à l'assimilation entre les deux notions. La communauté d'esprit n'en est pas moins forte, car, chez tous, règne le sentiment que ces « lois d'ordre public » (Audinet) ou cet « ordre public international » (Weiss) prend à sa charge l'intérêt général : l'impérativité de ces lois se définit, alors, par contraste, voire par opposition, aux intérêts des personnes privées, que les lois de droit privé ont, en principe, pour mission de prendre à leur charge. Toutefois, les doctrines des personalistes français se distinguent par une volonté plus affirmée d'assumer l'appellation d'ordre public international, que Weiss et Surville reprennent des travaux de Brocher, et par une position sans ambiguïté sur le caractère exceptionnel que doivent revêtir les lois dont la force impérative est immédiatement dirigée contre les effets indésirables de la loi étrangère. Tous s'accordent sur le fait que la présomption de personnalité doit nécessairement souffrir cette restriction sous la forme de l'ordre public international.

La difficulté, pour ces auteurs, réside dans la détermination des lois d'ordre public qui appartiennent au droit privé et qui viennent voisiner aux côtés du droit public et du droit pénal pour former cet ensemble chapeauté par l'article 3, alinéa 1^{er}. De fait, aucune directive claire ne semble se dégager pour permettre de les détecter dans l'immensité de la législation civile et commerciale. Le plus emblématique de ces auteurs, André Weiss, s'efforce, néanmoins, de livrer des pistes de réflexions qui contribueraient à percevoir certains des traits distinctifs de l'exception d'ordre public international. De fait, en admettant que celui-ci puisse souffrir la présence d'une loi étrangère dont l'application, si elle révèle un système de valeurs différents de celui ayant cours dans le pays du for, ne met pas en danger l'intérêt de la société et de l'Etat qui en est le garant, il dessine les premiers traits de l'effet atténué de l'ordre public et il met cette atténuation sur le compte de la contingence qui serait inhérente audit ordre public international. Il en souligne le caractère variable dans le temps comme dans l'espace et admet qu'il est du devoir du juge d'ajuster son appréciation en fonction des critères reçus en son temps et dans sa société. Fidèle aux enseignements de

²³⁰¹ André WEISS, *Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, tome III^e, chapitre III, titre I^{er}, section I, pp. 422-424, et section IV, pp. 591-596.

²³⁰² Eugène AUDINET, *Principes élémentaires*, *op. cit.*, n°311, pp. 221-22 : « C'est un fait certain : tandis qu'une institution est considérée dans un pays comme indispensable au bon ordre ou à la morale publique, dans d'autres pays on attribue la même portée à l'institution directement contraire. Ici, c'est l'indissolubilité du mariage, ailleurs, le divorce qui est d'ordre public. Ici, les privilèges accordés à certaines classes, par exemple à la noblesse, sont considérés comme essentiels à l'ordre social ; ailleurs, l'égalité de tous devant la loi est la règle absolue. Ces différences se produisent, avec les époques, dans une même législation. En France, le divorce a été tantôt condamné, tantôt admis ».

Mancini, Weiss s'évertue, autant que possible, à ne pas étendre outre mesure l'emprise de cet ordre public et c'est pour cette raison qu'il sépare, à propos des droits réels immobiliers visés par l'alinéa 2 de l'article 3, les droits qui sont relatifs à la puissance publique, et qui ne sont qu'une émanation de l'alinéa 1^{er} sur les lois de police, et ceux qui sont propres aux intérêts privés. Les premiers conservent leur territorialité absolue, tandis que les seconds peuvent être livrés à d'autres lois. Si Weiss travaille à restreindre au maximum l'empire des lois d'ordre public, les critères constitutifs de la notion qu'il met en avant se prêtent largement, par leur souplesse et leur empirisme, à une interprétation beaucoup plus extensive et beaucoup plus territorialiste.

Section 2nde. Lois de police et lois d'ordre public chez Gabriel de Vareilles-Sommières, le territorialiste nostalgique.

Dans le concert des propositions doctrinales à la croisée des XIX^e et XX^e siècles, une voix se fait entendre, qui n'hésite pas à jouer sur la dissonance et à s'inscrire en contrepoint de l'ensemble des courants de pensée animant alors l'Université française. En effet, le comte Gabriel de La Broüe de Vareilles-Sommières (1846-1905), professeur et doyen de la faculté catholique de droit de Lille²³⁰³, s'est convaincu que la science internationaliste de son temps erre dans le brouillard et propage de fausses idées sur la nature et le fonctionnement du droit international privé. C'est pourquoi il entreprend de redonner ses lettres de noblesse à la théorie des statuts, en se proposant de renouer le fil d'une continuité historique que ces doctrines erronées ont rompu. De fait, prenant place à contre-courant de l'essor des systèmes internationalistes en vogue, sa doctrine offre toutes les apparences d'une singularité fièrement assumée. La figure du bretteur, qui ne dédaigne pas recourir à l'art de la polémique pour assurer une tribune à ses idées, a trop longtemps fait ombre à celle de l'internationaliste. Le faible retentissement rencontré par une doctrine qui semblait, déjà, en son temps, trop inactuelle explique ainsi qu'elle soit restée très largement méconnue ou réduite à de grands traits caricaturaux²³⁰⁴.

Le statutisme défendu par Vareilles-Sommières doit s'entendre comme un « cri de révolte », un « cri de la terre », selon l'expression fameuse de Jean-Paulin Niboyet, cri poussé à l'encontre de la trop grande audience que rencontrent, en France, les idées de Mancini et de la trop large diffusion des lois étrangères que celles-ci favorisent. Mais ce statutisme est, tout autant, l'une des traductions les plus fidèles des thèses de l'Ecole Hollandaise, dont il reprend, sans toujours en avoir conscience, les lignes principales pour les ériger dans un système qui se veut ordonné,

²³⁰³ Voir Jean-Louis HALPERIN, « VAREILLES-SOMMIERES (Marie, Gabriel, André DE LA BROÛE, vicomte DE), *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, pp. 996-997.

²³⁰⁴ En ce qui concerne la vie et la personnalité du vicomte, puis comte, Gabriel de Vareilles-Sommières, qui signe certains de ses articles du titre de « Marquis », la figure du noble catholique ultramontain, légitimiste, et ardent partisan de « l'esprit de revanche », qualités que l'intéressé lui-même n'a jamais hésité à revendiquer, a davantage retenu l'attention que celle du juriste internationaliste : voir Jean-Claude MATTHYS, « La philosophie politique du Marquis de Vareilles-Sommières, doyen de la faculté catholique de droit de Lille », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°14, 1993, pp. 43-91, qui enrégimente, de manière sans doute trop systématique, les idées du doyen au sein de celles d'un milieu bien déterminé, et la réponse faite à cet article par l'arrière-petit-fils du doyen, Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES, « La philosophie politique du Marquis de Vareilles-Sommières : une lettre de M. Pascal de Vareilles-Sommières », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°15, 1994, pp. 243-246. Voir aussi Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique, op. cit.*, pp. 116-119. Sur la doctrine de l'auteur, voir Bertrand ANCEL, *Eléments, op. cit.*, pp. 456-472.

rationnel et cohérent²³⁰⁵. La pensée de Vareilles-Sommières renoue donc avec une souveraineté/territorialité qui était en perte de vitesse depuis Foelix et qui se concentrait désormais uniquement dans le seul chef de l'article 3, alinéa 1^{er}. Cette volonté de redonner la primauté à la loi du territoire traduit les préoccupations profondes qui animent l'auteur et qui seront celles qui accompagneront la résurgence des doctrines nationalistes au lendemain de la Première guerre mondiale : montée en puissance des tensions internationales, présence importante des étrangers sur le territoire d'un pays qui se découvre pays d'immigration, crainte de dilution de l'identité juridique française dans le multiculturalisme que favoriserait l'entrée en force des lois étrangères à l'intérieur des frontières. La loi française apparaît alors comme le relai privilégié d'une assimilation stricte des étrangers à la société civile française, en réduisant leur extranéité à la portion congrue et en les plaçant sur un pied d'égalité avec les ressortissants nationaux. Si des juristes comme Jean-Paulin Niboyet ou Paul Louis-Lucas ne peuvent apparaître comme les disciples de Vareilles-Sommières, ils n'en partagent pas moins une commune aspiration avec leur aîné pour la défense et la sauvegarde de l'intérêt national.

La doctrine du doyen Vareilles-Sommières s'exprime principalement à travers son œuvre majeure, *La synthèse du droit international privé*, publiée en 1897, après avoir commencé à paraître sous la forme d'articles dans la *Revue catholique des institutions et du droit*, puis elle est défendue avec passion par l'auteur dans les discussions enflammées qu'il entretient, dans diverses revues, avec Armand Lainé²³⁰⁶. L'auteur prend position en faveur d'un territorialisme qu'il conçoit de la manière la plus

²³⁰⁵ Pierre ARMINJON, « La notion des droits acquis en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, n°44, 1933, chapitre II, pp. 14-28, n°9-19, est l'un des rares juristes de son époque à avoir étudié la doctrine de Vareilles-Sommières. A propos de ce dernier, qu'il voit comme le « continuateur ou plutôt le rénovateur de la théorie des statuts en France » (*eod. loc.*, p. 13), Arminjon estime que : « la doctrine qu'il a élaborée et que je résume sous sa forme définitive est originale, mais elle s'apparente de près aux idées d'Ulrich Huber dont M. de Vareilles-Sommières peut être dit l'héritier et le continuateur ». Il se livre alors à un exposé consciencieux et à une analyse critique des idées du doyen lillois, en relevant les qualités et les faiblesses, mais aussi en soulignant la parenté qu'elles entretiennent avec les statutaires hollandais. Arminjon conclut son propos par un jugement nuancé, qui ne manque pas de marquer l'estime qu'il porte au doyen lillois : « La doctrine que je viens d'esquisser dans ses grandes lignes est un remarquable travail constructif, on y trouve d'excellentes choses, et je l'estime supérieure, pour ma part, à la plupart des systèmes qui ont été imaginés depuis trois quarts de siècle. Les défauts tiennent à la méthode *a priori* que Vareilles-Sommières a héritée des auteurs statutaires et qui prétend résoudre tous les problèmes au moyen d'une formule. Bien des serrures résistent au passe-partout, et, pour les ouvrir, il faut de nombreuses autres clefs » (*eod. loc.*, p. 27, n°19).

²³⁰⁶ La doctrine de Vareilles-Sommières a d'abord été publiée sous forme d'articles (nombreux), de 1894 à 1897, avant d'être reproduite et très largement étendue dans la fameuse monographie parue en 1897 : Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La synthèse du droit international privé », *Revue catholique des institutions du droit*, n°14 à 18, décembre 1894-janvier 1897, puis ID., *La synthèse du droit international privé*, volumes I et II, Paris, 1897 (réimpression Paris, 1972 ; ci-devant : *La synthèse*). A la demande de la rédaction du *Clunet*, l'auteur en livre un long résumé, toujours sous le titre de « La synthèse du droit international privé », dans le *Clunet*, n°27, 1900, pp. 5-29 et 258-290 (également publié, sous forme de brochure, à Paris, la même année, sous le titre « La quintessence du droit international privé »).

Entretemps, Armand LAINE publie une recension critique de la monographie de Vareilles-Sommières, dans un article paru à la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n°28, 1899, pp. 613-625, et n°29, 1900, pp. 20-46, 83-93, 216-227 et 350-374, et qui fait état des désaccords entre ses propres vues et celles de l'auteur : « Considérations sur le droit international privé. A propos d'un livre récent : La synthèse du droit international privé de M. le comte de Vareilles-Sommières ». Il offre ainsi l'occasion à Gabriel DE VAREILLES-SOMMIÈRES de croiser le fer avec lui et de répliquer par toute une série d'articles : « Un conflit sur les conflits. Réponse à M. Lainé », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n°29, 1900, pp. 385-404 et 599-611, puis n°30, 1901, pp. 85-109, et n°31, 1902, pp. 184-196, 383-400 et 477-490. Mais la controverse, menée désormais par le seul doyen lillois, ne s'arrête pas là : Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES poursuit ses réponses à Lainé, d'abord, par l'intermédiaire d'un article demeuré fameux : « Un Sedan juridique. Etude sur le conflit des lois successorales », *Revue de Lille*, novembre 1901 - novembre 1902, tome 20, pp. 832-853, puis par celui d'un autre article, qui s'inscrit en faux contre une notion de loi d'ordre public jugée pernicieuse : « M. Lainé et les lois d'ordre public », *Revue de Lille*, novembre 1902 - octobre 1903, tome 21, pp. 699-713 et 801-821. Un article annoncé sur l'ordre à suivre dans l'exposé du droit international privé n'a, semble-t-il, pas vu le jour. Pour être tout à

intransigeante qui soit, puisque tout son système est articulé autour des deux notions de souveraineté et de territorialité. Les lois de police et de sûreté et « l'ordre public », c'est-à-dire la primauté de la loi locale sur la loi étrangère même lorsque celle-ci est reconnue compétente, ne sont, au fond, que la déclinaison de ce principe directeur²³⁰⁷.

Le « droit international privé », terminologie que Vareilles-Sommières adopte par convention, mais qu'il récuse comme trompeuse, se définit, chez lui, par différents traits distinctifs qui soulignent la dette qu'il a contractée, et qu'il revendique hautement, à l'égard de la théorie des statuts :

1° Son territorialisme est nationaliste : le droit international privé traduit, principalement et essentiellement, l'action de la souveraineté interne d'un Etat sur les étrangers présents sur son territoire et sur ses nationaux expatriés. Il doit se préoccuper, exclusivement, de définir l'extension, les modalités et les limites de l'application de la législation d'un Etat sur ses étrangers ou sur ceux de ses nationaux qui sont les étrangers d'un autre Etat²³⁰⁸. Ce n'est donc qu'indirectement et subsidiairement qu'il se projette sur le plan du droit international, au seul sens que cette notion doit recouvrir, c'est-à-dire celui du droit international public ou *jus gentium*. En effet, les rapports d'Etat à Etat imposent le respect de la souveraineté d'un Etat par les autres et assurent l'opposabilité des droits qui se sont constitués sous son autorité²³⁰⁹. Toute tentative d'aboutir, par le biais des traités internationaux, à une uniformité du règlement des conflits est illusoire, néfaste et vouée à l'échec²³¹⁰, car ce serait abdiquer la souveraineté législative des Etats et ce serait même anéantir le droit international privé, puisque c'est à l'Etat, et à lui seul, qu'il revient de prendre en charge les conflits d'intérêts particuliers qui naissent ou se manifestent sur son territoire. Il n'y a de droit international privé que national.

2° Ce territorialisme est particulariste : étant absolument maître chez lui, chaque Etat a le pouvoir, et même le devoir, d'instaurer les règles qui vont s'appliquer aux étrangers présents sur son territoire comme aux nationaux et d'assurer, autant que faire se peut, l'unité de législation²³¹¹.

fait complet, il faut mentionner également l'opuscule consacré par l'auteur à l'article 6 du Code civil, qui n'est pas exempt de considérations tenant au droit international privé : *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, étude de philosophie du droit et de droit civil*, Paris, 1899, lui aussi tiré de la *Revue de Lille*, tome 16, novembre 1897 – octobre 1898, pp. 673-694, 796-811, 883-898, et tome 17, novembre 1898 – novembre 1899, pp. 16-30.

²³⁰⁷ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, préface, I, § IV, p. VI : « La vérité fondamentale que l'Ecole [entendre : les professeurs issus des Universités d'Etat] a reniée depuis cinquante ans, c'est le principe de la réalité, ou, plus clairement, de la territorialité des lois, c'est-à-dire le principe en vertu duquel tout acte accompli sur le territoire d'un Etat est légitimement régi par les lois de cet Etat et, par conséquent (sauf exception), reçoit d'elles une valeur qui doit être reconnue et respectée dans le monde entier ».

²³⁰⁸ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, préface, V, § XLV, p. XXX, dans lequel il décline plusieurs définitions du droit international privé : ainsi, « c'est, dans chaque Etat, l'ensemble des principes et des lois qui ont trait aux étrangers envisagés *ut singuli*, aux nationaux qui résident à l'étranger et aux nationaux simplement propriétaires à l'étranger et pris en cette qualité ».

²³⁰⁹ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, préface, IV, § XL, p. XXV : « Reconnaître à un Etat un droit de souveraineté quelconque, c'est le dénier à tous les autres Etats, c'est leur imposer l'obligation de ne pas l'entraver, c'est régler les relations internationales ». Voir aussi, *eod. loc.*, IV, § XLI, p. XXVII : « Dès lors que la souveraineté française est reconnue, elle exige de la part des individus l'obéissance, de la part des Etats le respect ; elle est un droit aux regards de ceux-ci comme de ceux-là : elle est un droit international, en même temps qu'un droit interne de l'Etat ».

²³¹⁰ La diversité des législations est si profondément ancrée dans le paysage qu'elle frappe, *a priori*, d'obsolescence toute entreprise de reconstitution d'un *jus commune*, comme celle que tente, depuis 1873, la Conférence de La Haye, avec des succès qui semblent modestes et des résultats qui paraissent décevants aux yeux de l'auteur. Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, préface, II, § XIII, pp. X-XI : « Un... fait alarmant pour l'avenir des théories nouvelles, c'est l'échec indéniable qu'elles ont subi dans les deux conférences de La Haye [1893 et 1894] ».

²³¹¹ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, préface, V, § XLVIII, pp. XXXIII-XXXIV : « Les principes immuables disent si l'Etat a la souveraineté chez lui sur les étrangers et quelles sont les limites de cette

L'Etat agit dans l'intérêt général de la société civile qu'il a charge de protéger et c'est au regard de cette fonction qu'il garantit le juste arbitrage des intérêts privés : le droit étranger doit accepter de se plier à la primauté du droit national, étant admis qu'il bénéficie, en retour, d'une parfaite réciprocité. Or, dans l'esprit de Vareilles-Sommières, les règles que l'Etat doit imposer ne sont pas des règles de conflits de lois, mais bien les règles de droit interne pour autant et aussi longtemps que les étrangers sont soumis à la loi territoriale. Cela signifie que cette emprise ne se relâche que lorsque cette même loi accepte de donner compétence à une loi étrangère. Il va de soi que cette ouverture trouve ses bornes naturelles dans le respect de l'intérêt commun et de la souveraineté locale.

3° Ce territorialisme est universaliste : s'il peut sembler, à première vue, paradoxal d'associer ainsi particularisme et universalisme, il n'en demeure pas moins que Vareilles-Sommières s'inscrit dans la parfaite continuité de d'Argentré et des Hollandais, particulièrement de Ulrich Huber. Ces auteurs ont tous en commun d'avoir bâti leur territorialisme protectionniste dans l'espoir d'en faire un modèle universalisable, correspondant aux aspirations de chacun des ordres juridiques – provinciaux ou nationaux – en concurrence. Leur lointain successeur conçoit, sans difficulté, que son modèle particulariste, avec son principe territorialiste et ses exceptions extraterritoriales, soit transposé dans les différents ordres juridiques étatiques. Si tous acceptent de se discipliner sur ce modèle, il n'y a plus de « conflit » à proprement parler, mais l'assurance que les droits acquis dans un Etat seront bien accueillis dans un autre²³¹².

4° Ce territorialisme est publiciste : le droit international privé est, avant tout, une question de souveraineté interne et internationale : celle que l'Etat revendique et exerce, dans sa triple fonction – légiférer, juger, exécuter – à l'égard de ceux qui sont ses « sujets », soit par l'allégeance politique, soit par le simple fait de leur présence sur le territoire, mais aussi celle que l'Etat revendique *inter pares*. Le statutisme de Vareilles-Sommières repose sur une distribution des compétences législatives, qui donne la priorité à la loi territoriale, afin d'assurer, au sein de tous les ordres juridiques, la reconnaissance des situations acquises sous les auspices d'une souveraineté interne. A cette fin, il importe que l'étranger accepte, dans son propre intérêt et dans l'intérêt de la société à laquelle il participe, et sauf les importantes exceptions que développe l'auteur dans son œuvre, d'abandonner, pour ce qui est des droits privés, la sujétion qu'il entretient avec son pays d'origine pour s'intégrer dans la société de son pays d'accueil. D'où la démarche de Vareilles-Sommières qui consiste, d'abord, à savoir à quelle législation le sujet de droit se soumet, pour, ensuite, lui appliquer la réglementation particulière des droits et devoirs qu'édicte la législation. L'ordre traditionnel qui entend exposer la question de la condition des étrangers comme question préalable

souveraineté, mais ils laissent forcément au Législateur, dans l'intérieur de ces limites, un large pouvoir discrétionnaire, et cet objet de législation, comme tous les autres, peut se prêter à un grand nombre de dispositions différentes, adaptées aux circonstances et aux besoins du lieu et du moment. L'uniformité dans ces lois n'est pas plus possible, ni désirable que dans les lois sur tout autre objet. Il faudrait que les hommes et les Etats présentassent eux-mêmes une uniformité absolue, pour que les mêmes mesures, dans un ordre de choses quelconque, fussent convenables partout et toujours. L'Ecole présente l'uniformité totale du droit international privé par tout pays comme un idéal et presse les Etats de l'établir par des traités. Nous tenons ce vœu pour imprudent et nous n'avons garde de nous y associer. Nous ne voyons pas ce que les Etats gagneraient à se lier par des traités multiples et minutieux, mais nous voyons très bien ce qu'ils y perdraient : le droit d'être maîtres chez eux.

²³¹² Sur la filiation intellectuelle entre Ulrich Huber, le premier auteur à avoir théorisé les droits acquis, et Vareilles-Sommières, qui reprend, notamment, à son prédécesseur, l'idée d'« incident de statut », voir Pierre ARMINJON, « La notion des droits acquis en droit international privé », *op. cit.* pp. 14-28, spéc., n°11, pp. 16-17, et n°15-18, pp. 22-27, et Marc EKELMANS, « La théorie des droits acquis et son influence en droit international privé belge et français », *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887, op. cit.*, pp. 735-744, spéc. n°3, pp. 736-737. Sur le lien entre *comitas gentium* et droits acquis chez Huber, voir, *supra*, pp. 293-323.

ou préjudicielle à celle du conflit de lois (autre expression que l'auteur récuse, puisqu'il cherche, précisément, à éliminer tout conflit par sa distribution rationnelle des compétences²³¹³) est ici renversé²³¹⁴.

L'une des conséquences les plus inattendues est que le territorialisme rationalisé de Vareilles-Sommières, entièrement échafaudé autour de la notion de souveraineté, n'est pas exempt de considérations privatistes. Etant ramené à la condition de sujet, l'étranger présent sur le territoire sera traité comme un national, en ce qui concerne l'accès au service public de la justice et le droit applicable. Il peut également, en raison du respect mutuel dû aux souverainetés, de la protection des droits acquis et du jeu de la courtoisie, réclamer la reconnaissance d'une situation valablement constituée, de manière juridictionnelle ou non, sous l'empire d'une loi étrangère. Le système de Vareilles-Sommières s'avère, à l'usage, extrêmement soucieux des intérêts privés des individus. En cela, sa doctrine est individualiste, parce que, pour reprendre les termes de l'auteur lui-même, le droit international privé s'occupe de régler les rapports entre un Etat et les « membres d'une autre nation » et non en tant que collectivité²³¹⁵.

S'il prétend s'inscrire dans la continuité historique des « vérités immémoriales » dégagées par la théorie des statuts, qu'il identifie, la plupart du temps, dans ses citations, à l'Ecole française des statuts, de Dumoulin à Boullenois²³¹⁶, Vareilles-Sommières est, plus sûrement encore, le fidèle héritier de l'Ecole Hollandaise et de la démarche *ab effectu* que cette dernière a enseignée aux auteurs français du XVIII^e siècle²³¹⁷. C'est surtout avec la pensée de Ulrich Huber qu'il renoue sans en avoir toujours conscience : bien qu'il cite à peine le jurisconsulte frison, force est de constater qu'il en reprend la démarche axiomatique, qu'il retranscrit, dans une formulation relativement fidèle, l'agencement principe/exception entre la souveraineté/territorialité et la *comitas*, et qu'il s'approprie la théorie des droits acquis. Ce choix méthodologique emporte deux conséquences :

1^o Les lois de police et de sûreté ne sont qu'une déclinaison, parmi tant d'autres, du principe premier : celui de la territorialité de la loi. Elles n'ont pas vocation à jouer un rôle particulier,

²³¹³ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, prolégomènes et division générale, n^o5, p. 3 : « Il s'agit ici de deux lois coexistantes, portées dans deux Etats différents, et qui semblent pouvoir prétendre l'une et l'autre à régir la conduite d'une personne, la condition d'un bien. Dire laquelle doit l'emporter, c'est trancher le conflit... Presque toujours le droit exclusif, si je puis dire, d'une des deux lois est incontestable et incontesté ; l'autre le lui reconnaît, ou le lui donne. Il n'y a donc point conflit, car tout conflit suppose ou deux droits ou, tout au moins, deux prétentions contraires ».

²³¹⁴ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, préface, IV, § XXX, p. XXI : « Nous n'hésitons pas à dire qu'il est contraire au sens commun de parler de la condition des étrangers avant de savoir de quel Souverain ils relèvent et à quelles lois ils sont soumis. Il est plus clair que le jour que la condition des étrangers est la résultante des lois, de toutes les lois qui les régissent, et qu'on ne peut connaître les lois qui les régissent que lorsqu'on sait quel Souverain a le droit de leur en imposer ».

²³¹⁵ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, préface, V, § XLVI, p. XXXI : « On appelle cet ensemble de principes et de lois droit international privé, parce qu'ils disent comment l'Etat doit traiter, peut traiter et traite les membres d'une autre nation, considérés individuellement, et non en bloc, envisagés comme particuliers, comme personne privées, et non pas comme collectivité politique, comme personne morale, comme Etat ». Voir aussi, *eod. loc.*, IV, § XXXIV, pp. XXII-XXIII : « Le droit international est le droit qui règle les rapports d'Etat à Etat : or, dans la question de savoir si l'Etat peut imposer ses lois aux étrangers ou à ses sujets expatriés, les Etats ne sont pas seuls intéressés et seuls en scène. Tout ne se réduit pas à des rapports d'Etat à Etat. Il y a d'autres personnes plus humbles, mais plus nombreuses, qui sont en cause ; ce sont les étrangers eux-mêmes et les nationaux expatriés. A côté des rapports d'Etat à Etat, il y a là des rapports d'Etats à individus ».

²³¹⁶ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, préface, II, § VIII, p. IX : « La théorie des statuts, si on ne la défigure pas, est, d'un bout à l'autre, l'expression de la vérité scientifique, de la justice et du bon sens ». Voir aussi, *eod. loc.*, § XI.

²³¹⁷ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, « La synthèse du droit international privé », *Clunet*, n^o27, 1900, pp. 5-29, spéc. n^o6, p. 6 : « Le principe de la réalité des lois (quant à l'effet), autrement dit le principe de la territorialité des lois, est le principe fondamental de la théorie des statuts ».

puisqu'il ressort *a fortiori* du système de l'auteur que, l'étranger-sujet se soumettant à la loi territoriale, les dispositions relatives à la police et à la sûreté s'appliquent à lui sans qu'il y ait lieu à discussion.

2° L'ordre public n'a pas de place, en tant que tel, dans la construction logique de Vareilles-Sommières. En effet, la loi territoriale suffit à remplir son rôle. L'auteur part du principe que toutes les règles qui composent la législation d'un Etat sont d'ordre public, parce qu'elles sont prises dans l'intérêt général et que l'intérêt particulier ne peut jamais aller à l'encontre de cet intérêt général : l'article 6 du Code civil subit ainsi les traits les plus ironiques de l'auteur, qui ne manque pas, non plus, de souligner l'aberration qu'il y a à distinguer spécifiquement des « lois d'ordre public » au sens où l'entend le droit international privé concentré dans l'article 3. Vareilles-Sommières, par son territorialisme intransigeant, trouve plus logique de mesurer au plus juste le champ d'application dévolu – par la *comitas* – à la loi étrangère à l'intérieur des frontières de l'Etat, laissant, de toute façon, ce dernier libre de décider s'il l'accueille ou non. Par conséquent, la loi territoriale étant de rigueur, elle a toujours vocation à produire effet là où la loi étrangère vient à faire défaut : avec un tel raisonnement, il n'est plus besoin de recourir à une notion aussi volatile et indiscernable que celle « d'ordre public ».

C'est sur ces deux manifestations de la territorialité qu'il convient de se concentrer désormais. Les lois de police et de sûreté, noyées dans l'ensemble de la législation française, sont une illustration, parmi tant d'autres, du principe directeur qui guide le système de droit international privé de Vareilles-Sommières (§ 1), tandis que la « courtoisie » n'a d'autre rôle, dans sa facette négative, que de rappeler ce même principe directeur, en écartant sans pitié les lois étrangères qui ne rencontrent pas l'agrément de l'ordre juridique de l'Etat d'accueil (§ 2).

§ 1. Les lois de police et de sûreté, fleurons de la souveraineté/territorialité de la loi étatique.

Les lignes directrices de la doctrine de Vareilles-Sommières, bien loin de prétendre à une quelconque originalité, plongent leur origine, conformément au vœu de l'auteur, dans une « théorie des statuts », qui est comprise de la manière la plus large possible, embrassant les grands noms qui s'égrènent d'Accurse à Boullenois, en passant par l'Ecole Hollandaise²³¹⁸, et qui est réduite à quelques grandes règles qui auraient traversé les temps et que l'article 3 du Code civil n'aurait fait que recueillir ou laisser volontairement de côté du fait de leur évidence scientifique. Cette théorie,

²³¹⁸ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, prolégomènes et division générale, n°12, pp. 7-8, cite, parmi ses inspirateurs, les noms et les œuvres de Accurse et Bartole pour l'Italie ; Chasseneuz, Tiraqueau, Dumoulin, Coquille, « surtout » d'Argentré, Boullenois, Froland et Bouhier pour la France, auxquels il joint, en d'autres endroits, Pothier ; de Bourgogne (ou « Burgonde »), Rodenburg, Paul et Jean Voet pour les Pays-Bas. Par le biais de quelques citations, il s'appuie également sur certains auteurs allemands comme Stryk, Tietz (ou Titius) ou Hert. D'une manière générale, il est possible de conjecturer que la lecture de *L'Introduction à l'étude du droit international privé* d'Armand LAINE, parue en 1888 et 1892, a réveillé l'intérêt de Vareilles-Sommières pour la théorie des statuts ou, plus certainement encore, achevé de le convaincre que cette théorie représentait une vérité immémoriale que les développements récents de la discipline avaient fini par méconnaître. L'auteur rend hommage à l'ouvrage de Lainé, non seulement au cours de la discussion polémique qu'il entretient avec ce dernier, mais également dans *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, prolégomènes et division générale, n°9, note 1, p. 6.

Dans la cohorte d'auteurs de l'Ancien droit que Vareilles-Sommières convoque pour soutenir ses propres thèses, il peut apparaître étonnant, *a priori*, de ne pas voir figurer celui des auteurs qui l'a le plus influencé ou, en tout cas, celui dont la pensée est la plus proche de la sienne : Ulrich Huber. Mais l'explication doit, sans doute, résider dans le fait que le juriconsulte frison ne se rattache que de manière artificielle et latérale à l'école de pensée qui conçoit le statutisme à partir de la seule division des statuts réels et personnels.

ramenée commodément à l'unité, est censée dévoiler, dans ses enseignements, des vérités axiomatiques qu'il appartient au juriste moderne de saisir pour reconstruire l'ensemble de la matière. Vareilles-Sommières bâtit son édifice à la manière de Ulrich Huber, sous forme de « petit livre de géométrie juridique », en livrant six principes ou six théorèmes. Ces six règles se décomposent, plus exactement, en deux principes, emblématiques de la réalité/territorialité de la loi, et en quatre exceptions, soit exceptions aux principes, soit exceptions aux exceptions et retours au principe. Les quatre exceptions ont une importance pratique qui justifie qu'elles soient élevées au même rang que les principes dont elles sont des tempéraments ou des accentuations particulières²³¹⁹. Les développements pratiques qui leur succèdent dans la *Synthèse du droit international privé* sont tous ramenés à ces six règles et y trouvent tous leur justification.

Le fondement véritable du droit international privé, pour Vareilles-Sommières, se trouve entièrement concentré dans les deux premiers principes, qui ne sont que la traduction directe de la souveraineté/territorialité chère aux juristes hollandais :

I. - En principe, les lois de l'Etat régissent tous les actes accomplis sur son territoire, même par les étrangers.

II. - En principe, les lois de l'Etat ne régissent pas les actes accomplis hors de son territoire, même par ses nationaux.²³²⁰

C'est donc de la combinaison de ces deux premiers préceptes que ressort la force inhérente aux lois de police et de sûreté chez Gabriel de Vareilles-Sommières, puisque ce type de lois semble parfaitement correspondre à la directive inscrite dans l'axiome en question. Le lien entre le principe de souveraineté/territorialité et l'article 3 du Code civil (A.) permet de déduire la sujétion provisoire de l'étranger présent en France, à raison de sa résidence ou de son simple séjour, et sa soumission aux lois françaises, sous la réserve des lois étrangères auxquelles le législateur français accepte de donner libre cours à l'intérieur des frontières qui bornent son autorité. Il en découle fort logiquement que les lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er} s'imposent, sans faculté pour lui de s'en affranchir, à l'étranger, qui est, à leur égard, assimilé purement et simplement à un ressortissant national (B.). En somme, ces lois offrent une preuve parfaite, aux yeux de Vareilles-Sommières, de la véracité des deux premiers axiomes de Ulrich Huber, que l'auteur condense dans la formulation de sa première règle et qu'il s'efforce, ensuite, de justifier rationnellement.

²³¹⁹ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, § 1^{er}, n°16, pp. 11-12.

²³²⁰ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, « La synthèse... », *op. cit.*, pp. 5-29, spéc. n°26, pp. 14-15. La formulation de ces règles en est plus moderne et plus pertinente que celle adoptée dans *La synthèse*, qui est très proche, mais qui a tenu à respecter l'esprit et le vocabulaire de l'Ancien droit, en parlant de « coutume ».

Les quatre règles suivantes – exceptions ou retours au principe – s'énoncent ainsi :

« III. - Par exception, et sauf exception, les lois de l'État sur l'état et la capacité ne régissent pas les actes accomplis sur son territoire par les étrangers, mais régissent les actes accomplis hors de son territoire par ses nationaux.

IV. - *A certains points de vue*, les meubles doivent être réputés rassemblés au domicile de leur propriétaire, et, par conséquent, la loi de ce domicile régit seule les opérations qui les touchent.

V. - Les lois de l'État qui interprètent ou qui suppléent la volonté des parties ne s'appliquent pas aux actes juridiques accomplis sur son territoire, lorsque les parties, expressément ou tacitement, ont incorporé à l'acte les dispositions des lois interprétatives ou supplétives d'un autre État.

VI. - En toute matière, la forme des actes juridiques est régie par les lois de l'État sur le territoire duquel ils sont accomplis ».

A. Le principe de souveraineté/territorialité de la loi et l'article 3 du Code civil.

La territorialité de la loi est une règle ancienne dont Vareilles-Sommières découvre les antécédents historiques dans les œuvres de d'Argentré, de Boullenois et les fameux principes généraux qui inaugurent son *Traité*, et des Hollandais, et qui traduit cette souveraineté absolue sur l'ordre interne que revendique le Législateur sur les personnes et les biens qui se trouvent dans l'étendue de son autorité. Tous les actes qui naissent sur le territoire et qui regardent la condition ou le sort de ces personnes et de ces biens formalisent un lien d'allégeance à l'égard de ce Législateur et de sa volonté toute puissante. Ce lien d'allégeance prend nécessairement et principalement une double dimension territoriale et personnelle : la loi du territoire entreprend de régler « la conduite de tout le monde, des non-domiciliés (des étrangers) aussi bien que des domiciliés (des nationaux) ». L'acte occupe dès lors une place déterminante dans la réflexion de Vareilles-Sommières : aucun acte ne peut, par définition, échapper à l'emprise du Législateur. Il en tire une conclusion fameuse, source de tous les développements futurs sur les droits acquis :

... Tout acte accompli sur le territoire de la province, de l'Etat, par n'importe quelle personne est, en principe, légitimement soumis au droit commun local. Donc les individus domiciliés dans une province et qui résident dans une autre doivent, *pendant leur séjour*, conformer aux statuts de cette dernière tous les actes qu'ils accomplissent *sur son territoire*.²³²¹

Par conséquent, l'absolutisme de la loi territoriale ne se discute pas à l'égard des biens qui se trouvent sur son sol, les actes qui y sont relatifs seraient-ils accomplis à l'étranger, mais il ne se discute pas davantage à l'égard des personnes qui sont parties à un acte prenant naissance sur le territoire. Pour Vareilles-Sommières, il ne fait aucun doute que, dans l'Ancien droit, les lois pénales et les lois de police s'appliquaient tout aussi bien aux étrangers qu'aux régnicoles et il cite, en ce sens, les passages de Bouhier et de Boullenois qui y font allusion, estimant, par ailleurs, avec ce dernier que ces lois étaient d'application uniforme dans toute la France et n'entraient pas directement dans la matière qu'était le conflit de coutumes²³²².

La force de la souveraineté/territorialité de la loi s'appuie sur la conjonction des deux premiers théorèmes édictés par Vareilles-Sommières, en pleine fidélité avec l'héritage statutiste traditionnel, tel qu'il est configuré, tout du moins, par le prisme de l'Ecole Hollandaise. En effet, le premier théorème repose, classiquement, sur l'exclusivisme juridique du Souverain sur les personnes qui foulent son territoire : « chacun est maître chez soi et peut imposer son régime à ceux qui deviennent ses hôtes »²³²³. Conformément à la vision de la société civile qu'il a développée, par ailleurs, dans ses *Principes fondamentaux du droit*, parus en 1889, Vareilles-Sommières considère que la réunion des individus en vue de former une société s'opère sur la base d'un « quasi-contrat de contact » et non par un pacte. La conséquence est que l'étranger devient le sujet temporaire de l'Etat auquel il s'agrège :

²³²¹ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, § II « Premier principe », n°17, p. 12.

²³²² Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, § II « Premier principe », n°21, p. 14-15 : « Les anciens statutaires l'appliquaient sans aucune doute, et avant tout, aux lois pénales et à tout ce que nous appelons aujourd'hui lois de police et de sûreté. On peut être certain qu'elles atteignent, d'après eux, les étrangers qui résident dans le pays aussi bien que les indigènes. Quelques-uns le disent en passant ». Il se réfère, en note, au cinquième principe général du *Traité* de Boullenois et au chapitre XXXIII des *Observations* de Bouhier.

²³²³ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, § II « Premier principe », n°23, p. 16. Voir aussi, ID., « La synthèse... », *op. cit.*, pp. 5-29, spéc. n°33, p. 16.

24. – Quand un étranger pose le pied sur le territoire occupée par une Société civile ou Etat, il fait partie momentanément du groupe ; il entre *ipso facto* en Société civile avec tous les autres membres ; il est, pendant son séjour, un des associés... Tant qu'il l'est, il doit subir toutes les conditions de la société, c'est-à-dire obéir à toutes les lois posées par ceux qui la gouvernent : il est véritablement un de leurs sujets.

... Les étrangers qui sont en France sont français. Ils sont français comme l'Arabe algérien, comme l'Annamite de Cochinchine. Seulement, ils ne le sont que provisoirement, et c'est pourquoi, très légitimement, l'usage et le droit positif ne leur donnent pas le nom de Français.²³²⁴

Les étrangers présents sur le sol national ne perdent pas leurs attaches avec leur pays d'origine, pas davantage qu'ils ne rompent tout lien juridique avec lui. Ils ne cessent pas d'être étrangers au regard du droit de la nationalité. Mais, pour tous ceux de leurs intérêts privés qui naissent sur le territoire, ils sont soumis à la législation française²³²⁵. Ce faisant, le doyen lillois renoue avec la vieille idée de sujétion temporaire, tacite et volontaire (ou présumée telle) qui traverse la théorie des statuts, depuis les civilistes médiévaux jusqu'à Boullenois et même jusqu'aux travaux préparatoires du Code civil, lorsque Portalis parle de l'étranger comme un « sujet casuel » du Souverain. La finalité, en l'espèce, est l'assimilation de cet étranger au sein du corps social français, afin d'éviter, par une trop grande profusion de règles applicables, la remise en cause des valeurs qui structurent cette société et les tensions qui naîtraient d'un disparate trop prononcé entre la législation locale et les effets portés par les législations étrangères. Vareilles-Sommières souligne, d'ailleurs, les « immenses avantages de l'unité de législation » qui bénéficient autant aux étrangers qu'aux nationaux. La logique même de cette assimilation conduit donc à traiter ces « sujets accidentels » de la même manière que les ressortissants nationaux, puisque, du point de vue de la condition civile (et criminelle), ils sont redevables des mêmes obligations à l'égard de l'Etat, tout comme l'Etat leur est redevable de sa protection et de sa justice.

Le second théorème, en s'appuyant sur le fondement de l'indépendance mutuelle des Etats et en partant de l'idée qu'aucun Souverain n'a le pouvoir, ni le droit de commander à ses pairs, est l'exact complément du premier²³²⁶. Les lois d'un Etat ne gouvernent pas la conduite des personnes qui se trouvent hors de son territoire, qu'elles soient de ses nationaux ou qu'elles lui soient étrangères, sauf la réserve tenant aux droits acquis sur son territoire. En vertu du précepte de droit international public qui postule le respect réciproque des souverainetés, la règle exprimée par le premier principe, qui veut que « la validité ou la nullité, la licéité ou la culpabilité attribuées par [les] lois [d'un Etat] aux actes ou faits accomplis chez lui par ses sujets », y compris ceux d'une nationalité différente, soit reconnue, ne cesse pas de s'appliquer.

D'où la conclusion à laquelle Vareilles-Sommières aboutit naturellement : les deux premiers principes – ceux dont l'association forme la souveraineté/territorialité – ne sont que l'expression d'une seule et même vérité, celle qui s'exprime, à propos des conflits de lois dans le temps, à travers l'article 2 du Code civil et le principe de non-rétroactivité de la loi²³²⁷. Toute la construction doctrinale de l'auteur s'articule autour de la distinction des lois *quoad effectum* et autour de la théorie

²³²⁴ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, § II « Premier principe », n°24, p. 16. Voir aussi « La synthèse... », *op. cit.*, pp. 5-29, spéc. n°33-38, pp. 16-18.

²³²⁵ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, § II « Premier principe », n°26-27, pp. 18-19. Voir aussi « La synthèse... », *op. cit.*, pp. 5-29, spéc. n°39, pp. 18-19.

²³²⁶ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, § III « Deuxième principe », n°33-39, pp. 24-30. Voir aussi « La synthèse... », *op. cit.*, pp. 5-29, spéc. n°54-67, pp. 22-27.

²³²⁷ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, § IV « Les deux premiers principes ramenés à un seul », n°40-45, pp. 30-34.

des droits acquis, formulée dans les mêmes termes que ceux qu'employait en son temps Ulrich Huber, et de leur garantie, qui repose sur le respect mutuel des souverainetés. Cette construction est ordonnée autour d'un impératif essentiel : l'unité de législation, dont les bienfaits doivent pouvoir s'étendre aux nationaux comme aux étrangers, et qu'une trop grande ouverture à des lois étrangères, conçues pour se conformer au génie d'un autre peuple, risquerait de mettre en péril en laissant mille situations différentes à trancher aux juges français qui sont mal informés de leur teneur.

A la lumière de ces développements, il apparaît logique, pour Vareilles-Sommières, de défendre l'idée selon laquelle la pensée des Rédacteurs du Code civil a été de reproduire, même sous forme elliptique, la « théorie des statuts » telle que lui-même la réinterprète et qu'il discerne, à travers ce monument de législation française, les six principes directeurs de sa théorie. En particulier, les deux premiers principes s'expriment, selon lui, à travers les trois alinéas de l'article 3 du Code civil : si l'interprétation *a contrario* de l'alinéa 3 lui permet de déduire que, hormis les lois sur l'état et la capacité des personnes, les lois françaises n'obligent pas le Français qui se trouve à l'étranger, les alinéas 1 et 2 sont, pour lui, la consécration de son premier principe, confirmant indirectement la matrice hollandaise qui est à l'origine de ces deux règles territorialistes :

... Le principe que « la loi oblige tous ceux qui habitent le territoire » est regardé comme vrai par les rédacteurs, même par ceux d'entre eux qui critiquent la formule. Personne d'eux ne le conteste. On demande seulement que des exceptions soient apportées ou indiquées. Sans motif sérieux pour tenir quelque compte des petits griefs du Tribunal, on renonce à l'exprimer sous forme d'axiome scientifique. Mais il reste la règle première et dominante dans l'esprit de tous. Il est sous-entendu dans tout ce qu'ils disent et, par conséquent, dans les dispositions qu'ils rédigent.

Il n'est même pas sous-entendu, il est encore exprimé d'une certaine manière dans nos lois. Il n'est plus exprimé d'une façon abstraite, il est exprimé concrètement et en détail par l'énumération de ses applications. L'article 3 lui donne les lois sur les immeubles et les lois de police et de sûreté ; joignez-y les lois de procédure, les lois sur les voies d'exécution, les lois administratives, les lois fiscales, les lois sur les meubles pris *ut singuli*, les lois sur la propriété littéraire, artistique, industrielle et commerciale, les lois sur les mines et bien d'autres encore, qui, incontestablement, d'après d'autres dispositions expresses ou tacites, s'appliquent aux étrangers : et dites si tous ces groupes de lois ne constituent pas l'immense majorité des lois françaises et si, par conséquent, on ne doit pas reconnaître que, dans notre droit, la règle est que « la loi oblige indistinctement tous ceux qui habitent le territoire ». Or, cette règle, c'est le premier principe de la théorie des statuts.²³²⁸

Le fondement même de la théorie de Vareilles-Sommières se trouve entièrement concentré dans les deux premiers alinéas de l'article 3 du Code civil, qui ne font qu'exprimer, parmi toutes les lois énumérées par l'auteur qui sont soumises au même régime, la généralité de la souveraineté/territorialité de la loi française. Cette généralité relègue fatalement le dernier alinéa dudit article et toutes les règles spéciales, écrites ou non, au rang de simples, quoique capitales, exceptions. D'ailleurs, à une formulation trop abstraite, il préfère un énoncé plus concret, à savoir : « Les lois françaises, en règle générale, régissent uniformément tous les actes de même genre accomplis sur le territoire français, même par des étrangers »²³²⁹. Il reste à savoir quelles sont les applications concrètes de cette dernière règle et, plus particulièrement, quelles sont les dispositions que le doyen lillois range dans cette catégorie des lois de police et de sûreté, étant admis, comme le

²³²⁸ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre V, § I « Le Code adopte la théorie des statuts », n°282-283, spéc. n°283, pp. 187-188.

²³²⁹ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 2^{ème} partie, chapitre 1^{er}, n°311-312, pp. 199-200.

démontre l'extrait ci-dessus, qu'il prend bien soin de distinguer plusieurs classes de lois territoriales²³³⁰ et qu'il se refuse à les amalgamer dans un ensemble qui porterait l'étiquette de « lois d'ordre public ».

B. Les lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er}, déclinaison du principe.

L'étude, assez brève, que consacre Vareilles-Sommières aux lois de police et de sûreté permet de mesurer la place relativement mineure que ces lois occupent dans l'économie du système propre au doyen lillois. En effet, elles n'ont pas vocation à constituer un mécanisme à part entière du droit international privé, ni à remplir une fonction particulière d'éviction de la loi étrangère : elles sont saisies dans leur sens le plus restreint et le plus appauvri. Il ne s'agit pas, pour l'auteur, de tirer parti de la jurisprudence française pour dessiner les contours d'une catégorie, mais de se fonder sur une définition *a priori* des lois de police et de sûreté pour en déduire leur parfaite adéquation au principe de souveraineté/territorialité. La définition par laquelle il introduit la notion ne cesse de tendre vers la généralité :

316. On entend par là, en bon français, toutes les lois qui ont pour but de protéger les personnes, les biens et, aussi, les institutions publiques contre la malice ou l'imprudence des hommes.

La plupart de ces lois ont le caractère pénal et il est communément admis, non peut-être sans quelque exagération, que tout le droit pénal rentre dans cette première catégorie de lois. Il y a, pourtant, quelques lois de police et de sûreté qui n'ont pas de sanction pénale proprement dite, qui ne sont pas des lois pénales. Telle est la loi en vertu de laquelle on enferme les fous furieux.²³³¹

Le parti-pris de limiter la notion aux seules lois pénales et aux lois relatives à la police administrative, en y assimilant les décrets et les arrêtés préfectoraux ou municipaux²³³² (puisque les lois administratives, en général, pour territoriales qu'elles soient, ne sont pas à classer parmi les lois de police), c'est-à-dire seules les lois à caractère coercitif ou répressif, souligne à quel point Vareilles-Sommières entend, consciemment, leur assigner un rôle minoré par rapport à celui qu'avaient entendu leur faire jouer la jurisprudence et à la doctrine du XIX^e siècle.

La suite de sa démonstration le prouve à suffisance : il s'élève, juste ensuite, contre « l'extension contre nature des mots *lois de police et de sûreté* » que les auteurs ont pris habitude de faire consonner avec les « lois d'ordre public ». Cette synonymie heurte frontalement la logique d'un système qui refuse de discriminer des « lois d'ordre public » parmi l'ensemble des lois françaises, alors que cette « louche formule... convient à toutes les lois sans exception ». Vareilles-Sommières reproche aux sectateurs des lois d'ordre public d'avoir perdu de vue le premier principe :

²³³⁰ Parmi les différentes catégories de lois territoriales que distingue Vareilles-Sommières, sans prétendre livrer une liste exhaustive, et qu'il rattache à son premier principe, figurent, outre les lois de police et de sûreté, les lois sur les immeubles et celles sur les meubles, les lois sur les contrats et autres sources d'obligations, les lois sur l'extinction des obligations, les lois de compétence et de procédure, les lois sur l'exécution forcée des engagements (en particulier, la faillite), les lois sur la propriété littéraire, artistique et commerciale, les lois fiscales, les lois administratives et d'autres encore. Voir Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 2^{ème} partie, chapitre 1^{er}, n°314, p. 201, et « La synthèse... », *op. cit.*, pp. 5-29, spéc. n°40-47, pp. 19-20.

²³³¹ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 2^{ème} partie, chapitre 1^{er}, n°316, pp. 201-202 et « La synthèse... », *op. cit.*, pp. 5-29, spéc. n°40, p. 19.

²³³² Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 2^{ème} partie, chapitre 1^{er}, n°321, p. 204.

318... Ne se sentant pas soutenus par cette règle générale, ils ont instinctivement cherché à en faire une de la disposition de l'article 3 relative aux lois de police et de sûreté. Chaque fois qu'ils se trouvent en face d'une loi qui, rationnellement, doit être appliquée aux étrangers, ils cherchent un point d'appui pour la solution désirable, et, ne voyant plus la grande règle imposée par la science et le bon sens, ils s'adressent à la première application un peu large qu'en donne l'article 3 : ils classent la loi quelconque qui les préoccupe parmi les lois de police et de sûreté. Il est inutile de faire subir cette violence à la langue. Pour obliger les étrangers, une loi n'a pas besoin d'être une loi de police et de sûreté, il suffit qu'elle soit une loi et qu'elle ne figure pas parmi les lois exceptionnelles dont ils sont exemptés.²³³³

Dans la mesure où l'ensemble des lois françaises, sauf exceptions rigoureusement délimitées, a vocation à être rangé parmi les lois d'application impérative, la notion même de loi de police, amalgamée ici sans nuance avec la notion de loi d'ordre public, n'offre plus aucune utilité aux yeux de Vareilles-Sommières. D'où la définition étique qu'il en donne. Dès lors, il évite soigneusement d'interroger les applications concrètes qu'en a données la jurisprudence au cours du siècle qui vient de s'écouler, car il lui aurait fallu reconnaître la contrariété directe avec son système.

Quels sont les motifs qui justifient l'application territoriale et impérative, telle que l'entend le premier principe, de ces lois de police au sens strict ? Vareilles-Sommières répond que c'est leur conformation aux traits particuliers qui singularise chaque Etat, et leur adéquation aux exigences de la vie en société qui y a cours, qui rend indispensable leur respect absolu, sans concurrence possible des lois de police et de sûreté qui seraient en vigueur dans un autre pays :

319. Vaut-il la peine de faire remarquer à combien juste titre les lois de police et de sûreté suivent la règle générale ?

... Il y a toujours des nécessités particulières à chaque peuple, à chaque climat, à chaque civilisation, à chaque situation géographique ; certains dangers, chimériques dans un Etat, sont réels dans un autre ; des actes inoffensifs peuvent être nuisibles là... Or, les mesures particulières à un pays perdraient tout ou partie de leur utilité si elles pouvaient être enfreintes par le groupe des étrangers.²³³⁴

Le souci de garantir l'égalité entre nationaux et étrangers, ce qu'une application uniforme de la législation française assurerait sans contredit, se traduit par les types de normes qui figurent dans cette catégories : police des eaux, police de la chasse, police des chemins de fer, mais, aussi et surtout, lois sur les délits et quasi-délits, qui « rentrent dans les lois de police et de sûreté, que l'article 3 impose expressément à tout le monde sur le territoire français »²³³⁵, voire les lois françaises sur la faillite qui, pour Vareilles-Sommières, « pourraient, à la rigueur être classées aussi parmi les lois de police et de sûreté, car elles ont pour but de protéger les créanciers contre les fraudes du débiteur, contre le désordre et les résultats aléatoires des poursuites individuelles »²³³⁶.

²³³³ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 2^{ème} partie, chapitre 1^{er}, n°317-318, pp. 202-203.

²³³⁴ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 2^{ème} partie, chapitre 1^{er}, n°319, pp. 203-204.

²³³⁵ Sur les lois relatives à la police administrative, voir Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, deuxième partie, chapitre 1^{er}, *eod. loc.* L'exemple des lois sur les délits et les quasi-délits, évoquées, plus loin, au n°405, p. 249, dans le quatrième paragraphe consacré aux contrats et autres sources d'obligation, démontre que les classifications de l'auteur n'ont pas la fermeté et la rigidité que celui-ci aurait bien voulu leur donner et que cette relative porosité autorise, finalement, les qualifications transversales.

²³³⁶ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, deuxième partie, chapitre 1^{er}, n°435, p. 265. Voir aussi, au n°447, p. 273, sur le devoir fait au commerçant étranger établi en France, de procéder à une déclaration de faillite devant les tribunaux français, reconnu comme une loi de police par la jurisprudence, comme en témoignent les arrêts cités en note par Vareilles-Sommières. Celui-ci semble implicitement approuver cette qualification, qui n'est pas de son fait, mais qui va dans le même sens que celui qu'il préconise de suivre : la territorialité des faillites.

Ce même souci se retrouve dans la question des sanctions ou des peines qui peuvent être prononcées à l'encontre des uns et des autres pour des faits commis sur le territoire français. Quelles que soient les différences avec une législation étrangère, la règle est que les étrangers doivent être soumis au même régime que les Français, ainsi que l'auteur le rappelle en faisant usage de la maxime léguée par Louis Boullenois en vertu de laquelle : *intrasti urbem, ambula juxta ritum ejus* (« Tu es entré dans cette ville : suis-en l'usage »). Mais la différence avec l'Ancien droit se fait plus sensible sur la mise en œuvre de la règle : conformément à l'esprit nouveau insufflé par l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, il n'est plus question, comme l'ont longtemps fait les auteurs de la théorie des statuts, de distinguer si l'étranger frappé d'une peine est un étranger résidant en France ou de passage. La loi oblige indistinctement tous ceux qui se trouvent sur le territoire et non seulement ceux qui y habitent. De même, l'excuse d'ignorance, si chère aux auteurs anciens, ne doit plus pouvoir être admise en faveur de l'étranger présent depuis peu sur le territoire, à cette nuance près, que Vareilles-Sommières reprend de Demolombe, que l'impossibilité matérielle de s'informer de la teneur d'une règle de police empêche raisonnablement cet étranger d'en prendre connaissance : la force majeure est la seule excuse admise à son bénéfice.

§ 2. L'éviction de la loi étrangère orchestrée par la courtoisie internationale.

Dans un système où tout prend racine dans la territorialité des lois et où celle-ci, érigée en principe, cantonne l'extraterritorialité des lois à des domaines rigoureusement circonscrits, il est naturel que le principe se rappelle, occasionnellement, au bon souvenir des lois étrangères, lorsque celles-ci demandent à produire leurs effets, en vertu d'un droit légitimement acquis sur un territoire étranger, à l'intérieur des frontières françaises. De même que les lois de police, les « lois d'ordre public » n'offrent aucune utilité dans un tel système. Si Vareilles-Sommières venait à reconnaître l'existence et le rôle que peuvent jouer de telles lois, alors, il affaiblirait singulièrement son premier principe, en admettant que les lois étrangères peuvent s'appliquer sur le territoire, sans d'autres mécanismes de refoulement que ceux qui interviennent à titre spécial, comme les lois de police, ou à titre exceptionnel, comme les lois d'ordre public. Il ne veut pas d'un système qui accorde autant d'importance à ce type de lois, parce que ce système impliquerait un déploiement bien plus large et bien plus fréquent de la loi étrangère. C'est pour cette raison qu'il réserve ses traits les plus cinglants envers cette notion de loi d'ordre public et qu'une partie non négligeable des discussions polémiques qu'il entreprend ou entretient avec une bonne partie de la doctrine internationaliste de son époque porte précisément sur ce concept, qu'il rejette absolument. Parce qu'elle est si contraire au sens et à la portée d'une notion que Vareilles-Sommières identifie au bien commun de Saint Thomas d'Aquin, la conception rétrécie de l'ordre public que reflètent les théories modernes du droit international privé lui répugne : par essence, toutes les lois visent à assurer le bien public²³³⁷. C'est pourquoi il adresse ses plus virulentes objurgations à ceux qui envisagent les lois d'ordre public comme des exceptions à l'extraterritorialité des lois, alors que tout son système se concentre

²³³⁷ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, 2^{ème} partie, chapitre IV, section II « Les étrangers sont régis en France par les statuts personnels de leur pays », § III « Les exceptions », n°862, pp. 140-141. Voir aussi ID., *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, étude de philosophie du droit et de droit civil*, Paris, 1899, et « M. Lainé et les lois d'ordre public », *Revue de Lille*, 1902-1903 (t. 21, juin-juillet), pp. 699-713, spéc. n°6-7, pp. 700-701, ainsi que *Revue de Lille*, 1902-1903 (t. 23, juin-juillet), pp. 801-821.

dans la conviction que ce sont les lois étrangères qui sont des exceptions aux lois du territoire, lesquelles sont incontestablement d'ordre public²³³⁸.

Cependant, force est, pour Vareilles-Sommières, de donner un fondement à l'éviction de la loi étrangère normalement compétente selon ses propres vues lorsque son application risquerait de blesser les valeurs défendues par l'ordre juridique du for. Même dans le système de distribution des compétences le mieux harmonisé, il ne semble pas possible de faire l'économie de la prise en considération des effets portés par une loi étrangère et nul autre que le doyen lillois, tout entier porté par son protectionnisme juridique, n'est mieux placé pour savoir que ces effets peuvent s'avérer pernicieux et indésirables.

Pour mesurer l'importance que joue, dans l'économie générale du système de Vareilles-Sommières, cette éviction de la loi étrangère, il faut se tourner vers le troisième principe fondateur, qui assure l'extraterritorialité des statuts personnels, car c'est à son sujet que se manifeste avec la plus grande acuité et avec la plus grande fréquence ce phénomène (A.). C'est l'articulation du principe territorialiste et de l'exception en faveur des lois personnelles qui permet de résoudre la tension qui naît des contradictions entre la loi locale et la loi étrangère. Or, cette articulation se fonde essentiellement sur la « courtoisie internationale », prise dans sa facette positive (accueil des situations juridiques constituées à l'étranger) comme dans sa facette négative (rejet de la loi étrangère et des effets qu'elle porte). Vareilles-Sommières décompose son troisième principe en deux idées complémentaires, à savoir le lien d'allégeance personnel que conserve l'Etat d'origine envers son ressortissant à l'étranger et le devoir pour l'Etat de résidence d'admettre et de faire respecter le statut personnel de l'étranger. Ce sont les tempéraments et exceptions qui sont portées à ces deux idées, respectivement, qui forment, ensemble, les modalités d'éviction dans le système du doyen lillois. Or, l'ensemble en question peut se ramener à une seule directive : le refus légitime pour tout Etat de faire preuve de « courtoisie » à l'égard d'un statut personnel qui emporterait des conséquences qu'il n'entend pas admettre sur son territoire (B.). La logique inhérente à toute théorie des statuts, y compris la plus favorable à la circulation des lois à travers les frontières, repose toujours sur une règle intangible, à savoir que, lorsque les circonstances le commandent, le principe territorialiste doit pouvoir battre en brèche l'extraterritorialité des statuts personnels.

A. Le principe d'extraterritorialité des statuts personnels et la courtoisie internationale.

Le troisième principe qui structure la théorie de Vareilles-Sommières est une pièce essentielle de cette dernière, dans la mesure où elle est pensée et conçue comme l'indispensable dérogation aux deux premiers principes, d'inspiration territorialiste. Il se formule comme suit :

III. - Par exception, et sauf exception, les lois de l'État sur l'état et la capacité ne régissent pas les actes accomplis sur son territoire par les étrangers, mais régissent les actes accomplis hors de son territoire par ses nationaux.²³³⁹

Cette règle ne se contente pas de souligner la dimension éminemment relative du statut personnel, qui s'applique aux seuls nationaux sur et en dehors du territoire de l'Etat : elle se

²³³⁸ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, 2^{ème} partie, chapitre IV, section II, § III, n°863-866, pp. 141-143. Les critiques envers la notion d'ordre public international et envers les auteurs qui la défendent sont récurrentes dans l'œuvre de Vareilles-Sommières.

²³³⁹ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, « La synthèse... », *op. cit.*, pp. 5-29, spéc. n°26, p. 14 et n°74, p. 274. Voir aussi *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, 2^{ème} partie, chapitre IV, n°771, p. 82.

présente bien comme une exception au principe constitué des deux premiers théorèmes, et comme une exception qui réserve elle-même ses propres exceptions, qui sont autant de retours au principe. Cette même règle n'est, en fait, que la juxtaposition de deux idées qui expriment la manière dont l'extraterritorialité doit être envisagée du point de vue de l'Etat d'origine et du point de vue de l'Etat de résidence :

1° Les lois portées par un Souverain sur l'état et la capacité doivent être, à son regard, obligatoires pour ses sujets expatriés ; 2° Bien plus, elles doivent être exécutoires, pour et contre eux, même sur le territoire des autres Etats ; ceux-ci doivent les admettre et y prêter la main.²³⁴⁰

La première règle prend précisément racine dans l'ordre public tel que le conçoit Varelles-Sommières et s'appuie sur le fait que c'est un devoir du législateur d'établir les lois civiles qui définissent l'état et la capacité des personnes soumises à son pouvoir et qu'il doit ajuster ces lois à la complexion et au tempérament propres de ses sujets. Cette condition singulière, une fois qu'elle est imprimée sur la personne, est censée l'accompagner partout où elle se rend et ne peut se perdre par le simple franchissement de frontières, au risque d'alimenter les fraudes à la loi. D'où le caractère obligatoire que ces lois revêtent pour les sujets qui se trouvent hors des limites du territoire.

La seconde règle se fonde directement sur la *comitas*, à laquelle se rallient l'utilité et la justice, toutes trois concourant à imposer le devoir pour chaque Souverain d'accueillir chez lui les lois relatives à l'état et la capacité des ressortissants étrangers telles qu'elles ont été édictées par ses pairs. S'appuyant, à de nombreuses reprises, sur Bouhier et sur Boullenois, l'auteur reprend les arguments avancés, en leur temps, par les théoriciens de l'Ecole Hollandaise pour expliquer l'effet extraterritorial des statuts personnels :

53. – ... La courtoisie, l'utilité et, dans une certaine mesure, la justice même font un devoir au Législateur d'admettre que les lois sur l'état et la capacité portées par les autres Souverains seront appliquées chez lui à leurs sujets respectifs.

Il le doit par courtoisie, *propter comitatem*, car cette vertu chevaleresque sied aussi bien aux nations qu'aux particuliers, et elle demande que, même au prix de quelques inconvénients, on accorde à ses voisins un peu plus que le droit strict.

Il le doit encore plus par utilité, *propter reciprocam utilitatem*, car il a chance d'obtenir par là que les autres Législateurs prêtent aussi main forte chez eux à ses lois sur le même objet et, de plus, il aplanit un obstacle qui pourrait détourner de ses états l'activité des étrangers, désireux le plus souvent de conserver leur état et leur capacité tels que leur loi nationale les détermine.

Enfin, il le doit par justice ; non pas que la justice parle ici *directement* et pose un principe *a priori*... mais, *puisque la mesure est utile*, il serait injuste qu'il ne la prît pas. Ce serait injuste envers ses sujets ordinaires, auxquels il a le devoir de procurer les éléments de prospérité qui sont en sa puissance ; ce serait injuste envers les étrangers, auxquels, devenus ses sujets accidentels, il doit aussi, *quand il*

²³⁴⁰ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, § V « Troisième principe », n°52, p. 36. Voir aussi « La synthèse... », *op. cit.*, pp. 258-290, spéc. n°74, pp. 258-259 : « A l'analyse, il résulte, d'abord, de ce théorème que les lois de l'Etat sur l'état et la capacité (statuts personnels quant à l'objet) doivent régir *à son regard* les actes accomplis hors de son territoire par ses nationaux. Il en résulte, en second lieu, que l'Etat doit laisser les lois étrangères sur l'état et la capacité régir même à son regard les actes accomplis sur son territoire par leurs sujets respectifs.

Les statuts personnels quant à l'objet suivent la personne à l'étranger au regard de son pays d'origine, - c'est la première idée, - et même au regard du pays où elle séjourne - c'est la seconde idée. Ils deviennent ainsi des statuts personnels quant à l'effet ».

n'en coûte rien aux autres, assurer le meilleur régime possible : or, les statuts de leur pays, mesurés sur leur nature, sont ceux qui leur conviennent le mieux.²³⁴¹

La démonstration de Vareilles-Sommières s'apparente à un développement des idées qui étaient contenues dans le troisième axiome de Ulrich Huber. Bien que la courtoisie, l'utilité et la justice soient présentées sur un rang d'égalité, la première est un principe directeur suffisamment puissant pour comprendre les impératifs d'utilité et de justice : un Etat a le devoir d'accorder aux ressortissants d'un autre Etat les droits qu'il veut voir, en retour, reconnus à ses propres sujets et la bonne entente entre Nations repose sur la prise en considération des intérêts respectifs des Souverains et de leurs sujets. Dans la mesure où chaque Etat a, suprêmement, le droit de dénier aux étrangers la jouissance de tous les droits civils, il leur faut se convaincre qu'il y a plus d'avantage à en accorder qu'à en refuser. D'où ce plaidoyer en faveur de la courtoisie entre Nations, parce que celle-ci présente l'avantage de toujours réserver le droit de l'une d'elles de juger, d'après son intérêt et l'utilité de ses sujets, de l'opportunité d'accueillir ou non la loi personnelle d'un étranger. C'est précisément l'objet de la remarque qui suit, comme une réponse faite à ceux qui reprocheraient les excès d'une règle appliquée trop libéralement :

54. – Toutefois, le devoir pour l'Etat d'admettre sur son territoire l'application des lois étrangères de cette catégorie cesse et fait place à un devoir opposé, si ces lois sont contraires aux bonnes mœurs, à la justice, à la raison ou si leur application lui paraît offrir chez lui de graves inconvénients.²³⁴²

Vareilles-Sommières, qui évite, « à dessein, de prononcer le mot vague et obscur d'ordre public », comme il s'en explique dans une note, souligne ainsi que le devoir de protéger l'ordonnancement juridique de l'Etat et de ses ressortissants l'emporte sur le devoir de laisser les lois personnelles étrangères s'appliquer sur le territoire, rappelant, de manière incidente, que les auteurs anciens n'avaient pas méconnu, au XVIII^e siècle, cette idée. Le troisième principe est un devoir fondé sur la courtoisie et non une obligation, qui constituerait un devoir d'un Etat souverain envers un autre : l'indépendance réciproque des Etats s'oppose fermement à ce qu'il y ait là un droit strict²³⁴³. Si devoir véritable il y a d'appliquer les lois étrangères, c'est davantage vers les étrangers pris en tant qu'individus et non envers les Etats. Mais le troisième principe ne peut jamais être imposé à l'Etat de résidence des étrangers :

56. – ... Même envers les individus étrangers, il n'est pas une loi naturelle [de droit international privé] absolue et *a priori* : il n'est qu'une loi naturelle conditionnelle et doublement conditionnelle. La première condition, c'est que les statuts étrangers soient rationnels et vraiment adaptés à la nature particulière des résidents étrangers. La seconde, c'est que leur application n'ait pas pour l'Etat qui la tolérerait plus d'inconvénients que d'avantages.

... Mais, si l'une des deux conditions indiquées fait défaut, l'Etat n'a nullement le devoir d'admettre les statuts étrangers. C'est évident, si c'est la première qui manque, si les statuts étrangers sont irrationnels ou arbitraires. C'est tout aussi évident si c'est la seconde qui n'est pas remplie, si l'application des statuts étrangers a, pour l'Etat, plus d'inconvénients que d'utilité : la justice ne demande pas que l'Etat sacrifie à la commodité des étrangers, sans compensation,

²³⁴¹ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 1^{er}, 1^{ère} partie, chapitre 1^{er}, § V « Troisième principe », n°53, pp. 37-38.

²³⁴² *Eod. loc.*, n°54, p. 38.

²³⁴³ *Eod. loc.*, n°55, pp. 38-39.

l'inestimable bien de l'unité de législation et d'autres avantages encore, ni que la masse des sujets permanents soit gênée au profit des étrangers parsemés en son sein.²³⁴⁴

La vertu propre à la *comitas* est d'imposer un devoir conditionnel à l'Etat de résidence ou de passage et d'assortir à la satisfaction de certains critères la mise en œuvre des lois personnelles des ressortissants étrangers. Le troisième principe est, comme sa formulation le laissait déjà entendre, un principe qui s'auto-limite.

B. L'éviction de la loi personnelle étrangère par le refus de la courtoisie internationale.

Les deux règles qui donnent corps au troisième principe ne sont que les deux facettes d'une seule et même règle de conflit, formulée de manière unilatérale et particulariste. C'est pourquoi, au moment de passer aux applications pratiques du troisième principe, Vareilles-Sommières envisage les tempéraments et exceptions au regard de l'une et de l'autre règle. Ainsi, la première règle – portant sur l'extraterritorialité des statuts personnels français à l'étranger – souffre un tempérament qui tient au refus de l'Etat étranger de donner suite à ces statuts : ce tempérament n'est autre que la résurgence de la vieille figure des statuts réels prohibitifs (1). De même, la seconde règle – relative à l'extraterritorialité des statuts personnels étrangers en France – comporte un certain nombre d'exceptions destinées à défendre l'ordre public du for contre l'opération indésirable ou dangereuse d'une loi étrangère (2.). Ce faisant, Vareilles-Sommières ne cherche pas à établir des règles relatives à l'exception d'ordre public qui seraient valables pour tous les ordres juridiques, mais, fidèle à son option particulariste, il insiste principalement sur les motifs qui peuvent conduire l'ordre juridique français à écarter les lois étrangères.

1) Le refus de l'Etat étranger de donner suite aux statuts personnels français : la résurgence du statut réel prohibitif.

« Les lois portées par un Souverain sur l'Etat et la capacité doivent être, à son regard, obligatoires pour ses sujets expatriés », mais seulement quand il n'en coûte rien au Souverain de l'Etat de résidence, toujours maître de repousser l'application sur son territoire de ces lois personnelles. Cette incidence portée par le troisième principe n'est que le juste corollaire de l'indépendance respective des Etats et des ordres juridiques qui les structurent. Elle est la contrepartie du recours à la *comitas* qui, si elle repose sur l'idée d'un devoir de l'Etat de résidence envers les ressortissants étrangers, ne lui fait, pour autant, aucune obligation de se plier aux injonctions de l'Etat d'origine, ni de souscrire aux vues de ce dernier sur la teneur du statut personnel qu'il attribue à ses propres sujets. L'Etat de résidence est tout à fait libre de refuser son concours à l'Etat d'origine et de s'opposer à ce que les conséquences emportées par le statut personnel d'origine produisent leurs effets sur son territoire :

784. – La règle que les statuts personnels d'un Etat régissent à son regard les actes de ses nationaux à l'étranger souffre, suivant nous, un large tempérament, *mais seulement dans le cas où l'Etat étranger n'accepte pas sur son territoire l'application de ces statuts.*²³⁴⁵

²³⁴⁴ *Eod. loc.*, n°56, pp. 39-40.

²³⁴⁵ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, chapitre IV, 1^{ère} section, n°784, p. 91. Voir « La synthèse... », *op. cit.*, n°100, p. 270.

Bien que le tempérament soit formulé de manière abstraite et universelle, Vareilles-Sommières ne la conçoit et ne l'évoque que du seul point de vue français. Elle n'en demeure pas moins une manifestation invincible du particularisme et du droit souverain de chaque Etat de donner suite ou de refuser exécution d'une loi étrangère sur son territoire. Le Souverain de l'Etat d'origine de l'étranger ne peut que s'incliner devant l'opposition du Souverain de l'Etat de résidence à un statut qui est si contraire à sa propre législation. Cela est la conséquence logique de l'idée même de courtoisie.

Vareilles-Sommières propose plusieurs cas d'école destinés à éclairer sa pensée sur ce point. Le premier tient à la situation de deux époux mariés en France selon le régime dotal, où l'inaliénabilité des fonds dotaux est de rigueur, et qui aliènent un immeuble dotal que possède la femme dans un pays étranger interdisant toute restriction du pouvoir des époux d'effectuer une telle opération sur leurs biens. Si l'on estime que le statut est personnel, il faut, alors, considérer, en bonne logique, que le statut des époux français est inapplicable : pour satisfaire son but, le statut français édictant l'inaliénabilité doit, à la fois, frapper les immeubles français et les immeubles étrangers. Repoussé à l'étranger, il doit se confiner aux seuls immeubles français. Les tribunaux de France doivent alors tenir pour légitime l'aliénation du bien étranger et ne pas tenter de procurer indirectement à la partie frustrée par la loi étrangère l'avantage dont l'a privé cette dernière. Pour soutenir une telle vue, il ne faut pas se contenter de faire jouer la théorie des droits acquis : il faut également ressusciter la figure traditionnelle du statut réel prohibitif, puisque c'est le statut du lieu de situation de l'immeuble dotal qui repousse, en l'espèce, le statut personnel des époux²³⁴⁶.

Le second exemple met en pratique le même raisonnement à propos de l'hypothèque générale de la femme mariée sur les immeubles de son mari, admise en France et refusée à l'étranger : l'épouse française a-t-elle le droit d'exercer sur les immeubles situés dans un pays étranger l'hypothèque que lui accorde son statut personnel ? L'auteur lui-même estime que le statut personnel est « repoussé par les statuts réels de ce pays ». Valable pour les immeubles que le mari posséderait en France, cette hypothèque est inefficace contre les créanciers qui prétendraient se désintéresser sur l'immeuble étranger. Vareilles-Sommières réaffirme sa conviction que « la loi française, ne pouvant régler directement la situation, doit s'incliner de bonne grâce devant la solution de la loi étrangère, qui, par l'ordre naturel des choses, est seule à même de faire ce qu'elle veut »²³⁴⁷.

Le troisième exemple porte sur le droit d'usufruit légal dont jouit un père français sur les biens de son enfant, même situés à l'étranger. Si la loi du lieu de situation n'admet pas cet effet de la puissance paternelle, le statut personnel français ne peut compenser cette perte, pour le père, en lui permettant « de se payer sur les biens de l'enfant situés en France de la valeur des fruits qu'il ne perçoit pas à l'étranger »²³⁴⁸.

Le quatrième exemple est celui de la donation, par un Français de vingt ans, d'un immeuble situé dans un Etat qui admet, à la différence de la France, la capacité des jeunes gens de cet âge et qui repousse l'application du statut personnel français. La donation ne doit pas être annulée parce qu'elle est valable à l'endroit de son exécution et que l'ordre juridique français n'aurait rien à gagner à prononcer une nullité qui n'aurait aucun effet exécutoire sur un immeuble situé hors de portée des autorités françaises²³⁴⁹.

²³⁴⁶ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, chapitre IV, 1^{ère} section, n°784 *bis*, pp. 91-92.

²³⁴⁷ *Eod. loc.*, p. 92.

²³⁴⁸ *Eod. loc.*, p. 93.

²³⁴⁹ *Eod. loc.*, pp. 93-94. L'auteur est, sur ce point, en divergence avec Bertrand D'ARGENTRE, *Commentarii, op. cit.*, n°46.

La conclusion que tire Vareilles-Sommières de ces exemples découle naturellement des principes par lui admis : elle n'est qu'une juste illustration de la territorialité des lois :

784 *ter.* – Dans le cas et dans la mesure où, tout à la fois, les statuts personnels français sont repoussés à l'étranger et où les actes accomplis à l'étranger contrairement à leurs prescriptions ne donnent pas prise en France à leur application directe, c'est définitivement que la loi française renonce à régir ceux de leurs effets qu'elle ne peut atteindre...²³⁵⁰

100. – En un mot, les lois personnelles d'un pays, quand les États étrangers ne les reçoivent pas, ne régissent à son regard les actes de ses nationaux à l'étranger que dans la mesure où elles peuvent être appliquées sur son propre territoire, c'est-à-dire dans la mesure où ces actes sont susceptibles de s'exécuter ou de produire des effets directs sur ce même territoire.²³⁵¹

L'ordre juridique étranger a un droit souverain de refuser de faire preuve de *comitas* à l'égard d'une loi extraterritoriale française et de se substituer à cette dernière pour régir les actes destinés à produire effet sur son territoire, fussent-ils accomplis par un Français en contradiction avec son statut personnel. Conformément aux principes, l'exception est repoussée vigoureusement et le Français est « naturalisé » à raison de l'acte exécuté sur le territoire étranger. La territorialité reprend ses droits par application directe, à l'imitation d'une loi de police, et le statut personnel français ne peut régir que les situations qui prennent naissance en France. Si l'acte n'est pas d'application directe en France, alors, il est entièrement soumis à la loi étrangère. De fait, quelle que soit la contrariété avec le statut personnel français, les tribunaux français ne doivent pas aller à l'encontre du droit acquis légitimement à l'étranger par un Français. Si Vareilles-Sommières insiste sur ce point, afin d'éviter la remise en cause des droits acquis et la cascade des troubles que chaque loi pourrait causer par son application rétroactive, il se montre silencieux sur la difficulté qu'auraient les juridictions françaises à démentir la solution portée par un statut personnel français (même en adoptant les vues de l'auteur, elles ne peuvent nier aussi facilement la règle portée par l'article 3, alinéa 3 du Code civil) ou encore les risques de fraude à la loi française que la ligne de conduite qu'il préconise pourrait susciter.

2) Les exceptions à l'application en France des statuts personnels étrangers : la territorialité au soutien de l'ordre public.

La seconde règle contenue dans le troisième principe, « à savoir que leurs statuts personnels régissent les étrangers même au regard de l'État de la résidence »²³⁵², se heurte, au fond, au même tempérament que celui qui ramenait à plus juste mesure la portée de la première règle. Les fameuses exceptions à l'exception que constitue le troisième principe peuvent se ramener à l'unité et Vareilles-Sommières les condense de la manière suivante :

826. – ... Ce tempérament unique est en soi d'une simplicité et d'une évidence parfaites : la règle est écartée toutes les fois que le Législateur le veut. Il ne doit l'écarter que pour de bonnes raisons ; mais, juge suprême de l'opportunité de la règle, il l'est aussi de l'opportunité des exceptions.²³⁵³

²³⁵⁰ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, chapitre IV, première section, n°784 *ter.*, p. 94.

²³⁵¹ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La synthèse... », *op. cit.*, n°100 *in fine*, p. 271.

²³⁵² *Eod. loc.*, n°101, p. 271.

²³⁵³ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, chapitre IV, 2^{ème} section, § 3, n°826, p. 121.

102. - Voici, d'après nous, ce qu'il faut penser et dire. La règle que leurs statuts personnels sont appliqués aux étrangers, posée par le Législateur, est écartée toutes les fois que le Législateur le veut. Il ne le doit vouloir et ne le veut que pour de bonnes raisons ou pour des raisons qui lui semblent bonnes, et ces raisons, il est presque naïf de le dire, reviennent toutes à celle-ci : que l'application de la loi étrangère aurait, dans le cas donné, plus d'inconvénients que d'avantages et serait, par conséquent, contraire au bien public, à l'ordre public.

C'est le Législateur, c'est le Souverain, qui, seul, est le gardien et l'interprète attitré de l'ordre public et qui le sauvegarde par toutes ses lois. Le juge n'a point à s'enquérir de ce que veut l'ordre public, mais seulement de ce que veut le Législateur. L'ordre public parle au Législateur, et le Législateur parle au juge.²³⁵⁴

Vareilles-Sommières reconnaît que cette exception coïncide avec la notion que la majeure partie de la doctrine qualifie de « lois d'ordre public », mais il récuse cette notion pour ce qu'elle a de vague et de fallacieux, en vertu des deux grandes thèses qu'il a exposées dans sa monographie sur les lois d'ordre public et selon lesquelles toutes les lois sont d'ordre public et que les particuliers ne peuvent, à proprement parler, déroger à aucune loi. La notion d'ordre public en tant que telle n'est pas en cause : Vareilles-Sommières l'accueille bien volontiers, mais pour la confier au Législateur, dont la mission doit être d'exprimer le bien commun à l'ensemble de la Nation. Le juge ne peut se substituer dans ce rôle au Législateur et son rôle est d'interpréter la norme d'ordre public, non de discriminer des lois qui seraient d'ordre public et des lois qui n'auraient pas ce caractère, ce qui serait un non-sens absolu selon l'auteur.

Les exceptions à l'application normale de la loi étrangère ne sont jamais expresses, et Vareilles-Sommières réfute toute interprétation restrictive de l'article 11 du Code civil qui consisterait à distinguer les facultés de droits des gens et les facultés de droit civil²³⁵⁵. Elles ne peuvent être que tacites et se développent sur quatre plans²³⁵⁶ : lorsque le statut personnel étranger est absolument contraire à la morale et à la justice ou contraire à des lois françaises qui ne sont pas des statuts personnels (a) ; lorsqu'il correspond à une institution inconnue du droit français (b) ; lorsqu'il établit une incapacité inconnue en France dans le pays et que les Français ayant traité sur le territoire avec l'étranger frappé de cette incapacité ont ignoré sans faute sa qualité (c) ; lorsque l'application d'un statut personnel entre en conflit avec un autre statut personnel, que cela soit celui d'un Français ou même d'un autre étranger (d).

a) La contrariété de la loi étrangère envers la morale et la justice et envers les lois qui ne sont pas relatives au statut personnel : la discussion de la notion d'ordre public.

La contrariété de la loi étrangère envers les valeurs défendues par l'ordre juridique français se manifeste à chaque fois qu'il ressort clairement d'une loi française qu'elle entend s'appliquer impérativement aussi bien aux Français qu'aux étrangers. Elle découle donc de l'interprétation de la volonté du Législateur :

829. ... On peut dire que le statut personnel étranger est écarté tacitement, à l'occasion, par toute loi dont, tout à la fois, le texte et les motifs sont rigoureusement absolus, c'est-à-dire par toute le

²³⁵⁴ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, « La synthèse... », *op. cit.*, n°101, pp. 271-272.

²³⁵⁵ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, chapitre IV, 2^{ème} section, § 3, n°827, pp. 121-122.

²³⁵⁶ Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, chapitre IV, 2^{ème} section, § 3, n°828-896, pp. 122-172. Voir aussi « La synthèse... », *op. cit.*, n°104-108, pp. 272-274.

loi qui commande ou défend chez nous un certain acte d'une manière générale, et pour des motifs qui, logiquement, ne souffrent aucune distinction entre les étrangers et les Français.²³⁵⁷

852. ... Toutes les fois que le danger ou l'avantage de l'acte défendu ou ordonné est indépendant de la nationalité de l'agent et de ses qualités natives ou acquises, appliquez la loi aux étrangers, même au détriment de leur statut personnel.²³⁵⁸

Parmi les motifs qui commandent l'application absolue de la loi française, aux dépens de toute disposition étrangère contraire, figurent tous ceux qui se rattachent à la « morale et à la justice » - qui, dans l'esprit de Vareilles-Sommières, renvoient aussi bien à l'état et à la capacité d'une personne qu'à l'organisation de la famille -, aux lois administratives, aux lois pénales, aux lois réelles. Toutes ces lois ne sont, dans le système de l'auteur, que les expressions de son premier principe d'inspiration territorialiste. Quoique l'auteur se défende de reprendre, avec la majorité de la doctrine, la notion d'ordre public, il semble concéder que les exemples qu'il invoque sont ceux que ses pairs classeraient volontiers parmi la catégorie des lois d'ordre public :

1° Les lois relatives à la morale et la justice, d'application absolue, dans la mesure où elles s'évertuent à défendre l'état et la capacité civiles des personnes et l'organisation de la famille dans ce qu'elles ont de plus intangibles aux yeux de la société française. Il y joint, également, les lois pénales, mais uniquement envisagées dans le rapport qu'elles peuvent entretenir avec les questions de famille :

830. – Le motif sur lequel repose la loi est absolu, d'abord et surtout, quand c'est un motif de moral ou de justice. La morale et la justice sont éternelles et universelles.

Toute loi qui reproduit un précepte de la morale ou de la justice, telles que nous les voyons en France, et même toute loi qui a pour but de prévenir l'immoralité ou l'injustice, doivent donc être considérées comme inflexibles et repoussent, au besoin, le statut personnel de l'étranger...

Une première application, très évidente et très large, de cette idée, c'est que jamais les statuts personnels étrangers ne seront admis en France à l'encontre de celles de nos lois pénales qui défendent et frappent un acte malicieux en soi. Ainsi, l'adultère commis en France par un époux étranger y sera puni, quoique la loi nationale du coupable tienne ce fait pour licite.

Mais les lois pénales ne sont pas les seules qui puissent avoir pour fondement la morale ou la justice. Plusieurs de nos règles sur le mariage ont cette raison d'être et, par conséquent, sont absolues.²³⁵⁹

Vareilles-Sommières passe ensuite longuement en revue le cas où les « règles sur le mariage » se révèlent en conflit avec un statut personnel étranger, révélant une discordance entre les législations matrimoniales qui s'avère trop aigue pour n'être pas irréversible et justifiant le rejet, ou, du moins, la paralysie, du statut personnel étranger :

a) Ainsi en est-il de la polygamie²³⁶⁰ : « l'étranger dont le statut personnel autorise la polygamie ne pourrait, cependant, s'il est déjà et encore marié, contracter en France une nouvelle union valable ». L'auteur rejette d'ailleurs l'opinion majoritaire qui fonde cette solution sur le fait que la loi française punit la polygamie : « il y a là, disent-ils, une loi de police et de sûreté : or, les lois de police et de sûreté atteignent les étrangers ». L'interdiction ne vient pas, selon lui, de la contrariété avec une disposition de droit interne, mais de ce que la polygamie est « contraire, sinon à la morale naturelle

²³⁵⁷ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, chapitre IV, 2^{ème} section, § 3, n°829, p. 123.

²³⁵⁸ *Eod. loc.*, n°852, p. 135.

²³⁵⁹ *Eod. loc.*, n°830, p. 124.

²³⁶⁰ *Eod. loc.*, n°831, pp. 124-125.

et universelle, du moins, à la morale chrétienne, dont notre Société et même, dans une large mesure, notre législation, en dépit des ruptures officielles, sont encore imprégnées ».

b) La prohibition du mariage entre parents et alliés²³⁶¹ : les lois françaises qui édictent une telle prohibition sont « ou la reproduction de lois naturelles évidentes ou des lois destinées à prévenir des désordres, des pensées et des actions coupables. Elles s'appliquent donc même aux étrangers dont le statut personnel est moins rigoureux ». Elles empêchent donc un oncle et une nièce originaire des Etats-Unis ou un beau-frère et une belle-sœur de nationalité prussienne de se marier en France sans dispense du chef de l'Etat, alors même que leur loi nationale les laisserait libres de se marier. En cela, Vareilles-Sommières rejoint les opinions de certains auteurs, dont André Weiss, qui y voient volontiers un facteur d'intervention de l'ordre public. Il va même jusqu'à voir dans ces cas de figure un empêchement dirimant, frappant l'union de nullité. Il admet, toutefois, que l'ordre juridique français peut relâcher son exigence en présence de mariages contractés, cette fois-ci, à l'étranger entre parents à un degré prohibé en France : « il ne lui appartient pas de faire, à leur égard, dans leur patrie la police préventive des mœurs de la famille ».

c) L'article 298 du Code civil qui défend le mariage entre le conjoint divorcé pour cause d'adultère et son complice, loi qui « a pour raison d'être un motif de haute moralité »²³⁶².

d) Le divorce : réintroduit en droit français depuis la loi du 27 juillet 1884, le divorce est néanmoins toujours considéré comme « un péril pour les mœurs et les vertus de la famille ». Les étrangers « ne peuvent invoquer, devant nos tribunaux, une cause de divorce que leur statut personnel admet, mais que repousse le nôtre »²³⁶³.

e) La séparation de corps : au cas où la législation d'un pays « n'admettraient ni le divorce, ni la séparation de corps, ses nationaux pourraient, aujourd'hui, obtenir en France, non pas le divorce, mais la séparation, qui est le minimum indispensable des moyens propres à prévenir, dans les mauvais ménages, de plus graves désordres et de plus criminels attentats »²³⁶⁴.

f) La recherche de paternité naturelle : la loi qui la défend en France « a pour but de prévenir des chantages, des scandales ; c'est, dans l'esprit de ses auteurs, une loi préservatrice de la morale et de la justice. Elle est donc absolue et s'applique aux étrangers nonobstant leur statut personnel », au cas où ils entendraient introduire cette demande en France²³⁶⁵.

g) La reconnaissance des enfants adultérins et incestueux : la loi qui la prohibe en France « est destinée à inspirer l'horreur de l'adultère et de l'inceste. C'est une loi protectrice de la morale. Un étranger, même appuyé sur son statut personnel, ne pourra donc faire en France une semblable reconnaissance »²³⁶⁶.

h) L'obligation alimentaire : les lois qui y sont relatives sont d'application directe en France, y compris aux étrangers, « même si la loi étrangère ne sanctionne pas cette obligation », pour répondre à une « dette naturelle, un devoir de justice », comme l'atteste l'arrêt *Favre* de la Cour d'appel de Paris, du 19 décembre 1833, que Vareilles-Sommières invoque au soutien de sa thèse²³⁶⁷.

i) Le droit de correction paternel : tout droit de correction qui dépasserait la mesure admise en France dans l'exercice de la puissance paternelle et qui serait reconnu au père étranger en vertu de sa loi personnelle ne peut « être toléré en France, car on y considère que, dans une société civilisée,

²³⁶¹ *Eod. loc.*, n°832-834, pp. 125-126.

²³⁶² *Eod. loc.*, n°835, pp. 126-127.

²³⁶³ *Eod. loc.*, n°839-842, pp. 128-130.

²³⁶⁴ *Eod. loc.*, n°843, pp. 130-131.

²³⁶⁵ *Eod. loc.*, n°844, p. 131.

²³⁶⁶ *Eod. loc.*, n°845, p. 131.

²³⁶⁷ *Eod. loc.*, n°846, p. 132. Sur l'arrêt *Favre*, voir, *supra*, pp. 757 et 789-790 et les références.

un tel droit est contraire au droit (*sic*) et pourrait provoquer et masquer de déplorables abus ». Si ce droit de correction paternelle, tel qu'il est admis à l'étranger, correspond à celui qui se pratique en France, alors, rien ne s'oppose à ce qu'il prenne effet en France. A l'inverse, le père étranger qui ne dispose pas du droit de détention sur son enfant en vertu de sa loi personnelle serait admis, selon l'auteur, à réclamer le bénéfice des articles 375 et suivants du Code civil. Vareilles-Sommières, conformément à sa conception restrictive de la notion, ne veut pas y voir une « loi de police et de sûreté », mais une « loi fondée sur la morale et la justice »²³⁶⁸.

j) L'esclavage : « Le statut personnel étranger qui admet l'esclavage n'entre pas en France, parce que l'esclavage est aboli en France et aboli au nom de la justice »²³⁶⁹.

k) La liberté de conscience : « Les déchéances et incapacités prononcées par la loi étrangère contre une catégorie de ses sujets à raison de leur religion ne seront pas reconnues en France, parce que, dans l'esprit de notre législation toute entière, la liberté absolue de conscience est un principe essentielle de droit naturel et d'inflexible justice. Ainsi, la loi étrangère qui défendrait à ses sujets juifs de prêter de l'argent ou d'acquérir des immeubles ne leur serait point appliquée en France ». La réponse se fait moins affirmative si la différence de religion interfère dans les questions relatives à l'état et la capacité, non pas par malveillance, mais, au contraire, pour respecter les dogmes religieux : la législation autrichienne qui interdit le divorce aux catholiques mais le permet aux protestants et aux juifs suit les sujets catholiques jusqu'en France, où ils ne pourraient pas obtenir la dissolution de leur union devant les juridictions françaises²³⁷⁰.

l) Les incapacités civiles : l'ordre juridique français devrait également respecter les différences d'état et de capacité qui sont établies par une loi étrangère à propos d'une catégorie de sujets en raison de leur condition sociale, quand bien même ses différences lui seraient inconnues. Ainsi en est-il des lois étrangères fixant spécialement la majorité des membres d'une maison régnante, imposant à ceux-ci d'obtenir le consentement du Souverain pour se marier ou établissant, à leur endroit, une puissance paternelle qui serait différente du droit commun²³⁷¹.

m) L'indignité : « il faut appliquer à tous les étrangers l'article 727 du Code civil, qui écarte des successions comme indignes les héritiers qui ont commis l'un des trois actes prévus par le texte. L'indignité est une incapacité. Elle rentre dans le statut personnel, mais nos trois causes d'indignité sont dictées par la morale : toute personnelle qu'elle soit par son objet, cette loi doit être absolue »²³⁷².

Les treize cas recensés successivement par Vareilles-Sommières, et dont certains tiennent plus de la pétition de principe doctrinale que de cas pratiques effectivement extraits de la jurisprudence française, couvrent un spectre très large en matière de statut personnel touchant à la morale et à la justice et permettent ainsi à l'auteur de moduler sa réponse en fonction des situations considérées. L'ordre juridique français est parfaitement libre, en se fondant sur des considérations de morale et de justice, de rejeter l'application de la loi étrangère et même, en certains cas, d'un droit acquis en vertu d'une législation étrangère et, le cas échéant, d'y substituer purement et simplement la législation française. L'approche de Vareilles-Sommières reposant, d'une manière générale, sur la prise en considération des droits acquis légitimement à l'étranger, il s'en faut que son attitude ne soit faite que d'hostilité et d'incompréhension envers les lois étrangères : il n'hésite

²³⁶⁸ *Eod. loc.*, n°847, pp. 132-133.

²³⁶⁹ *Eod. loc.*, n°848, p. 133.

²³⁷⁰ *Eod. loc.*, n°849, pp. 133-134.

²³⁷¹ *Eod. loc.*, n°850, p. 134.

²³⁷² *Eod. loc.*, n°851, pp. 134-135.

pas à appeler à un assouplissement de l'inflexibilité de l'ordre juridique français devant une situation exorbitante du point de vue du droit français, mais accueillie par l'ordre juridique sous l'empire duquel cette situation s'est constituée. Pour transposer cette doctrine en termes plus courants, mais éloignés de ceux qu'il adopterait, l'auteur fait un large usage de l'ordre public international. Il n'hésite pas non plus à desserrer l'étreinte de ce dernier, en faisant jouer l'effet atténué de l'ordre public en faveur des droits acquis légitimement à l'étranger. Enfin, lorsqu'il est confronté à un cas d'application directe de la loi française, il s'évertue à éviter, autant que possible, la qualification de « loi de police », qu'il préfère maintenir dans une approche restrictive et littérale, mais adopte néanmoins une solution parfaitement équivalente.

Les motifs de morale et de justice ne sont pas les seuls qui puissent être qualifiés d'absolus et Vareilles-Sommières évoque, à la suite, les motifs de « sécurité publique, les motifs économiques, d'autres encore » :

2° Les motifs de sécurité publique : par là, il évoque des raisons qui ne sont guère distinctes de celles qu'il alléguait pour justifier la territorialité des lois de police et de sûreté :

a) « C'est ainsi que celles de nos lois pénales qui défendent un fait ou une abstention, non comme immoral ou coupable en soi, mais simplement comme dangereux pour l'hygiène, la sécurité de la voie publique, etc., s'appliqueraient même aux catégories d'étrangers à l'état desquels la loi de leur pays attacherait la liberté d'accomplir cet acte ou cette abstention ». L'exemple choisi est lugubre : la loi étrangère qui autoriserait un père de famille à conserver dans son domicile les dépouilles funèbres de ses enfants « ne devrait pas être appliquée en France »²³⁷³.

b) « Celles de nos lois qui attachent à certaines condamnations des déchéances de droits nous paraissent absolues » et devoir s'étendre aux criminels étrangers, indépendamment de celles prévues par leur loi nationale. Il n'y a aucune raison de distinguer entre Français et étrangers, car « il s'agit d'empêcher le condamné de se procurer des moyens d'évasion, d'adoucir les justes duretés de la peine, de recevoir des libéralités scandaleuses ... »²³⁷⁴.

Quel que soit le silence que conserve Vareilles-Sommières à ce sujet, tout semble indiquer que les dispositions visées dans cette catégorie de lois territoriales absolues ne sont autres que des lois de police et de sûreté telles qu'il les entend. L'auteur a entendu les traiter comme s'il s'agissait des statuts personnels, mais cette qualification pourrait, en l'espèce, se discuter.

3° Les motifs relatifs à des incapacités politiques, morales ou civiles : dans cet ensemble composite se retrouvent mêlées diverses types d'incapacités qui n'ont que bien peu en commun mais qui, toutes, appellent des réponses adaptées de l'ordre juridique français :

a) Une incapacité directement empruntée à Savigny et que Vareilles-Sommières désapprouve formellement, en ne l'envisageant qu'à titre de pure hypothèse d'école : « si une loi venait chez nous interdire aux juifs l'acquisition des immeubles, elle s'appliquerait même aux juifs étrangers ». En effet, comment cette loi pourrait-elle satisfaire à son but, c'est-à-dire prévenir « le danger économique ou politique de l'accaparement des richesses nationales par ces incomparables spéculateurs », si l'on distinguait les juifs français des juifs étrangers ? D'un point de vue rationnel, cette solution est tout à fait conforme au principe de territorialité et s'ajuste parfaitement avec celle qu'il préconisait à propos de la liberté de conscience, lorsqu'il estimait l'ordre juridique français

²³⁷³ *Eod. loc.*, n°852-853, p. 135.

²³⁷⁴ *Eod. loc.*, n°856, p. 136.

réfractaire à une loi étrangère qui défendrait à ses sujets juifs d'acquérir des immeubles en France. La législation française ne saurait accueillir une prohibition aussi odieuse au regard des ses propres valeurs, mais, si elle-même venait à changer ses vues et à édicter, à son tour, une telle prohibition, il serait difficile, dès lors, de refuser à une loi étrangère équivalente de venir s'appliquer en France. La territorialité est toujours susceptible de faire échec à la personnalité, mais celle-ci ne peut jamais vaincre la territorialité lorsque celle-là est contraire à ses dispositions. Il faut également relever, à ce sujet, que les deux cas de figure portent sur une même question : l'acquisition d'immeubles par les sujets d'un pays qui les a frappés d'une incapacité de nature politique ou religieuse. A ce titre, il aurait sans doute été plus pertinent de les traiter de concert et non de les répartir dans deux catégories différentes²³⁷⁵.

b) L'incapacité provisoire qui frappe la femme veuve ou divorcée de se remarier avant l'expiration d'un délai de dix mois : incapacité civile, la condition de viduité « a pour but principal d'éviter la confusion de part ; pour raison d'être accessoire, un motif de haute convenance. A ce double titre, elle doit être absolue »²³⁷⁶.

c) L'incapacité pour inexistence : l'incapacité des personnes mortes ou non (encore) conçues doit, en France, toujours être réglée par la loi française. Vareilles-Sommières préfère voir, d'ailleurs, dans les lois édictant l'incapacité d'un enfant encore à naître et qui serait susceptible d'être bénéficiaire d'un legs par testament « des statuts réels » qui « s'occupent, au fond, des biens beaucoup plus que des personnes »²³⁷⁷.

4) Le respect dû aux statuts réels : conformément à la vieille idée exprimée par Boullenois, selon laquelle « le statut personnel qui permet cède au statut réel qui défend », Vareilles-Sommières rappelle que le statut personnel étranger succombe devant un statut réel français. « Tous nos statuts réels sont fondés sur des motifs économiques ou politiques qui sont absolus et qui les rendent absolus. Par exemple, si la loi étrangère attache à l'état et de la capacité de certaines personnes la dispense de l'inscription des hypothèque qui leur appartiennent ou qui grèvent leurs biens, il ne sera point tenu compte en France de cette dispense »²³⁷⁸.

5) La loi sur les actes de l'état civil : destinés « à protéger les individus et la Société contre une foule de difficultés et d'embarras, qui se produiraient aussi bien pour les étrangers que pour les Français », elle « s'applique donc même aux étrangers dont l'état n'est assujéti par leur loi nationale à aucune mesure de ce genre »²³⁷⁹.

De ces exemples, il ressort deux conclusions, qui constituent l'enseignement de Vareilles-Sommières au sujet de cette éviction du statut personnel étranger :

On peut se borner à dire que le statut personnel étranger est écarté à l'occasion : 1° par toute loi française qui n'est pas elle-même un statut personnel et seulement cela ; 2° par ceux de nos statuts personnels qui sont fondés sur la morale et la justice.²³⁸⁰

²³⁷⁵ *Eod. loc.*, n°857, p. 137.

²³⁷⁶ *Eod. loc.*

²³⁷⁷ *Eod. loc.*, n°858, pp. 137-138.

²³⁷⁸ *Eod. loc.*, n°854, pp. 135-136.

²³⁷⁹ *Eod. loc.*, n°855, p. 136.

²³⁸⁰ *Eod. loc.*, n°860, p. 139.

Dans le premier cas, la loi française qui s'oppose au statut personnel étranger peut être une loi de police, un statut réel, une loi de procédure, une loi fiscale, une loi administrative, car le Législateur ne souffre pas qu'il y ait parité de traitement et disparition de législation sur des matières aussi graves, touchant à des intérêts politiques, économiques, judiciaires. Pour ce faire, Vareilles-Sommières se fonde opportunément sur l'article 3 du Code civil et ses deux premiers alinéas. Dans le second cas, la loi française ne peut et ne doit accorder « aucune concession » au détriment de la morale et de la justice. C'est cette double conclusion que Vareilles-Sommières entreprend d'opposer à la « défectueuse » notion d'ordre public international qui semble avoir, à ses yeux, la faveur de la doctrine majoritaire et qu'il n'a eu de cesse de le faire tout au long de ses monographies et de ses articles.

b) L'institution inconnue du droit français.

Vareilles-Sommières évoque cette situation comme exception tacite au troisième principe uniquement dans son *Système* pour la délaissier, ensuite, dans les articles qu'il consacre à l'exposition de sa doctrine. Cette figure se rapproche beaucoup de l'une des exceptions que Savigny reconnaît à la communauté de droit dans le tome VIII de son *Traité de droit romain* et qui semble avoir influencé directement le doyen lillois : l'institution d'un Etat étranger dont l'existence en général n'est pas reconnue dans un autre Etat. Savigny avait en tête des institutions comme la mort civile ou l'esclavage, qu'il voyait comme des anomalies au sein d'un ensemble gouverné par la communauté de droit et qu'il traite, au fond, comme des statuts exorbitants du droit commun²³⁸¹. Vareilles-Sommières, lui, se veut moins intransigeant que l'illustre romaniste en acceptant la réalité positive de ces institutions propres à tel ou tel Etat et qu'il n'appartient à personne de remettre en cause. Par conséquent, il accepte que des institutions parfaitement inconnues ou abolies par le droit d'un Etat – comme le divorce avant 1884 ou l'adoption, qu'il prend pour exemples – puissent produire effet sur le territoire d'un autre, au nom des droits acquis, et il admet même qu'elles puissent être pratiquées directement en France par des étrangers. Mais il subordonne cette tolérance de l'ordre juridique français à une double condition :

868. ... Une institution étrangère qui n'existe pas chez nous a parfaitement droit de cité chez nous et doit être protégée par nos tribunaux, quand elle rentre dans le statut personnel et qu'elle n'oblige pas nos magistrats et nos officiers publics à faire quelque chose qui soit en dehors de leurs fonctions.²³⁸²

La première n'est pas pour surprendre de la part de Vareilles-Sommières : il en va de la logique de son système que l'extraterritorialité de la loi étrangère, et de l'institution qu'elle porte, n'est admise qu'en matière de statut personnel. Si l'institution visée appartient à un domaine différent, alors, le premier principe, celui de la territorialité de la loi, suffit à l'écartier. La deuxième condition est la plus importante dans l'esprit de l'auteur, car c'est elle qui confère sa singularité à l'exception : l'institution n'est admise, soit par reconnaissance du droit acquis, soit par tolérance de l'ordre juridique français, que si elle ne suppose pas le concours actif d'une autorité administrative ou judiciaire. Les attributions de l'autorité en question étant toujours définies, en droit strict, par la loi française, il serait illégal de la mettre au service d'une institution qui n'est pas reconnue par

²³⁸¹ *Eod. loc.*, n°867-868, pp. 143-145.

²³⁸² *Eod. loc.*, n°868, p. 144.

l'ordre juridique national. La pensée de Vareilles-Sommières s'explicité dans le passage suivant, dans lequel il se démarque de Savigny :

868. ... La vérité est simplement qu'une institution, une manière d'être, admise par la loi étrangère au profit de ses sujets et se rapportant à leur état ou à leur capacité, ne leur est pas accessible en France, quand, d'une part, elle n'existe pas dans nos lois, et que, d'autre part, elle ne peut être acquise qu'avec le concours d'une autorité administrative ou judiciaire.

Les auteurs français ne voient pas là une exception à part : ils la font rentrer dans celle qui vient, à leurs yeux, de « l'ordre public international ». ²³⁸³

Force est d'admettre qu'il y a lieu de se demander si un tel cas de figure mérite vraiment d'être érigé comme une exception à part entière dans la doctrine de l'auteur. En effet, les quatre exemples invoqués par Vareilles Sommières – le divorce (avant 1884), l'adoption (envisagée uniquement dans l'hypothèse où elle n'existerait pas dans le droit français), la mort civile, l'esclavage – trouveraient, sans doute, plus naturellement leur place dans la première catégorie d'exception, celle relative aux statuts personnels étrangers contraires à la morale et à la justice. Le doyen lillois a, d'ailleurs, déjà eu l'occasion d'aborder deux de ces exemples (le divorce et l'esclavage) lors de son étude de la première catégorie d'exception. Il est remarquable que cette seconde catégorie n'ait pas été retenue dans les articles-résumés qu'il donne à propos de sa *Synthèse* dans le *Journal du Droit international privé*. La disparition subite de cette catégorie ne serait-elle pas l'aveu de son manque de solidité ?

c) L'incapacité spéciale créée par la loi étrangère et le système de l'intérêt français.

La troisième exception tacite ne se présente pas comme l'équivalent d'un mécanisme d'ordre public international, mais se réfère directement au système de l'intérêt français, en prétendant fournir de ce dernier une lecture plus mesurée :

869. – En troisième lieu, le statut personnel étranger, en tant qu'il établit une incapacité qui n'existe pas en France, est tacitement écarté par nos lois toutes les fois que l'étranger atteint d'une de ces incapacités a traité en France avec une personne, qui, de bonne foi et sans faute, l'a pris pour un Français ou pour le sujet d'un Etat dont la législation est semblable à la nôtre.

Il ne faut pas que l'admission en France des statuts étrangers devienne un piège pour ceux qui peuvent traiter chez nous avec lui. ²³⁸⁴

Devant le problème, qui retient l'attention de l'ensemble de la doctrine de droit international privé, posé par l'incapacité à contracter invoquée *a posteriori* par un étranger, au risque de porter préjudice aux affaires conclues avec un Français de bonne foi, la réponse que préconise Vareilles-Sommières est calquée sur celle que donnait Charles Demolombe dans son *Cours de droit français*. Le régime nuancé qu'il dessine s'inspire, pour beaucoup, de celui du « Prince de l'Exégèse ». La méthode empirique qui est mise en œuvre en l'espèce demande ainsi, dans un premier temps, d'évaluer concrètement si le cocontractant français a fait les démarches nécessaires pour s'enquérir de la capacité du cocontractant étranger et s'il a vérifié, par là, si ce dernier est Français ou ressortissant d'une nationalité dont le statut personnel est calqué sur celui pratiqué en France. Ce dernier point est un ajout propre à Vareilles-Sommières, qui est le premier auteur à

²³⁸³ *Eod. loc.*, n°868, p. 145.

²³⁸⁴ *Eod. loc.*, n°869, pp. 145-146.

adapter le système de l'intérêt « français » - dont il entend se démarquer – pour que celui-ci ne se cantonne pas à la défense des seuls ressortissants français, mais afin qu'il protège également, en France, les intérêts des étrangers dont la législation est proche des Français sur ce point particulier. La même méthode s'inquiète, dans un second temps, de la nature du contrat en cause et des conditions dans lesquelles ce dernier a été conclu. Comme Demolombe, Vareilles-Sommières distingue selon que le contrat est un contrat important, auquel cas le Français doit faire preuve de diligence et de précautions pour s'informer de la capacité de son cocontractant, ou un contrat de peu d'importance, auquel cas il ne peut être attendu d'un marchand français qu'il questionne tous les étrangers qui veulent faire affaire avec lui. Il prétend, ce faisant, construire une théorie équilibrée et équitable, comme l'ont fait, avant lui, Demolombe et Aubry et Rau²³⁸⁵.

Se félicitant que la jurisprudence aille dans son sens²³⁸⁶, le doyen lillois renvoie dos à dos ceux qui, comme Valette et, dans un premier temps, Demangeat, exagèrent cette troisième exception et qui l'ont fait passer à la postérité sous le nom de « système de l'intérêt français », qu'il trouve trop dur et exagérément protectionniste pour les seuls Français, en niant la bilatéralité du statut personnel, et ceux qui rejettent cette troisième exception et qui encourent, peut-être davantage encore, ses foudres²³⁸⁷. Dans ce dernier camp, il range les auteurs personalistes – Weiss, Surville et Arthuys, Fiore – et les auteurs plus sensibles aux thèses de Savigny, comme Despagne. Il reproche à ces derniers de n'accepter de dérogation à la règle de l'extraterritorialité de la capacité ou de l'incapacité de l'étranger qu'en cas de manœuvres dolosives de la part de ce dernier et destinées à tromper la vigilance de son cocontractant. A une lecture trop absolue de la vieille maxime romaine : *Nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit*, et à l'application aveugle qu'elle suppose du statut personnel étranger, il oppose l'idée de justice :

874. – La législation qui, en permettant à l'étranger d'invoquer son statut personnel en France, n'aurait aucun ménagement pour ceux qui ont été trompés par cette légitime induction, serait une législation injuste, contraire à la sécurité des sujets et au développement des affaires.²³⁸⁸

La thèse selon laquelle le statut personnel d'un étranger doit être appliqué sans restriction, sauf cas de dol avéré, encourt ainsi les reproches qui sont adressés à la doctrine des auteurs qui la défendent en général : ceux d'être exagérément personaliste et de reposer sur de faux principes, en estimant qu'un statut étranger s'applique en France *proprio vigore*, au nom d'un principe supérieur qui ne rencontre d'autre obstacle qu'un très évanescent « ordre public ». Vareilles-Sommières leur oppose la concession utile et courtoise de la théorie des statuts :

875. – Pour nous, la vérité est que les statuts personnels étrangers n'ont pas d'autre force en France que celle que notre Législateur croit sage de leur donner ; dès lors, les interprètes, chargés de traduire dans le détail sa volonté, doivent croire qu'il tempère la concession par la restriction modérée que réclament, évidemment, la justice et l'intérêt général.²³⁸⁹

Tout en usant de la méthode empirique que préconisait Charles Demolombe, Vareilles-Sommières s'approprie l'exception d'intérêt français pour la relire à l'aune des canons de la théorie statutiste hollandaise. Le droit souverain de l'Etat reprend ses droits dès lors qu'il ne peut faire

²³⁸⁵ *Eod. loc.*, n°870, pp. 146-147.

²³⁸⁶ *Eod. loc.*, n°878, pp. 151-152.

²³⁸⁷ *Eod. loc.*, n°871, pp. 147-151.

²³⁸⁸ *Eod. loc.*, n°874, p. 149.

²³⁸⁹ *Eod. loc.*, n°875, p. 150.

preuve de courtoisie à l'égard d'un statut personnel étranger qui risquerait de léser l'intérêt d'un ressortissant de bonne foi. Si une partie non négligeable de la doctrine y verrait, comme le rappelle l'auteur lui-même, l'action d'une loi d'ordre public, il faudrait plutôt l'interpréter comme le jeu d'une véritable loi de police, conformément à l'interprétation la plus vraisemblable de l'arrêt *Lizardi* de 1861, que Vareilles-Sommières évoque de manière incidente pour soutenir ses vues²³⁹⁰, quelles que soient, par ailleurs, ses réserves sur l'utilisation extensive de la notion de loi de police.

d) Le conflit entre deux statuts personnels.

La quatrième catégorie d'exceptions tacites est celle qui donne la compétence exclusive à la loi française lorsqu'il y a conflit entre deux statuts personnels – soit entre la loi française et la loi étrangère, soit entre deux lois étrangères – à propos d'une question de droit sur laquelle ils sont également compétents. Un tel cas de figure, qui semble difficilement concevable dans un système qui tente précisément d'éliminer toute source de conflit, se révèle toutefois lorsqu'un fait indivisible met aux prises des membres d'une famille soumis à des lois nationales différentes :

880. – En quatrième lieu, suivant nous, le statut personnel étranger est tacitement écarté et les lois françaises sont seules applicables, toutes les fois qu'on ne pourrait lui donner satisfaction qu'au détriment d'un autre statut personnel qui a un titre égal à régir la situation ; en d'autres termes, toutes les fois qu'il y a véritablement conflit entre deux statuts personnels...

Si c'est entre le statut personnel français et un statut personnel étranger que s'élève le conflit, le second est tout naturellement écarté. Si ce sont deux statuts personnels étrangers qui se présentent quand il n'y a place que pour un, comme il n'y a aucune raison de la donner à l'un plutôt qu'à l'autre, c'est le statut personnel français qui la prend, ou, plutôt, la reprend : on en revient au principe de la réalité des lois.²³⁹¹

Pour ce qui est de la première hypothèse, les exemples mis en avant par Vareilles-Sommières concernent la puissance paternelle qui existe entre un père étranger et un fils français, l'autorité maritale qui lie un mari étranger et son épouse française et la tutelle légale qui s'établit entre un parent ou ascendant français et un pupille étranger, chaque cas pouvant être envisagé réciproquement²³⁹². Alors, devant l'impossibilité de donner satisfaction à la loi personnelle de l'un sans frustrer la loi personnelle de l'autre, la solution est de suivre la règle, posée par l'auteur, selon laquelle le statut étranger doit toujours se retirer devant le statut français, parce que l'une des personnes comprises dans le rapport est de nationalité française et que, par conséquent, « un Etat abdiquerait à la fois son devoir et sa dignité en soumettant chez lui aux lois étrangères un de ses nationaux »²³⁹³.

Pour ce qui est de la seconde hypothèse, alors que le titre de la loi française peut paraître moins fort lorsqu'il s'agit de trancher le conflit de statuts personnels entre deux étrangers en France, la même logique est à l'œuvre, mais pour une raison qui n'est guère différente dans l'esprit : « il n'existe aucune raison de préférer l'un à l'autre. Donc le seul parti qui ne soit pas arbitraire est d'appliquer la loi française qui est la loi normale pour tout ce qui se passe sur le sol français. Au

²³⁹⁰ *Eod. loc.*, n°877-879, pp. 151-153. Sur l'arrêt *Lizardi*, voir, *supra*, pp. 835-838.

²³⁹¹ *Eod. loc.*, n°880, p. 153.

²³⁹² *Eod. loc.*, n°882-885, pp. 154-156.

²³⁹³ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La synthèse... », *Clunet*, n°27, 1900, n°107, p. 274. Comparer avec les arrêts *Ferrari* et *Dame Fontaine*, Cour de cassation, chambre civile, 6 juillet 1922 et 8 mars 1938 : *Grands arrêts*, n°12, pp. 103-108, et n°17, pp. 151-156.

principe de la réalité des lois, notre Code apporte une exception : les statuts personnels sont applicables aux actes de l'étranger. Mais, quand l'application de l'exception est impossible, il faut en revenir au principe... Ce qu'il y a de plus juste et même de plus courtois, c'est de les tenir sur le pied d'égalité en leur préférant la loi française qui, elle, au moins, a sur chacun d'eux un titre spécial incontestable, celui d'être la maîtresse du logis »²³⁹⁴.

Relevant, enfin, qu'une bonne partie de la doctrine s'évertue à chercher, en pareil cas, laquelle des deux lois a le meilleur titre à s'appliquer, Vareilles-Sommières constate, en se basant sur les exemples de la puissance paternelle et sur celui de la tutelle, qu'il ne peut pas y avoir d'accord entre les auteurs, parce qu'il n'y a pas de raison objective de préférer la loi du père ou du tuteur à celle du fils ou du pupille et inversement. Il approuve donc la tendance marquée par la Cour de cassation à trancher en faveur de la loi française dans des affaires de puissance paternelle ou de tutelle légale dans lesquelles l'une des personnes impliquées, au moins, était de nationalité française. Les juridictions françaises s'avèrent, en effet, sensibles à la défense des « droits et intérêts français », pour reprendre l'une des formules retenues par la haute juridiction²³⁹⁵.

La loi française se fait ici d'application immédiate et impérative pour défendre soit un intérêt en cause dans le rapport de famille considéré, soit le titre universel de la loi française à régir toute situation destinée à produire effet sur son territoire. Quand l'exception se trouve défailante à régler le conflit qui se pose à elle, alors, la logique du système de Vareilles-Sommières repose sur un retour au principe de la territorialité. L'idée est et demeure de ménager, en toute occasion, le primat de la territorialité sur la personnalité, afin de trancher toujours les tensions entre loi du for et loi étrangère au bénéfice de la première.

CONCLUSION DU CHAPITRE I^{ER} :

L'accueil des thèses personalistes développées par l'Italien Mancini et prolongées par le Belge Laurent dans la seconde moitié du XIX^e siècle au sein d'une doctrine international-privatiste française en plein renouveau à partir des années 1880 et dominée par la figure d'André Weiss symbolise, tout à la fois, une franche rupture et une forme de continuité. La rupture se traduit par le renversement des préceptes hollandais en vigueur jusqu'alors en doctrine comme en jurisprudence et par la promotion d'une présomption de personnalité, fondée sur la loi nationale et sur la bilatéralisation de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, qui doit conduire la loi territoriale – qualifiée de loi d'ordre public et de droit public par Mancini – à se retrancher dans ses domaines de prédilection. Marque de la souveraineté étatique, la loi d'ordre public ne doit intervenir dans le domaine du droit privé que lorsque son action s'avère strictement nécessaire, pour repousser les conséquences indésirables d'une loi étrangère portée par la personnalité du droit ou la loi applicable aux actes juridiques. De principe, la loi territoriale déchoit au rang d'exception nécessaire, tandis que la loi extraterritoriale connaît une destinée symétriquement inverse. La continuité, quant à elle, réside dans la confusion qui perdure entre les lois de police de l'article 3, alinéa 1^{er} et ces dispositions qui sont, indifféremment, qualifiées de lois d'ordre public, de lois d'intérêt général ou encore d'ordre public international. Même réduites au statut d'exception, concédée à la préservation de la souveraineté des Etats, ces lois continuent, néanmoins, à se

²³⁹⁴ Gabriel de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse, op. cit.*, t. 2nd, chapitre IV, 2^{ème} section, § 3, n°886, pp. 156-157.

²³⁹⁵ *Eod. loc.*, n°890, pp. 159-160. L'arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation est l'arrêt *Ghezzi contre Marinovich*, le 13 janvier 1873 (*Recueil Sirey*, 1873, I, pp. 13-15).

maintenir vigoureusement et à servir de correctif fréquent à l'égard de l'extraterritorialité de la loi étrangère.

A contrario, c'est devant ce renversement de la tradition statutiste et le discrédit qui frappe les thèses hollandaises que Gabriel de Vareilles-Sommières, dans une tentative aussi brillante que désespérée, entreprend de réhabiliter les idées territorialistes et de révoquer toute référence à l'ordre public, concept dont il se plaît à dénoncer les incertitudes et les ambiguïtés, en bâtissant une doctrine toute entière articulée sur une série de principes et d'exceptions qui doit beaucoup à Ulrich Huber. Si, sous sa plume, la territorialité de la loi se fait si envahissante qu'elle conduit à considérer, d'un point de vue théorique, toutes les lois comme des lois de police, les exceptions, dès lors qu'elles sont concédées, n'ont plus à souffrir l'intervention d'un quelconque ordre public et sont abritées derrière une théorie des droits acquis poussée au maximum de sa rationalité. L'article 3, alinéa 1^{er} s'efface presque complètement derrière l'axiome fondamental de la territorialité.

Si les lois de police sont reléguées à l'état d'exception chez les personnalistes, leur consécration en tant que principe chez un territorialiste comme Vareilles-Sommières contribue presque tout autant à dévaluer leur identité propre, puisqu'elles ne sont qu'un substitut relativement imparfait au dogme de la territorialité. C'est en revenant sur les excès des uns et des autres et en s'efforçant de les corriger afin d'atteindre une définition plus équilibrée de l'ordre public international et des lois de police que les doctrines de Pillet et de Bartin marquent la fin d'une époque et signifient le début d'un nouveau chapitre dans l'histoire mouvementée de l'article 3, alinéa 1^{er}.

CHAPITRE II - LES DESTINEES NATIONALISTES DE L'ARTICLE 3, ALINEA 1^{ER} AU DEBUT DU XX^E SIECLE : L'EMBLEME DU CONFLIT DE SOUVERAINETES, ENTRE STATUTISME ET CONFLICTUALISME.

Dès l'extrême fin du XIX^e siècle, et suivant un mouvement continu jusqu'au premier tiers du XX^e siècle, les juristes internationalistes qui entrent alors dans la carrière manifestent les premiers signes d'un désenchantement envers les aspirations universalistes et l'écllosion d'un droit international privé uniforme adopté par la majeure partie des ordres juridiques par le biais des conventions multilatérales. S'ils ne sont pas complètement indifférents aux thèses mancinienne, et s'ils conservent jusqu'au bout une imprégnation certaine pour certains de leurs pré-supposés, les contemporains de Weiss sont parmi les premiers à remettre en cause la logique héritée du juriste italien et à proposer des systèmes d'explication du droit international privé qui reposent sur d'autres fondements. Les figures les plus notables de cette génération, celles qui prennent leur distance avec les préceptes personnalistes, sont Antoine Pillet (1857-1926) et Etienne Bartin (1860-1948) : leurs doctrines, soutenues jusque dans les années 1920-1930, ont directement inspiré des successeurs directs – ainsi en est-il de Jean-Paulin Niboyet, élève de Pillet et continuateur de l'œuvre de ce dernier dans un sens plus ouvertement nationaliste et territorialiste, et, de manière plus indépendante, de Paul Lerebours-Pigeonnière – et ont, pour l'une d'entre elles, connu une postérité remarquable. La pensée de Bartin a connu, si ce n'est des disciples, des relais tout à la fois éclairés et critiques : la méthode, plus que l'esprit, a inspiré, entre autres, ce même Lerebours-Pigeonnière, Jacques Maury et plus tard, Henri Batiffol ou encore Phocion Francescakis. Si Pillet et Bartin, chacun à sa manière, sont des hommes de leur temps, et durement meurtris par celui-ci, leur pensée ouvre des potentialités que les générations suivantes ne manqueront pas d'exploiter : en cela, ils font déjà pleinement partie du XX^e siècle.

Antoine Pillet s'efforce, dans une combinaison hardie, de concilier territorialisme et internationalisme publiciste dans une doctrine qui entend le droit international privé d'abord comme un conflit de souverainetés : sa méthode, basée sur la recherche du but social de la loi, le conduit à pénétrer les fonctions du législateur national pour tenter d'en déduire les conséquences sur le plan international : l'extraterritorialité ou la territorialité de la loi selon les intérêts qu'elle se charge de défendre. Pillet, qui est à la fois privatiste et publiciste, croit encore dans l'universalisme et l'internationalisme, même si l'évolution de sa pensée, en plus de son évolution personnelle, le conduit à revenir quelque peu sur ses idéaux et à resserrer son système autour de la souveraineté et de la territorialité. Premier théoricien français à avoir consacré une monographie entière à l'ordre public international, à une époque où les premières thèses dédiées à ce problème alors d'une actualité brûlante sont tout entières tournées vers la jurisprudence, il développe, par la suite, dans les années 1890-1900, les premiers linéaments de sa doctrine du but social de la loi. Les « lois d'ordre public », ainsi qu'il les nomme volontiers, sont des lois de garantie sociale destinées à assurer la conservation de l'Etat et présentent de nombreux traits caractéristiques qui en accusent la singularité. Elles ne sont exceptionnelles, aux yeux de Pillet, que parce que celui-ci veut éviter, en les multipliant trop, de tomber dans les excès du statutisme traditionnel. L'article 3, alinéa 1^{er} devient, naturellement, le siège légal de ces « lois de garantie sociale ou d'ordre public » qui sont indissociables de la souveraineté territoriale de l'Etat. Si Antoine Pillet disparaît dès 1926, son œuvre atteint son point d'orgue à partir de 1900, avec ses *Principes de droit international privé* (1903) jusqu'au début des années 1920, à travers une série de publications que Niboyet s'est chargé de perpétuer après le décès de l'auteur (section 1^{ère}).

Les articles séminaux que fait paraître Etienne Bartin à la fin des années 1890 dans diverses revues de droit international signent, par un coup d'éclat, le début d'une œuvre internationaliste, qui, interrompue un temps par ses obligations de civiliste, se perpétuent jusqu'aux années 1930, avec les trois volumes des *Principes de droit international privé*. La longévité exceptionnelle du maître, conjuguée avec son activité d'inlassable commentateur de la jurisprudence et à sa maîtrise reconnue du droit civil, lui permet de faire date dans l'histoire de la discipline : ainsi, les travaux qu'il fait paraître dans les années 1930 constituent les prolongements et les développements naturels de ses idées premières et témoignent de la remarquable continuité d'une doctrine rigoureuse et rationnelle. Etienne Bartin est, tout à la fois, particulariste, nationaliste, privatiste et conflictualiste. La dimension internationale de la discipline est, pour lui, un idéal qui doit céder devant la froide réalité positive. Considérant que le droit international privé ne peut se concevoir que du point de vue de l'ordre juridique du for, il défend l'autonomie complète et l'autosuffisance absolue de chaque ordre juridique national, qu'il n'envisage jamais que par le prisme du seul droit privé. Bartin adhère à la méthode conflictualiste de Savigny, qui lui semble faire une part juste et équitable aux conflits d'intérêts privés, et centre son raisonnement sur l'action de la règle de conflit bilatérale. Mais, de Savigny, Bartin ne reprend pas que le principe : il s'approprie également les exceptions. Son interprétation de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, forcément cardinale pour un civiliste de renom comme Bartin, doit se lire à la lumière des enseignements de Savigny sur ces classes de lois absolues qui, exceptionnellement, font échec soit à la règle de conflit, soit à la loi désignée par cette règle, et qui conduisent toujours à l'application de la *lex fori*. Guidé par une observations scientifique de la jurisprudence française (et, de manière rarissime, étrangère), Bartin adapte les mécanismes savigniens aux réalités françaises et construit, sur le seul fondement de l'article 3, alinéa 1^{er}, une distinction héritée du juriste prussien, mais destiné à une longue fortune : les lois de police, d'une part, qui sont encore les manifestations impératives et territoriales d'une règle de conflit exceptionnellement déséquilibrée en faveur des intérêts de l'ordre juridique du for ; l'exception d'ordre public, d'autre part, que lui suggéraient, tout à la fois, Savigny et les personnalistes, et qu'il conçoit désormais comme un mécanisme d'éviction de la loi étrangère normalement applicable en vertu de la règle de conflit (section 2nde).

En fin de compte, et par l'effet d'un paradoxe, Bartin complète l'œuvre de Pillet : tandis que le premier circonscrit le cadre dérogatoire dans lequel les deux concepts, clairement individualisés, de lois de police et d'exception d'ordre public sont amenés à évoluer dans un monde des conflits de lois désormais ouvert au conflictualisme, Pillet rappelle à tous les origines et l'essence indiscutablement statutistes des lois de police.

Section 1^{ère}. Le conflit de souverainetés chez Antoine Pillet : le but social de la loi et l'article 3, alinéa 1^{er} comme siège des « lois de garantie sociale ou d'ordre public ».

De tous les auteurs ayant marqué de leur empreinte la doctrine de droit international privé à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, Antoine Pillet (1857-1926) est, sans nul doute, l'un des plus importants, mais aussi, l'un des plus isolés. Agrégé en 1884, passé par Toulouse, puis Alger, il devient professeur titulaire de droit international public et privé à Grenoble, son université d'origine, de 1886 à 1896. Nommé, à cette date, professeur à Paris, il y assure un enseignement d'histoire des traités à partir de 1900, avant d'obtenir la chaire d'histoire du droit des gens à compter de 1918, tout en attendant, longuement et vainement, de pouvoir accéder à la chaire de

droit international privé, occupée successivement par Armand Lainé, puis par André Weiss (qu'il a pu remplacer occasionnellement lorsque ceux-ci étaient indisponibles). Ce n'est qu'en 1924, après la démission de ce dernier, qu'il parvient à cette chaire longtemps convoitée, qu'il ne peut occuper qu'à peine deux ans, en raison d'une maladie qui lui sera fatale²³⁹⁶. Esprit original et indépendant, il préfère se tenir à l'écart des courants dominants et se lancer, en solitaire, dans une véritable entreprise de rénovation du droit international privé, afin d'offrir une alternative crédible à l'école de pensée personaliste alors en vogue en France. En effet, si l'œuvre d'Antoine Pillet, qui s'est construite tout au long des quarante années que l'éminent professeur a pu consacrer à la discipline, offre, en surface, des traits communs avec les idées personalistes, son esprit et sa méthode, au terme de cette évolution, finissent par en différer radicalement. De ses premiers articles sur le droit international privé, et, en particulier, de celui qu'il consacre à l'ordre public en droit international privé en 1890, jusqu'aux deux cours qu'il a tenus à l'Académie de droit international de La Haye, l'œuvre du juriconsulte savoyard retrace une évolution continue depuis un universalisme qui, dès l'origine, s'éloigne progressivement des rivages du personalisme pour adopter des prises de position sensiblement plus territorialistes qui transparaissent surtout après le premier conflit mondial²³⁹⁷. La pensée trouve sa forme définitive dans les *Principes de droit international privé*, parus en 1903, principes qui seront défendus et approfondis dans ses travaux ultérieurs.

La construction doctrinale de Pillet se situe logiquement, au regard du parcours académique de l'auteur, à la confluence du droit international public et du droit international privé. En effet, selon lui, le droit international privé plonge ses racines dans le droit des gens et, à l'instar de ce dernier, sa vocation est, à terme, de devenir un droit pleinement international. Il prêche ainsi l'unité du droit international, qui, suivant les circonstances, est appelé à se projeter sur les rapports de droit public ou sur les rapports de droit privé. Toutefois, à ce stade du développement de ce droit,

²³⁹⁶ Sur la vie et les idées d'Antoine Pillet, voir Jean-Paulin NIBOYET, « Antoine Pillet, 1857-1926 », *Revue de droit international et de législation comparée*, 3^e série, tome VIII, 54^e année, 1927, pp. 23-32, et « Trois juriconsultes, Antoine Pillet, André Weiss, Camille Jordan », *op. cit.*, pp. 577-591 ; Albert DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Antoine Pillet et le droit des gens », *Revue de droit international*, tome 1, 1927, pp. 41-56 ; Jean-Louis HALPERIN, « PILLET, Antoine-Louis », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, p. 816 ; « PILLET, Antoine, Louis », *Siprojuris* : <http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/50079>.

²³⁹⁷ L'œuvre de Antoine Pillet dans le domaine du droit international privé est très riche, trop pour être indiquée de manière exhaustive. Elle débute, à son époque grenobloise, par une série d'articles qui préparent à la rédaction de sa grande œuvre : Antoine PILLET, « De l'ordre public en droit international privé », *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, tome II, n°2, 1890 (paru en monographie, la même année, à Grenoble et Paris) et « Le droit international privé comme considéré dans ses rapports avec le droit international public, étude systématique et méthodique », *ead. loc.*, tome IV, n°2, 1892, pp. 309-369. Elle se poursuit, à la même époque, par les articles qu'il fait paraître au *Clunet*, notamment ceux qui contiennent l'ébauche de son système : Antoine PILLET, « Etude sur les sources du droit international privé », *Clunet*, n°18, 1891, pp. 5-37 ; « Le droit international privé, sa définition, son origine rationnelle, son domaine, ses conditions générales et son but », *ead. loc.*, n°20, 1893, pp. 5-24 et 318-331 et, surtout, son « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *ead. loc.*, n°21, 1894, pp. 417-435 et 711-754 ; n°22, 1895, pp. 241-259, 500-517 et 929-952 ; n°23, 1896, pp. 5-30. Parmi les différentes monographies dont il est l'auteur, ce sont surtout ses *Principes de droit international privé*, publiés à Paris et Grenoble en 1903, qui ont assuré la postérité de la doctrine de Pillet, suivis en cela par son *Traité pratique de droit international privé*, parus en deux volumes à Paris, en 1923 et 1924, et qui, comme son nom l'indique, est destiné aux praticiens, et de son *Manuel de droit international privé*, rédigé avec la collaboration de son élève Jean-Paulin NIBOYET, paru à Paris en 1924. Antoine PILLET est aussi l'auteur de cours publiés : d'abord, le *Résumé du cours de Droit international privé de Licence*, pour l'année universitaire 1904-1905, Paris, 1905, qui rapporte les quarante-huit leçons dispensées par Pillet en remplacement d'Armand Lainé, absent pour cause de maladie, de novembre 1904 à mars 1905, et qui s'inscrit dans la continuité directe des *Principes* ; ensuite, consécration plus tardive, les deux cours professés à l'Académie de La Haye : sa « Théorie continentale des conflits de lois », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome II, 1924, pp. 449-482, qui forme sa doctrine dans son dernier état, et la « Théorie générale des droits acquis », *ead. loc.*, tome VIII, 1925, pp. 459-536. Enfin, les *Mélanges Antoine Pillet*, parus en deux volumes à Paris en 1929, rassemblent des écrits de l'auteur, des hommages rendus par ses pairs et des notes de jurisprudence.

Pillet admet que cette « science imparfaite » doit être encore tenue pour une branche du droit privé interne. C'est par une orchestration raisonnée et solidement établie des lois de chaque Etat qu'il est possible de fonder un système général de solution des conflits de lois qui soit parfaitement rationnel. Dans l'esprit de Pillet, le conflit de lois est, par essence, un conflit de souverainetés²³⁹⁸.

Le conflit de lois, comme son nom semble l'indiquer, signifie qu'un rapport de droit privé, projeté sur le plan international, met en contact simultanément plusieurs souverainetés et qu'il convient de savoir quelle souveraineté (et, partant, quelle loi) doit prévaloir sur les autres : par définition, il n'est pas possible de préserver intact l'empire de chaque souveraineté. Pour prétendre assurer la juste résolution du litige de droit privé, l'action d'un pouvoir législatif doit apparaître légitime aux yeux de ses égaux, afin que ceux-ci l'acceptent et, éventuellement, y prêtent leur concours. Par conséquent, la recherche de cette harmonie implique de respecter, autant que possible, les souverainetés en présence et de requérir de celles-ci le minimum de sacrifices. Pillet formule ainsi ce qu'il appelle la « loi du moindre sacrifice ». L'application d'une loi étrangère ne dépend pas d'une courtoisie des plus aléatoires et des plus arbitraires, ni d'une hypothétique présomption de personnalité des lois, mais de véritables obligations qui s'instaurent entre les différents Etats souverains. Or, dans les rapports internationaux, les lois de chaque Etat ne peuvent, sans qu'il y ait préjudice pour l'Etat ou pour ses sujets, s'enfermer dans le territorialisme le plus étroit, ni se livrer à l'extraterritorialité trop généreusement entendue du personalisme. Nul n'est besoin, selon Pillet, de trop donner à l'un ou à l'autre. En effet, la loi étrangère est appliquée sur le territoire d'un souverain, parce que celui-ci estime que le rapport de droit en cause relève, légitimement et valablement, de la juridiction du souverain étranger. Par extension, lorsque plusieurs souverainetés revendiquent cette juridiction sur le rapport de droit²³⁹⁹, la préférence doit aller à celle qui a le plus d'intérêt à ce que sa loi s'applique. Les autres souverains doivent, donc, reconnaître en bonne intelligence la nécessité de sacrifier leur loi au profit de celle d'un pair. Ne pas accepter de sacrifice revient, en pratique, à rendre insoluble tout conflit de lois.

La difficulté réside dans les critères à mettre en œuvre pour déterminer la loi qui a le plus d'intérêt à s'appliquer à un rapport de droit considéré. A cette fin, Pillet suggère de se plonger dans l'analyse des caractères de la loi interne, car, au fond, c'est de ces exigences que dépendent l'efficacité et la validité de son application : c'est donc du respect ou de l'ignorance d'une de ces exigences que s'apprécie la compétence qu'elle réclame en priorité ou le sacrifice qu'elle consent à faire. Pillet relève que, dans l'ordre interne, une loi se distingue par l'association de deux caractères : la permanence et la généralité ; transposée dans l'ordre international, cette même loi ne peut prétendre conserver, simultanément, ces deux caractères. D'une part, la loi est permanente, dans la mesure où elle assure la continuité d'un même régime juridique dans le temps, mais aussi dans l'espace : elle entend ainsi suivre le sujet partout où il se rend. Par conséquent, d'un point de vue international, la permanence suppose l'extraterritorialité de la loi. D'autre part, la loi est générale, dans la mesure où elle exige son application dans le territoire qui lui est assujéti, sans

²³⁹⁸ André BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Revue critique*, 1949, pp. 615-635, et 1950, pp. 11-32, spéc. pp. 19-22.

²³⁹⁹ L'idée du rapport de droit est directement empruntée à Savigny, même si l'expression s'est popularisée en doctrine depuis lors. Antoine PILLET professe un grand respect pour « l'illustre Savigny » et lui reconnaît le mérite de croire dans l'existence d'une communauté de droit et dans la dimension proprement internationale du droit international privé. Mais il n'en demeure pas moins un censeur sévère, en critiquant, notamment, « l'extrême indécision » de la méthode savignienne. Sur les objections formulées à l'encontre de Savigny et de son disciple von Bar, voir les *Principes*, *op. cit.*, § 49, pp. 127-129. Sur les liens entre Pillet et Savigny, voir Eugène GAUDEMET, « La théorie des conflits de lois dans l'œuvre d'Antoine Pillet et la doctrine de Savigny », *Mélanges Antoine Pillet*, *op. cit.*, volume 1^{er}, pp. 89-103.

distinguer les personnes auxquelles elle s'adresse. Par conséquent, d'un point de vue international, la généralité implique la territorialité de la loi. Il est, dès lors, nécessaire de faire un choix entre extraterritorialité et territorialité, c'est-à-dire de décider lequel de ces deux caractères doit être sacrifié pour donner satisfaction à l'autre.

Le critère du moindre sacrifice repose, aux yeux de Pillet, sur le « but social » de la loi : une fois précisé le but que le législateur a assigné à celle-ci, il est possible de déterminer l'intérêt qu'elle cherche à satisfaire. C'est alors qu'entre en jeu la distinction fondamentale de Pillet entre les « lois de protection individuelle », d'une part, et les « lois de garantie sociale », d'autre part. Les premières requièrent que la protection d'un souverain à son sujet doit suivre celui-ci à l'étranger : elles sont donc permanentes et extraterritoriales. Pour assurer la continuité de ces lois, l'auteur fait appel au principe du respect international des droits acquis entre souverainetés. Les secondes représentent les garanties d'ordre et de stabilité que le souverain est tenu d'apporter à tous ceux qui se trouvent sur son territoire : elles sont donc générales et territoriales²⁴⁰⁰.

Cet exposé général de la doctrine d'Antoine Pillet permet de restituer le cheminement intellectuel qui relie le conflit de souverainetés, le but social des lois, et les lois d'ordre public²⁴⁰¹. En effet, dans l'économie générale de son système, ces dernières s'identifient naturellement aux lois de garantie sociale et l'auteur n'hésite pas à les présenter comme des synonymes. Dans la démarche originale qui est la sienne, l'ordre public n'apparaît plus comme une manifestation de la réalité des statuts, ni comme une exception à un principe général de personnalité des lois, mais, pour la première fois à visage découvert, comme la véritable colonne vertébrale de l'un des deux groupes de lois qui forment sa classification bipartite. Pour respecter au mieux la démarche de l'auteur, il convient d'entreprendre d'en exposer la théorie (§ 1.) avant d'en explorer les mises en application concrètes (§ 2.) et d'en apprécier la portée en droit international (§ 3.). De l'aveu même de l'auteur, il n'est guère possible de se départir, sur ce dernier point, d'une approche casuistique, étant donné la complexité de la notion et la multiplicité des cas de figure qu'elle est susceptible de recouvrir.

§ 1. Les lois de garantie sociale ou d'ordre public chez Antoine Pillet : théorie.

La démarche d'Antoine Pillet consistant à se fonder sur la mission dont est investi le législateur et sur l'intention qui a présidé à l'édiction de telle ou telle règle, il apparaît qu'à côté des dispositions destinées à protéger les intérêts des individus, figure un corps de règles relatives aux intérêts de l'ensemble de la société et que l'Etat doit maintenir afin de prévenir les abus que chacun pourrait faire de sa liberté au détriment de la collectivité. C'est dans ce souci des intérêts des membres de la société, pris comme un tout, que réside, selon lui, le dénominateur commun de ces lois et le marqueur distinctif qui les sépare des lois de protection individuelle²⁴⁰². Ce sont donc ces

²⁴⁰⁰ Sur les thèses d'Antoine PILLET et sur la classification des lois en fonction de leur but social, voir les références énoncées à la note 1629 et, en particulier, les *Principes, op. cit.*, § 107-141, pp. 249-300. Pour une tentative similaire, à la même époque, de lier ordre public et but social de la loi, dans le prolongement des thèses de Rudolph von Jhering, voir l'article de Prospero FEDOZZI, « Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international », *Clunet*, n°24, 1897, pp. 69-78 et 495-507.

²⁴⁰¹ Pour une réutilisation contemporaine de ces notions en droit international privé, voir Andreas BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, n°239, 1993, pp. 9-116.

²⁴⁰² Antoine PILLET, *De l'ordre public en droit international privé*, Grenoble-Paris, 1890, chapitre I, p. 3, introduit la notion de loi d'ordre public en relevant qu'à travers cette loi, le législateur remplit l'une de ses tâches qui est « d'abord [d']assurer la conservation de l'État pour lequel il légifère ; à cet effet, il édictera une série de lois ayant pour but la

règles que Pillet qualifie, indifféremment, de « lois d'ordre public », qui désignent celles dont l'empire, par définition, s'étend à tous ceux qui se trouvent dans la juridiction du législateur qui en est à l'origine, ou de « lois de garantie sociale », qui insiste sur le fait que ces lois sont là pour assurer les meilleures conditions de vie en société. Or, en dépit de la multiplicité des domaines de la vie juridique qu'elles sont susceptibles de recouvrir, ces lois d'ordre public – pour reprendre l'expression qu'emploie plus volontiers Pillet dans sa monographie *De l'ordre public en droit international privé* et dans ses *Principes* – possèdent un certain nombre de traits caractéristiques qui rentrent dans la définition théorique que le juriste savoyard en donne, dès 1890, dans ladite monographie, et qu'il conforte et approfondit dans ses œuvres ultérieures. Parmi les traits les plus saillants de la notion et qui en forment le fonds commun, se détachent :

- 1) Les caractères généraux et impératifs des lois de garantie sociale ou d'ordre public (A.) ;
- 2) Le caractère territorial des lois de garantie sociale ou d'ordre public (B.) ;
- 3) Le caractère unitaire des lois de garantie sociale ou d'ordre public (C.) ;
- 4) Le caractère national des lois de garantie sociale ou d'ordre public (D.) ;
- 5) Le caractère actuel des lois de garantie sociale ou d'ordre public (E.)

Le caractère exceptionnel de ces lois est également un aspect essentiel de la notion, mais son étude doit être reportée au moment d'en apprécier la portée internationale.

A. Les caractères généraux et impératifs des lois de garantie sociale ou d'ordre public.

Le caractère général et la dimension impérative qui s'attachent aux lois d'ordre public s'inscrit dans la continuité même de la finalité qui est la leur et qui correspond à la mission que doit remplir le législateur, c'est-à-dire à son but social : la conservation de l'Etat²⁴⁰³. Dans l'esprit de Pillet, toute loi, quelle que soit la branche du droit à laquelle elle appartient, qui concourt au maintien de la stabilité de l'Etat et du corps social dont il est le garant doit être rangée parmi les dispositions d'ordre public. C'est en ce sens que le champ d'application matériel et le périmètre d'action de ces lois doit se resserrer autour de cette mission fondamentale, lorsque les différentes désignations dont usent les internationalistes semblent dangereuses en étant trop extensives ou trop restrictives. La tendance est très nettement affirmée dans *De l'ordre public en droit international privé* :

Le plus sûr est encore ici de nous attacher à l'idée du devoir qu'a l'État de se conserver. Voici les raisons qui nous détermineront à nous arrêter à cette idée. D'une part, il est certain que la société, encore qu'elle ne soit relativement à l'individu qu'un moyen, constitue un moyen nécessaire, en l'absence duquel les droits les plus élémentaires des particuliers seraient remis en question, donc aussi que la conservation de la société est indispensable et que l'application d'une loi étrangère ne saurait être tolérée si elle est jugée menaçante au point de vue de cette conservation. D'autre part, si l'on sort de cette idée élémentaire et nette de la conservation de la société, on tombe fatalement dans l'incertitude et, par là, dans l'arbitraire. Si l'on parle d'intérêt social, on arrive aux doctrines qui font de la convenance ou de l'utilité les seules règles du droit international privé ; si l'on entend par ordre public les droits de la société, c'est-à-dire (Laurent, t. II, p. 345) ceux qui concernent

garantie des conditions soit matérielles, soit morales dont l'absence aurait pour effet de remettre en question l'existence même de l'État ».

²⁴⁰³ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, p. 37 : « Qu'est-ce que l'ordre public, en définitive ? C'est l'ordre dans l'État, c'est-à-dire un certain arrangement des diverses forces sociales, arrangement régulier, normal, durable et combiné, de telle façon que chacun voie ses droits essentiels respectés et puisse développer, en toute sécurité et en toute liberté, ses facultés tant physiques qu'intellectuelles. Plus brièvement, c'est l'application de certaines règles indispensables à la conservation de l'Etat ».

l'existence, la conservation et le développement de la société, on va également trop loin, car il n'est pas de loi que l'on ne puisse juger essentielle au développement de la société. Si, enfin, l'on emploie le terme de lois coactives ou absolues, on se condamne à des erreurs certaines, car la forme de la loi importe peu et, souvent, une loi absolue relativement aux nationaux ne l'est pas par rapport aux étrangers. En somme, en dehors de la question d'existence et de conservation de la société, on n'en aperçoit pas dont l'importance soit telle qu'elle doive faire céder les principes ordinaires du droit international. C'est une raison suffisante de nous en tenir à la seule idée de la conservation sociale et de ne réputer d'ordre public que les seules dispositions légales dont l'absence paraîtrait de nature à entraîner la dissolution de notre état social.²⁴⁰⁴

Il appartient donc à la doctrine, lorsque le législateur ne l'a pas expressément proclamé, de discerner, dans l'ensemble de la législation étatique, les lois qui présentent ce caractère de « nécessité sociale ». Pillet est conscient que cette directive ne résout pas, par elle-même, le problème : si la détermination des lois d'ordre public demeure encore relativement aisée pour les lois de droit public ou les lois pénales, les lois civiles, qui ont tout autant titre à figurer dans cette catégorie, ne se laissent pas aussi facilement analyser et appréhender.

Toutefois, désireux d'affiner son analyse des lois d'ordre public et, de son propre aveu, de moins céder au critère de l'importance sociale de la loi pour se tourner davantage vers le but poursuivi par le législateur, Pillet va très légèrement réorienter sa réflexion dans ses *Principes* autour d'une définition plus ouvertement téléologique, qui n'en altère guère la portée au sein de son système, mais qui, sans doute, la rapproche davantage encore des lois de police au sens moderne :

187. Que devons-nous entendre par lois d'ordre public ? Faisons retour aux notions générales que nous avons déjà sommairement présentées. Les lois d'ordre public sont celles qui concernent surtout la communauté, qui profitent également à tous, qui sont écrites dans l'intérêt de tous et non pas seulement dans l'intérêt de chacun. (...) Celles-là seules méritent d'être qualifiées ainsi, dont l'application profite à la communauté tout entière et non pas à certains individus dans cette communauté. Le particulier n'est ici que l'occasion de l'application de la loi, le véritable objet de cette application étant le bien de la communauté.

190. Les lois d'ordre public sont nées de certaines grandes nécessités de la vie des États. A toute communauté, certaines conditions d'existence sont d'abord nécessaires, la paix, la sécurité, la probité dans les rapports des citoyens : les lois d'ordre public ont pour objet de satisfaire à ces exigences élémentaires, et, parce qu'elles tendent toutes au même but, elles revêtent toutes certains caractères qui peuvent servir au besoin à les distinguer. Les lois d'ordre public constituent des préceptes généraux et uniformes s'adressant également à toutes les personnes de toutes les conditions. On les dit pour cette raison absolues, et il faut qu'elles le soient. Puisqu'elles n'envisagent dans l'individu sujet à leur empire que le membre de la communauté et que cette qualité appartient également à tous les particuliers membres de l'État, il est logique qu'elles leur imposent à tous les mêmes obligations sans acception de personnes, ni de conditions. Ce caractère justifie aussi leur nom de lois d'ordre public. Il est de l'essence de tout ordre, de contenir un principe applicable à toutes les personnes entre lesquelles cet ordre doit régner. Qu'il s'agisse d'un ordre purement matériel, comme celui qui résulte de l'arrangement des soldats sur un champ de bataille, ou qu'il s'agisse d'un ordre légal, comme celui que l'on doit obtenir dans le sein d'une société policée, l'idée première est la même : pour obtenir un ordre dans l'un ou dans l'autre domaine, il faut une règle commune à tous ceux qui doivent être mis en ordre.²⁴⁰⁵

Envisagées par rapport à un Etat et à une société en particulier, les lois d'ordre public se

²⁴⁰⁴ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre II, pp. 19-20. Sur le passage du *Droit civil international* de François Laurent visé au texte, voir, *supra*, pp. 877-878.

²⁴⁰⁵ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 187 et 190 *in principio*, pp. 374-375 et 376-377.

distinguent des lois de protection individuelle par leur généralité et leur impérativité, qui leur sont indispensables pour remplir la mission qui leur est assignée. De fait, elles « manqueraient leur but », pour reprendre une expression chère à l'auteur, si leurs dispositions n'étaient pas étendues aux étrangers présents sur le territoire, au même titre que les nationaux :

136. ... Chacune de ces lois représente quelque principe jugé indispensable à l'existence paisible d'une société et à la satisfaction des besoins communs aux membres qui la composent. Les infractions qui peuvent y être faites réfléchissent sur la société tout entière ; il n'en faut pas davantage pour voir que des infractions de ce genre ne peuvent pas être tolérées de la part des étrangers plus que de celle des nationaux. Ces lois s'appliquent donc également aux étrangers et même, si une différence pouvait être faite, elle devrait être contraire à ces derniers dont la présence sur le territoire peut devenir pour l'État la source de dangers spéciaux. Le droit pénal fournirait la justification la plus élémentaire de ces idées, mais laissons le droit pénal de côté et prenons pour exemple la loi qui oblige toute personne à réparer le tort causé par ses délits ou quasi-délits civils. Elle n'est évidemment pas faite dans l'intérêt de la personne qui en subit l'application... Le véritable but d'une loi semblable est bien moins d'assurer une indemnité à la victime du délit ou du quasi-délict que de pourvoir à la sécurité des relations sociales par la menace d'une responsabilité indéfinie. On conçoit qu'une loi semblable ne peut souffrir aucune diversité dans son application aux étrangers et aux nationaux. Les lois de garantie sociale présentent ce caractère d'imposer aux personnes qui en subissent l'effet une restriction de liberté sans compensation. Ce n'est pas la personne qui recueille le bénéfice du sacrifice qu'elle doit consentir, c'est la société tout entière....²⁴⁰⁶

L'évocation d'une disposition réglementant la responsabilité du fait personnel en matière civile comme l'incarne, par exemple, l'article 1382 du Code civil montre que l'auteur n'entend pas se limiter à un exemple prévisible comme le sont les lois pénales. Il veut démontrer ainsi que l'acception qu'il donne aux lois de garantie sociale déborde de loin les classifications traditionnelles entre droit public, droit pénal et droit privé. La dépossession de liberté individuelle qui en résulte se fait non au profit d'une autre personne, mais de la société : la stabilité de l'édifice social en dépend.

B. Le caractère territorial des lois de garantie sociale ou d'ordre public : l'identité de ces lois avec les lois de police et de sûreté.

La territorialité est l'une des qualités inhérentes de ces lois d'ordre public et, peut-être, même celle qui vient le plus immédiatement à l'esprit. Puisque la fonction de la loi est d'assurer la paix entre les membres de la société pour le bien de tous, la règle qu'elle contient se confine logiquement dans les limites géographiques à l'intérieur desquelles la société elle-même évolue, c'est-à-dire dans les bornes du pouvoir de contraindre à l'obéissance (*potestas cogendi*) de l'autorité qui l'a édictée. A partir du moment où la société n'est plus concernée, notamment par le franchissement des frontières, et que son intérêt vient à manquer, la force de la règle tombe d'elle-même : une souveraineté ne peut empiéter sur le domaine d'une autre souveraineté. Mais, en contrepartie, à partir du moment où c'est l'intérêt de la communauté qui est en jeu, toute personne présente sur le territoire est directement assujettie à ces lois, sans distinction de quelque nature que

²⁴⁰⁶ Antoine PILLET, *Principes*, *op. cit.*, §136, pp. 292-293. Voir, déjà, une formulation similaire dans ID., *De l'ordre public*, *op. cit.*, p. 4, accompagnée de ce corollaire supplémentaire : « Français et étrangers sont donc complètement égaux au point de vue de l'application des lois d'ordre public, et, en cas de conflit, la loi généralement compétente perd sa compétence quand le salut de l'État est en jeu ».

ce soit²⁴⁰⁷. Or, la loi de garantie sociale ou d'ordre public est, par excellence, la manifestation de la souveraineté territoriale :

202. Les lois d'ordre public sont territoriales... Une loi étant reconnue d'ordre public doit s'appliquer, à l'exclusion de toute autre, sur le territoire soumis à l'empire du législateur qui l'a édictée. L'empire de cette loi est absolu, il n'y a pas pour elle d'étrangers et de nationaux, elle n'a sur son territoire que des sujets.²⁴⁰⁸

Cette affirmation de Pillet, relatives aux lois d'ordre public, correspond pleinement à l'idée qui a présidé à la consécration des lois de police par l'article 3, alinéa 1^{er} du Code et qui n'a jamais été démentie depuis. L'auteur dresse là un constat dont il tire les conséquences du point de vue de son système basé sur le but social de la loi :

Une loi est dite territoriale au point de vue international toutes les fois où un souverain possède à l'application générale de sa loi sur son territoire un intérêt prépondérant.²⁴⁰⁹

De là la pétition de principe de Pillet : les « lois de police et de sûreté » visées à l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil ne sont autres que les lois d'ordre public telles qu'il les entend. Elles sont l'emblème législatif – et le siège matériel – de la souveraineté territoriale que réclament les lois d'ordre public :

Les rédacteurs du Code civil ont déclaré dans l'art. 3, § 1^{er}, que les lois de police et de sûreté obligent, sans distinction de nationalité, tous ceux qui habitent le territoire, et les explications par eux fournies, à l'occasion du projet de loi, ne permettent pas de douter qu'ils n'aient entendu comprendre sous cette dénomination toutes les lois d'ordre public. Avec eux, nous entrons dans le droit contemporain, où la territorialité des lois d'ordre public nous apparaît comme une maxime incontestée. Nous ne voyons d'autre explication plausible de cette subite évolution, que celle que l'on peut tirer de la transformation sociale qui a marqué la fin de notre ancien droit (...) Qu'ils [*les jurisconsultes de la Révolution et de l'Empire*] soient arrivés d'abord à cette idée que les lois d'ordre public sont territoriales, cela n'a rien qui doive nous étonner. La nécessité de soumettre à ces lois les étrangers comme les nationaux est évidente et ne pouvait manquer de les frapper.²⁴¹⁰

L'assimilation entre les deux notions est parfaite dans la mesure où toutes deux expriment, en termes différents, une idée similaire, dont le domaine de la responsabilité civile offre, une nouvelle fois, une bonne illustration :

215. ... [Notre] théorie ne compromet en rien la territorialité des lois d'ordre public. Quelle que soit celle d'entre elles qu'après considération de leur but commun, l'on se décide à appliquer, on l'applique toujours comme loi territoriale, c'est-à-dire que l'on soumet à son empire tous les rapports de droit qui présentent avec elle cette relation qui déterminera sa compétence, quelque origine qu'ils aient et quelles que soient les parties intéressées. Voici, par exemple, la loi qui déclare

²⁴⁰⁷ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 190 *in fine*, pp. 377-378 : « Et l'on peut observer aussi que dans cette idée d'ordre est contenue en germe la justification de la territorialité des lois d'ordre public, car on ne s'expliquerait pas plus qu'un étranger pût venir par sa conduite troubler l'ordre établi par le législateur, qu'on ne s'expliquerait qu'un militaire, à la parade, prétendit compromettre par l'incohérence de ses mouvements personnels les mouvements combinés des troupes dont il fait partie. Les auteurs anciens désignaient volontiers nos lois sous le nom de lois prohibitives et, bien que cette appellation manque de précision, elle n'est pas, elle non plus, sans raison. Les lois d'ordre public sont des lois préventives et elles se présentent le plus souvent sous la forme de prohibitions. (...) ». Pillet souligne, toutefois, que ce caractère prohibitif, pour habituel qu'il soit, n'est pas essentiel dans la détermination des lois d'ordre public.

²⁴⁰⁸ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 202, pp. 400-401.

²⁴⁰⁹ Antoine PILLET, *Traité pratique, op. cit.*, tome 1^{er}, Paris, 1923, n°37, p. 114.

²⁴¹⁰ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre II, pp. 14-15.

une personne responsable des délits d'une autre. C'est une loi d'ordre public et dont la compétence dépend du lieu où le fait délictueux a été commis, car l'ordre public de ce lieu qui est intéressé à son application. Cette loi s'appliquera donc qu'autant que l'acte source de responsabilité aura eu pour théâtre le pays dans lequel elle est en vigueur, mais, dans les limites de cet Etat, elle sera territoriale et s'appliquera sans distinction de nationaux et d'étrangers, de domiciliés ou de non domiciliés.²⁴¹¹

En effet, l'étude de l'intention du législateur à propos de la règle qu'il a estimé nécessaire de poser et de l'intérêt qu'il a entendu protéger – en un mot, la considération du but social – permet de déterminer, parmi plusieurs lois applicables en concours, celle qui réclame satisfaction de la manière la plus légitime. L'analyse du champ d'application *ratione materiae* et *ratione personae* de ces lois justifie que, au bout du compte, la loi la plus directement intéressée, en l'espèce, à la sanction et à la réparation du fait délictueux – et qui s'avère donc être la *lex loci delicti* – soit alors rangée parmi les « lois d'ordre public » ou de « police » s'il fallait parler comme le Code civil. Ainsi en serait-il, selon Pillet, de l'article 1384 dudit Code, comme il en était de l'article 1382, lorsqu'il s'agissait d'illustrer la généralité de la loi d'ordre public.

En tant que telle, la terminologie « loi de police et de sûreté », si elle a pour elle d'être consacrée par le Code civil français et d'avoir pu être reprise par des codifications ultérieures, est loin d'emporter la conviction de Pillet, qui lui préfère celle de « loi d'ordre public » ou de « loi de garantie sociale ». La terminologie du Code souffre, à son sens, d'être devenue, à la fois, obsolète au regard des avancées qu'a pu connaître la science du droit international privé et restrictive par rapport à l'enrichissement de la notion au cours du XIX^e siècle. La meilleure preuve du jugement sans fard porté par Pillet sur cette terminologie désuète réside dans les très rares allusions qu'il fait à la teneur même de l'article 3, alinéa 1^{er} :

Les mots « lois de police et de sûreté » ont vieilli et, du reste, ils n'expriment pas une idée assez générale pour correspondre à toutes les lois territoriales, en raison d'une nécessité politique.²⁴¹²

Quelles sont les lois d'ordre public ? S'il fallait en croire le code civil, ce seraient (*si*) les seules lois de police et de sûreté, expression qui ne comprend guère que les lois administratives et les lois pénales et paraît à tous radicalement insuffisante.²⁴¹³

La terminologie du Code, qui est, ici, prise de la manière la plus littérale, ainsi que l'auraient fait les premiers Exégètes, n'est pas la seule à encourir les foudres de l'éminent internationaliste. En effet, Pillet affiche un scepticisme au moins équivalent devant les diverses appellations concurrentes que ses collègues, français et étrangers, ont avancé pour désigner ce genre de lois. Les rejetant pour leur inadéquation, et remarquant que l'appellation de « loi d'ordre public » rencontre l'assentiment d'une partie non négligeable de la doctrine (Brocher, Weiss, Despagnet, Fiore, Asser), il s'efforce d'en démontrer la pertinence :

De toutes ces expressions, celle d'ordre public nous paraît seule pouvoir être retenue. D'une part, elle exprime assez clairement cette idée qu'il s'agit de lois nécessaires, car les mesures d'ordre ne sont prises que pour raisons de nécessité, et, d'autre part, elle a l'avantage de n'être pas susceptible d'une interprétation arbitraire, car il est le plus souvent facile de constater en fait si l'ordre se

²⁴¹¹ Antoine PILLET, *Principes*, op. cit., § 215, p. 420.

²⁴¹² Antoine PILLET, *De l'ordre public*, op. cit., chapitre II, p. 15.

²⁴¹³ Antoine PILLET, *Principes*, op. cit., § 183, p. 369.

trouve et ne se trouve pas compromis dans telle hypothèse déterminée.²⁴¹⁴

Antoine Pillet, le premier de tous les auteurs à avoir développé une véritable théorie des lois d'ordre public, au point de faire de ces dernières un des piliers essentiels de son système, consomme ainsi la lente évolution qui parcourt tout le XIX^e siècle en contribuant fortement au glissement de sens qui s'opère au sujet des lois de police. Celles-ci n'ont pas d'autre utilité que d'être un synonyme quelque peu « vieilli » de la notion de « lois d'ordre public », qui suffit à rendre compte de l'existence de ces lois exclusivement territoriales, qui ne le sont que pour se conformer au but social de maintien de l'ordre que s'est fixé le législateur qui les a posées.

C. Le caractère unitaire des lois de garantie sociale ou d'ordre public.

En défendant le caractère unitaire des lois d'ordre public, c'est-à-dire en établissant pour principe qu'il n'existe qu'une seule sorte d'ordre public, Pillet entre de plain-pied dans un débat qui a longuement agité la doctrine internationaliste depuis les analyses novatrices de Charles-Antoine Brocher, qui a attaché son nom à la fameuse distinction entre ordre public interne et ordre public international. A la différence d'une partie non négligeable de ses pairs, le juriste savoyard postule qu'il n'y a pas lieu de distinguer deux espèces d'ordre public et entreprend de réfuter les thèses de Brocher, reprises à leur compte par les auteurs personnalistes comme Weiss ou encore par le « savignien » Despagnet. En effet, ceux-ci s'appuient sur la prise en considération de la nature de l'institution juridique concernée et sur la portée – interne ou internationale – qu'il convient de leur conférer et sur l'argument de texte que constituent les dispositions séparées des articles 3, alinéa 1^{er} et 6 du Code civil²⁴¹⁵. L'illustration la plus récurrente est celle des lois sur l'état et la capacité des personnes, qui sont d'ordre public interne, mais qui perdent cette qualité sur le plan international, l'ordre public international n'ayant pas à souffrir de l'application de la loi étrangère définissant le statut personnel de l'étranger, sous la seule réserve qu'elle ne contienne rien qui soit de nature à menacer la stabilité de l'ordre social²⁴¹⁶.

A ces auteurs, Pillet répond, dans son *Ordre public*, que le simple fait que le législateur ait entendu intervenir dans une matière d'ordre public ne signifie pas qu'il doive systématiquement le faire au moyen d'une « loi d'ordre public »²⁴¹⁷. L'exemple de l'état et de la capacité des personnes révèle bien le but social qui inspire le législateur, mais non pas la nature de la loi qu'il édicte pour intervenir en cette matière :

Sans aucun doute, l'ordre public de l'État est directement intéressé à ce que des personnes, que leur âge, leurs infirmités rendent impropres à veiller à leurs propres affaires, reçoivent de la loi la protection qui leur est nécessaire. L'ordre public serait profondément atteint si, en pareille hypothèse, la loi laissait ces personnes sans défense contre les embûches dans lesquelles elles ne manqueraient pas de tomber. Mais que peut-on conclure de là ? Que la protection des incapables

²⁴¹⁴ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre II, p. 16.

²⁴¹⁵ L'argument de texte est résolu assez simplement par Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, pp. 35-36 : la présence des termes « ordre public » dans l'article 6 ne doit pas troubler les esprits, car elle relève juste d'une maladresse de plume du législateur. En effet, le juriste savoyard estime, sur le fondement des travaux préparatoires, que les rédacteurs du Code n'ont jamais entendu désigner par « ordre public » que l'ordre public dit international : de fait, « le mot ordre public ne représentait pour eux rien d'autre que les lois de police et de sûreté de l'art. 3, § 1 ». Voir aussi, plus brièvement, ID., *Principes, op. cit.*, § 200, pp. 395-396.

²⁴¹⁶ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, pp. 27-28.

²⁴¹⁷ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, pp. 27-38 ; ID., *Principes, op. cit.*, § 200, pp. 395-396 (sur l'unité de l'ordre public).

est une nécessité d'ordre public, aussi bien au point de vue international qu'au point de vue national. Aussi nos tribunaux ne se font pas faute (et ils ont grandement raison) de prendre, dans l'intérêt des étrangers, des mesures provisoires réglementées par la loi française.²⁴¹⁸

Quelques années avant d'arrêter définitivement les contours de sa classification des lois en fonction du but social de la loi, Pillet livre déjà un raisonnement entièrement articulé autour de ce critère. En effet, il s'efforce de démontrer que le statut personnel (ici, incarné par le cas de la protection des incapables) est une matière qui réclame particulièrement la sollicitude du législateur et que la loi qui doit la réglementer contient une dimension impérative qui la fait s'imposer à tous ces destinataires. Mais cela ne fait pas, pour autant, de cette loi une « loi d'ordre public ». L'intérêt de la collectivité exige qu'il y ait une loi pour protéger les individus, mais il lui est indifférent que cette loi soit celle du for ou une loi étrangère, à partir du moment où l'état civil et la condition de la personne sont réglementés par une disposition législative. En effet, Pillet continue son raisonnement :

Est-ce à dire que nos lois françaises sur la protection des incapables soient d'ordre public, point du tout. Ce qui est d'ordre public, c'est que l'incapable soit l'objet d'une protection réelle ; maintenant, que les moyens d'assurer cette protection soient empruntés à la loi française ou à une loi étrangère (...), cela n'est d'aucune importance au point de vue de l'ordre public. Il est protégé, l'ordre public est satisfait. Sans doute, ses intérêts particuliers pourront perdre ou gagner à ce qu'il soit soumis à un système ou à un autre : l'ordre public n'y perdra et n'y gagnera rien. Si donc l'existence d'une protection intéresse l'ordre public, l'organisation de cette protection concerne les intérêts particuliers de la personne protégée.

Tout autre est la condition des véritables lois d'ordre public. Ce qui intéresse l'ordre public, ce n'est pas seulement l'existence et l'application d'une loi quelconque sur la matière, c'est l'existence et l'application des dispositions de la loi française. Prenons pour exemple la prohibition de l'action en recherche de la paternité naturelle. Voilà une loi d'ordre public. Mais aussi il convient de remarquer que ce qui, en cette matière, est d'ordre public, ce n'est pas l'existence d'une loi réglementant cette recherche, c'est l'existence d'une loi la prohibant. Une loi qui se contenterait de donner à cette recherche l'effet de procurer de simples aliments à l'enfant violerait l'ordre public, aussi bien qu'une loi qui la permettrait avec tous ses effets.²⁴¹⁹

A travers l'exemple de l'article 340 du Code civil, que la jurisprudence française, par ailleurs, n'a pas hésité à ranger parmi les lois de police et de sûreté, ou encore à travers l'exemple du vol, « disposition d'ordre public »²⁴²⁰ parce que l'ordre public français ne saurait tolérer la mise en œuvre sur son territoire d'une loi étrangère qui autoriserait le vol ou qui le sanctionnerait de peines plus dures ou plus douces que celles qu'elle fixe, Pillet entend juste prouver que le caractère impératif d'une loi ne suffit pas à la réputer d'ordre public. Lorsque le législateur, d'autorité, soustrait à l'influence de la volonté des particuliers les dispositions de sa loi, c'est qu'il a entendu se conformer à l'un ou l'autre des buts sociaux que Pillet a identifiés : soit la protection des individus (ainsi des lois sur l'état et la capacité), soit la garantie apportée à l'ensemble de la société ou, autrement dit, l'ordre public (comme l'illustrent les deux exemples précités). Or, si ces lois ont en

²⁴¹⁸ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, pp. 30-31.

²⁴¹⁹ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, pp. 31-32.

²⁴²⁰ *Eod. loc.*, p. 32 : « Empruntons un autre exemple au droit criminel. Le vol est puni de certaines peines par notre Code pénal. C'est une disposition d'ordre public, parce que notre ordre public serait blessé, non seulement par la mise en vigueur d'une loi [étrangère] qui autoriserait le vol, mais même par l'application d'une loi qui le punirait de peines différentes. Si la peine était plus dure, ce serait une cruauté inutile ; si elle l'était moins, elle ne constituerait plus pour la propriété française qu'une protection insuffisante, deux résultats également opposés à l'ordre public ».

commun leur impérativité, seules les secondes peuvent revendiquer l'étiquette de l'ordre public²⁴²¹.

La différence essentielle entre les deux types de lois réside dans le fait que les lois de protection individuelle, pour impératives qu'elles soient, souffrent l'existence et la concurrence de lois étrangères sur leur territoire, alors que les lois d'ordre public réclament l'exclusivité sur ce même territoire :

Est-ce à dire que toutes les lois de [*protection individuelle*] soient d'ordre public? Il faudrait, pour cela, qu'à un point de vue quelconque, leur défaut d'application fût de nature à compromettre la sûreté de l'État, à menacer sa conservation. On ne peut pas aller aussi loin, évidemment. Il y a donc deux catégories de lois supérieures à la volonté des particuliers, les lois d'ordre public, parce que, par essence, elles sont absolues, et les lois de protection parce qu'elles manqueraient leur effet si on laissait leur application à la discrétion des personnes protégées. La distinction des deux ordres publics est due à la confusion des lois d'ordre public et des lois de protection.²⁴²²

Ces deux catégories sont à rapprocher des classifications avancées par Mancini dans son *Rapport à l'Institut du Droit international* de 1873, où, à côté du droit privé volontaire, le juriste italien distingue le droit privé nécessaire et les lois de droit public et d'ordre public, ces dernières recouvrant le sens que Pillet leur attribue²⁴²³. Il est à noter que Weiss, qui est l'un des plus fidèles interprètes de la pensée de Mancini, est un partisan de la dichotomie ordre public interne/ordre public international, tandis que Pillet, qui n'épargne pas ses critiques envers le personnalisme, s'estime plus fidèle à la classification du maître italien.

Parce qu'il oppose un refus catégorique à toute tentative de distinguer deux genres d'ordre public, le caractère unitaire entretient des liens si profonds avec le caractère national de ces lois qu'il finit plus ou moins par s'identifier complètement à ce dernier.

D. Le caractère national des lois de garantie sociale ou d'ordre public.

Dans ses *Principes de droit international privé*, Pillet n'insiste guère sur le caractère unitaire des lois d'ordre public, non qu'il délaisse une idée toujours aussi fondamentale pour l'économie de son système, mais, précisément, parce qu'il fonde entièrement cette idée dans le caractère « national » de ces mêmes lois²⁴²⁴. En effet, à son sens, il ne peut y avoir d'ordre public que national, dans la mesure où l'intérêt de la société que l'Etat prend à sa charge ne peut guère être menacé, par définition, que par une loi étrangère. Dans un ordre juridique cohérent et rationnel, il ne se peut concevoir de disposition de droit interne ou de manifestation de volonté privée qui puisse aller à l'encontre d'une autre disposition de droit interne. En revanche, cette contradiction peut tout à fait se révéler sur le plan international, lorsqu'un droit acquis sous l'empire d'une loi étrangère vient heurter de plein fouet les valeurs de l'ordre juridique du for. Il ne saurait y avoir d'ordre juridique qu'étatique : en effet, les Etats-Nations, étant le cadre de référence dans la conception que se fait Pillet du droit international public, sont les seules entités que doit prendre en compte le droit international privé. Celui-ci est, et demeure, un conflit de souverainetés, comme le soulignait déjà

²⁴²¹ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, pp. 32-34, spéc. p. 32 : « On peut examiner quelque disposition d'ordre public, que l'on voudra, on la reconnaîtra toujours à ce caractère que l'on ne peut pas supposer modifiée la règle qu'elle contient sans que l'ordre public en soit par le fait menacé. Ce caractère fait au contraire défaut aux lois dites d'ordre public interne ».

²⁴²² *Eod. loc.*, pp. 33-34.

²⁴²³ *Eod. loc.*, p. 33, note 2.

²⁴²⁴ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 200, pp. 395-396. Le qualificatif « national » réfère ici à la source de l'ordre public, lequel relève de la territorialité et non de l'extraterritorialité, comme chez Mancini.

l'Ordre public :

De l'aveu de tous, l'ordre public à considérer dans un conflit de lois est celui du pays dans lequel le conflit vient à s'élever, en d'autres termes, l'ordre public du pays auquel appartient le tribunal saisi de la contestation.

Ce principe est une suite directe des idées les plus certaines en matière de droit public. La notion des droits et des devoirs du souverain dans l'État est variable suivant les idées de chacun, mais il est un point du moins sur lequel tous les publicistes s'accordent, c'est que l'État doit dans les limites de son territoire maintenir l'ordre public. Cette fonction est pour lui plus qu'un droit, c'est sa raison d'être, car si les particuliers consentent à être subordonnés à l'autorité, c'est précisément parce que seule cette autorité peut leur assurer l'ordre et la sécurité nécessaires au libre fonctionnement de leur activité. En cette matière, l'autorité du pouvoir est absolue et exclusive, absolue parce qu'en matière de sécurité il n'y a pas de transaction possible, exclusive parce que l'autorité simultanée de plusieurs conduirait directement à l'anarchie ; de là, il suit que chaque État est compétent sur son territoire, et complètement incompétent sur le territoire d'un autre État, pour tout ce qui concerne l'ordre public ; donc aussi, lorsqu'il s'agira pour le juge de décider si l'application d'une loi étrangère offrirait à ce point de vue quelque danger, c'est l'ordre public de son pays à lui et non celui d'un pays étranger qu'il doit considérer.²⁴²⁵

Cette dimension nationale de l'ordre public se renforce du fait qu'il n'existe aucun ordre juridique supranational qui soit en mesure d'arbitrer les conflits entre les différentes lois nationales et d'imposer son propre ordre public : en ce sens, il ne peut y avoir, à proprement parler, d'ordre public « international » pour Pillet²⁴²⁶. C'est certainement sur cet aspect particulier de la théorie de l'ordre public que le droit international public exerce le plus son influence sur l'auteur, comme en témoignent les *Principes* :

De ce que chaque État est exclusivement responsable du maintien de l'ordre public sur son territoire, il résulte qu'il est radicalement incompétent en ce qui concerne le maintien de l'ordre public sur le territoire d'un autre État. Il ne doit donc se mêler ni d'y faire prévaloir ses propres lois, ni de corriger ce qui a pu y être fait de contraire à sa propre notion de l'ordre public, si toutefois l'ordre public de son propre pays n'est pas intéressé dans l'affaire. C'est là une conséquence de l'indépendance qui appartient à chaque État dans l'accomplissement de ses fonctions de souverain.²⁴²⁷

Le principe du maximum de respect des souverainetés impose ainsi que chaque État soit maître chez lui de son ordre public et qu'en juste contrepartie, qu'il n'ait aucun droit de regard sur l'ordre public de ses voisins. À supposer même qu'en usant d'une approche comparatiste, les nations décident de se mettre d'accord sur un certain nombre de règles d'ordre public qui agiraient

²⁴²⁵ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, pp. 38-39.

²⁴²⁶ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, p. 40 : « Il n'y a pas d'ordre public international et qu'il n'y en aura jamais, à moins qu'un jour, une autorité supérieure ne soit constituée avec la mission d'assurer, entre les divers peuples, l'application du droit international. On peut très exactement dire des lois d'ordre public ce que l'on disait autrefois et ce que quelques gens disent aujourd'hui encore des lois en général : c'est que leur autorité expire aux frontières de l'État qui les a faites » ; et, surtout, pp. 41-42 : « Il importe, en droit international privé, de séparer soigneusement les principes relatifs à l'ordre public de ceux qui règlent l'application de la loi compétente. Ceux-ci sont internationaux et, par là même, généraux. Ils sont, ou tout au moins, ils pourraient être communs à toutes les nations. En matière d'ordre public, au contraire, tout est strictement national. Il y a donc deux ordres d'idées, deux domaines de droit différents : l'idée d'ordre public est empruntée au domaine national et non au domaine international : par rapport à ce dernier, au véritable droit international, la question de savoir si dans telle hypothèse déterminée l'application de la loi compétente doit être arrêtée par des raisons d'ordre public est une question de fait et non pas précisément une question de droit ».

²⁴²⁷ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 200, pp. 396-397.

entre elles, l'absence de tout ordre juridique supérieur n'érode en rien la force de ce principe. En effet, la souveraineté de l'Etat est un absolu, que les traités internationaux peuvent aménager, voire amender, mais non abolir. Il en découle des conséquences de deux ordres :

1) Sur le plan des principes de droit international :

Il est permis... de regarder comme vaine et comme dépourvue de sens juridique toute tentative de distinction entre un ordre public général commun à toutes les nations civilisées et un autre ordre public particulier à chaque État.²⁴²⁸

2) Sur le plan des rapports entre Etats, ces conséquences sont doubles :

Il autorise certainement l'État à refuser toute autorité sur son territoire aux actes passés en pays étranger, conformément à l'ordre public local, si les conséquences que l'on prétend tirer de ces actes sont contraires à l'ordre public de cet État.

Il oblige chaque État à considérer comme de nul effet les actes contraires à l'ordre public du pays dans lequel ils ont été faits, alors même que rien, dans lesdits actes, ne heurterait l'ordre public du territoire sur lequel on les invoque.²⁴²⁹

Les deux préceptes ci-exposés, qui esquissent la figure de l'effet réflexe, mettent en valeur la portée internationale des lois d'ordre public, telle qu'elle serait passée au filtre de la théorie des droits acquis. A ce titre, elle offre un saisissant rapprochement entre la pensée de l'internationaliste Pillet et des très souverainistes thèses de l'Ecole Hollandaise. Le premier, en particulier, exprime, par excellence, une idée que, à la même époque, les partisans des idées personnalistes qualifient plus volontiers d'exception d'ordre public international. Quel que soit le point de vue doctrinal que l'on adopte, l'obstacle opposé à la circulation des droits à travers les frontières est toujours le même : il tient à la souveraineté étatique et à la défense de l'ordre public du territoire.

E. Le caractère actuel des lois de garantie sociale ou d'ordre public.

Les lois d'ordre public ne sont pas, dans la multiplicité que leur confère leur caractère national, susceptible de varier dans l'espace ; il leur est loisible d'évoluer à travers le temps et de gagner ou de perdre cette coloration en fonction des changements de la société et des mentalités. Du fait de ce caractère mobile, qui peut être source de fraudes ou de conflits de lois dans le temps, le juge saisi doit apprécier la validité des droits acquis au regard de son ordre public au moment même du litige. C'est le principe de l'actualité de l'ordre public, évoqué par Pillet dans ses deux ouvrages :

Lorsqu'il est question de décider si une loi appartient ou n'appartient pas à la classe des lois d'ordre public, c'est l'ordre public du temps actuel que l'interprète doit exclusivement considérer, non pas sans doute... qu'il lui soit loisible de se décider d'après ses tendances personnelles, mais en ce sens que la détermination ne doit jamais être empruntée qu'à la législation et à l'état social du moment où la question lui est posée. La considération d'une loi autrefois d'ordre public, mais qui a dépouillé ce caractère ne saurait être pour lui une raison valable d'écarter l'application d'une loi étrangère, même dans l'hypothèse où le rapport du droit qui lui est soumis remonte à une époque où le

²⁴²⁸ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 200, p. 397.

²⁴²⁹ *Eod. loc.*, p. 398.

caractère d'ordre public de cette loi était incontestable.²⁴³⁰

201. ...Dans chaque État, le souverain est tenu de maintenir l'ordre. Cette tâche peut devenir plus ou moins lourde suivant les circonstances : un législateur prudent aura soin de resserrer ou de relâcher les entraves mises, à ce titre, à la liberté des particuliers en proportion des besoins dont il aura vérifié l'existence... Les lois d'ordre public dénotent la présence d'un besoin actuel, et il ne saurait y avoir contre elles de droits acquis. Ce principe est reconnu en droit intérieur, il est tout aussi juste en droit international et nous noterons ici un point de rencontre entre la théorie de la non-rétroactivité et la théorie du droit international privé.²⁴³¹

Le lien, une nouvelle fois explicitement souligné, entre le caractère actuel et le principe des droits acquis se conforte de l'analogie avec la théorie de la non-rétroactivité, qui, à la même époque, trouve écho dans la doctrine internationaliste, notamment chez les personalistes, qui se plaisent à prendre pour exemple l'évolution du droit du divorce en France de 1792 jusqu'à 1884, mais, plus particulièrement encore, et à des fins bien différentes, chez Gabriel de Vareilles-Sommières qui en fait l'un des éléments cardinaux de son propre système. En fin de compte, le critère de l'actualité des lois d'ordre public est un critère dont l'importance ne doit pas être dissimulée, dans la mesure où il est commun aux lois de police et à l'exception d'ordre public au sens moderne que revêtent ces termes.

§ 2. Les lois de garantie sociale ou d'ordre public chez Antoine Pillet : illustrations.

L'étude des illustrations concrètes des lois de garantie sociale ou d'ordre public suppose de devoir déterminer, pour chacune d'entre elles, à quel titre une loi doit être reconnue compétente, de préférence aux autres, pour s'appliquer, au nom de l'ordre public, à tel ou tel rapport de droit. Des différentes lois territoriales en concours, laquelle convient-il de privilégier et pourquoi ?

Afin de répondre à la double question du champ d'application matériel des lois d'ordre public et de leur champ de compétence, Pillet passe successivement en revue, dans son *De l'ordre public* et dans ses *Principes*, les principales lois d'ordre public et entreprend de les ranger en six catégories. Toutes ces lois ont pour point commun de traduire en acte le devoir de l'Etat, qui est de garantir la conservation de la société et, plus encore, si l'on en croit l'auteur qui développe cette idée dans ses *Principes*, de faire régner un ordre établi nécessaire à la stabilité du corps social ou, à défaut, de contribuer à instaurer cet ordre. Leur profusion et multiplicité ne s'expliquent pas par une approche éclectique, mais par la variété des secteurs de la vie économique, sociale, matérielle, morale dans lesquels l'Etat est appelé à intervenir. Le seul guide qui inspire Pillet dans sa démarche de recensement de ces lois est, rappelons-le, la considération du but social et cela seul doit servir de fil directeur²⁴³².

Les catégories, volontairement très générales, énumérées par Pillet évoluent quelque peu, dans leur titulature et dans leur délimitation, et s'enrichissent d'apports nouveaux entre le *De l'ordre public*, qui se veut essentiellement une étude théorique de la notion, et les *Principes*, qui rentrent volontiers dans le détail. La nomenclature adoptée en 1890²⁴³³ ne se retrouve plus forcément à

²⁴³⁰ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, p. 41.

²⁴³¹ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 201, pp. 398-399.

²⁴³² Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 202-205, pp. 400-404.

²⁴³³ Dans *De l'ordre public, op. cit.*, pp. 18-23, cette nomenclature d'Antoine PILLET est la suivante : a) les lois politiques et administratives ; b) les lois pénales ; c) les lois civiles d'ordre matériel ; d) les lois civiles d'ordre moral ; e) les lois civiles

l'identique en 1903, mais cela ne signifie pas qu'elle ait réellement perdu sa pertinence : au fond, l'agencement a beau se modifier, les propositions restent les mêmes. C'est en s'inspirant des catégories originelles, amendées, lorsque cela s'imposait, pour s'ajuster à l'ordre nouvellement arrêté dans les *Principes*²⁴³⁴, que l'étude portera successivement sur :

- A) Les lois politiques et les lois administratives (ou « lois d'ordre ») ;
- B) Les lois civiles d'ordre moral ;
- C) Les lois sur la sécurité des personnes et des biens : les lois pénales et les lois civiles d'ordre matériel ;
- D) Les lois civiles d'ordre économique ;
- E) Les lois commerciales ;
- F) Les lois fiscales.

A) Les lois administratives et politiques : les « lois d'ordre ».

Dans son ouvrage *De l'ordre public en droit international privé*, au moment de présenter les exemples les plus évidents de lois d'ordre public, Pillet traite, en premier lieu, des lois administratives et politiques, qu'il range parmi les « lois présumées les plus nécessaires au maintien de l'existence de l'État » et dont la force contraignante s'étend, sans contredit, aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers. A ces lois, viennent s'ajouter les règles de compétence et de procédure qui s'imposent à tous, parce que, pour les mêmes raisons que les normes précédentes, elles sont d'ordre public :

Les lois touchant l'organisation politique ou administrative de l'État présentent évidemment ce caractère. Il n'est aucune de leurs dispositions qui ne prime et n'exclue les dispositions correspondantes des lois étrangères : aussi Demolombe observe-t-il avec raison que les étrangers sont tenus en France, comme les nationaux eux-mêmes, d'obéir aux ordonnances et aux règlements de police faits par les autorités compétentes (t. I, n°70). C'est en vertu du même principe que les étrangers en instance devant nos tribunaux doivent se soumettre aux règles de compétence et de procédure prescrites pour nos nationaux. Ces réglementations intéressent la bonne administration de la justice, et on ne saurait déroger à leurs prescriptions sans compromettre l'ordre public. Observons cependant que beaucoup de ces lois, parmi les lois politiques surtout, sont relatives aux seuls Français, et que les étrangers ne jouissant pas des droits qu'elles consacrent, aucun conflit ne peut, par rapport à elles, s'élever. Observons aussi que les lois politiques et administratives les plus directement liées à l'ordre public peuvent recevoir exception à l'égard de certaines personnes que leur qualité de représentants d'une nation étrangère place au-dessus même des exigences de l'ordre public territorial. C'est là un principe traditionnel certain commandé par le respect dû à l'indépendance respective des nations.²⁴³⁵

Par cette catégorie fort riche, Pillet ne fait que s'inscrire dans la continuité du discours traditionnellement tenu depuis les Exégètes et qui tend à ranger toutes les normes qui possèdent

d'ordre économique (qui ne se limitent pas au seul domaine civil, mais évoquent aussi des institutions de droit commercial).

²⁴³⁴ Dans les *Principes*, *op. cit.*, § 191-198, pp. 379-394, le cheminement adopté par Antoine PILLET pour énumérer les lois d'ordre public n'est pas le plus simple et multiplie, à l'envi, les catégories. En effet, le juriste savoyard distingue : a) les lois politiques b) les lois morales ; c) les lois concernant la sécurité des personnes et des biens (et le droit pénal international) ; d) les lois touchant la propriété ; e) les lois de crédit public ; f) les lois sur l'exécution forcée et la faillite ; g) les lois fiscales ; h) Les « lois d'ordre », qui auraient pu être tout aussi bien traitées dans la première catégorie.

²⁴³⁵ Antoine PILLET, *De l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 18-19. Sur le passage cité au texte de Demolombe, voir, *supra*, pp. 743-745.

un lien direct avec la puissance publique parmi les lois d'application territoriale et exclusive : ce sont ces mêmes lois que la doctrine a classées, dès l'origine, parmi les lois de police de l'article 3, alinéa 1^{er}.

Cependant, il n'en va pas de même pour les lois politiques comme pour les autres lois : les étrangers ne jouissant pas des droits politiques, les règles qui les organisent ne leur sont pas applicables, mais ils demeurent assujettis aux lois qui répriment les crimes et délits politiques. Dans le même ordre d'idées, les libertés publiques sont d'application territoriale et les étrangers sont tenus d'en user de la même manière que les nationaux. Ainsi que le relève Pillet dans ses *Principes*, la règle de territorialité d'ordre public doit se comprendre selon une distinction qui sépare les lois politiques relatives, qui ne s'adressent qu'aux citoyens, et les lois politiques absolues, qui sont bien des lois de police²⁴³⁶.

Pillet prend, à cette occasion, position sur une question connexe qui a pu être agitée en doctrine : celle de savoir si certaines lois civiles, dont le caractère politique est très marqué, sont également applicables aux étrangers, parce qu'il en irait du bon ordre public et des droits de souveraineté. Il prend ainsi pour exemple le droit de succession et, plus particulièrement, les substitutions fidéicommissaires, le droit d'aînesse et le droit de masculinité, tels que réglés par le droit français, dont il peut être tentant d'étendre les dispositions aux successions ouvertes sur le territoire, y compris celles qui n'intéresseraient que des étrangers. Le juriste savoyard répond en faisant part de son scepticisme : il ne lui semble aucunement attentatoire à l'ordre public français, ni à la souveraineté territoriale, de laisser des étrangers organiser leurs substitutions ou leur ordre de succession selon leurs propres lois²⁴³⁷.

En ce qui concerne les lois administratives et de procédure, l'auteur les rassemble volontiers selon le vocable de « lois d'ordre », parce qu'en dépit de leurs dissemblances, elles partagent une finalité commune :

Je forgerai pour elles l'expression de « lois d'ordre », parce que, sans poser des principes nouveaux de droit matériel, elles se bornent à établir un certain ordre, une ordonnance jugée indispensable à la vie paisible des citoyens dans l'État et à l'accomplissement régulier des fonctions du souverain. Au premier rang figurent, dans cette classe, les règlements de police, assez insignifiants par eux-mêmes en général, mais qui concourent à maintenir un ordre permanent dans le sein de l'État ; puis les lois de procédure, dont l'observation générale est nécessaire au fonctionnement de la justice.²⁴³⁸

Ces lois ont pour elles d'illustrer à merveille le but social qui les justifie : dans la mesure où il s'agit de « faire régner l'ordre dans l'intérêt public », les étrangers ne peuvent s'y soustraire, car ils sont assujettis aux mêmes devoirs que les nationaux et, s'il leur était permis d'y déroger, l'ensemble de l'édifice social s'en trouverait gravement mis en péril. C'est pour cette raison que les questions de procédure doivent nécessairement être réglées par la *lex forti*²⁴³⁹. Le caractère d'ordre public des lois d'ordre est, par conséquent, absolu et indiscutable.

²⁴³⁶ Antoine PILLET, *Principes*, op. cit., § 191-192, pp. 379-381.

²⁴³⁷ *Eod. loc.*, pp. 380-381.

²⁴³⁸ Antoine PILLET, *Principes*, op. cit., § 198, pp. 393-394, spéc. p. 393.

²⁴³⁹ Antoine PILLET, *Principes*, op. cit., § 206, p. 405.

B) Les lois civiles d'ordre moral.

Pillet considère, en principe, que les lois civiles ont vocation à intégrer la catégorie des lois d'ordre public, lorsqu'elles veillent davantage à la conservation de l'Etat qu'à la protection des individus. Cette idée, déjà évoquée dans *De l'ordre public*, est réitérée dans les *Principes* avec la plus grande certitude :

193. Il faut placer sur la même ligne les grandes règles de morale jugées par le législateur assez importantes au salut de l'Etat, pour qu'il s'en fasse lui-même le champion et le soutien. Ce sont encore des règles d'ordre sur lesquelles il ne peut y avoir ni distinction ni transaction. Les étrangers doivent s'y soumettre.²⁴⁴⁰

Seules « les grandes règles de morale jugées par le législateur assez importantes au salut de l'Etat » sont concernées par la sollicitude de l'Etat. En effet, Pillet reconnaît que, parmi l'ensemble de la législation civile, la mission de déterminer des lois de cette nature requiert la plus grande prudence et la plus grande modération d'esprit dès lors qu'il s'agit de se prononcer sur le danger qu'encourrait l'ordre moral de l'Etat. Si les prescriptions morales sont essentielles pour la communauté nationale, il ne s'ensuit pas nécessairement que toutes aient une valeur absolue qui en impose l'observation rigoureuse aux étrangers. Là encore, il convient de faire le départ entre les lois absolues d'ordre moral et les lois qui sont seulement relatives. Dans quel cas le législateur imposera-t-il à tous l'autorité de celles de ses lois qui touchent au plus près à la morale et dans quel cas s'en abstiendra-t-il ? La réponse exige, selon l'auteur de *l'Ordre public*, le plus grand sens des nuances :

La difficulté devient plus grande lorsqu'on essaie de déterminer quelles sont les prescriptions morales que l'on peut réputer d'ordre public. Souvent, en droit, principalement lorsqu'il est question de la condition des personnes, on rencontre des lois qui ont un caractère moral, mais la vérification de l'existence de ce caractère ne doit pas suffire pour en faire des lois d'ordre public, car il en est beaucoup parmi elles qui ne sont pas nécessaires mais simplement utiles, qui ne consacrent pas des principes essentiels à la conservation des mœurs nationales, qui édictent simplement des règles propres à établir entre les personnes, des relations juridiques conformes à ce que la conscience nous représente comme étant le plus moral. Prenons un exemple. De toutes les règles qui gouvernent la matière de la filiation, il n'en est aucune qui soit indépendante de toute question morale, et, cependant, il serait contraire soit au vœu du législateur soit à la raison la plus élémentaire de les appliquer indistinctement aux étrangers qui séjournent sur notre territoire. On leur étendra sans difficulté la prohibition de la recherche de la paternité naturelle, car elle engage, évidemment, un intérêt d'ordre public...²⁴⁴¹

C'est donc à la discrétion, à la « prudence » des juges, guidée par les indications de la doctrine, qu'il faut s'en remettre pour déterminer si la violation du principe moral porte, ou non, atteinte à la conservation de l'Etat et pour en tirer la conséquence qui s'impose, en réputant, si nécessaire, ce principe moral d'ordre public :

La violation du principe litigieux doit-elle entraîner après elle un scandale grave, si grave que l'on ait de justes raisons de craindre que l'équilibre moral de la société en soit détruit, on est en présence d'une loi d'ordre public ; en toute autre hypothèse, et si bien fondée, si utile que soit la loi, on n'a pas le droit de l'appliquer à l'étranger, parce qu'il est possible que sa loi particulière soit à

²⁴⁴⁰ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 193, p. 381.

²⁴⁴¹ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, pp. 21-22.

son égard fondée sur des bases plus sûres encore, et que du reste l'application de cette loi ne menace en rien la sûreté de l'État.²⁴⁴²

Les *Principes* s'appuient sur deux exemples. Dans le premier cas, qui touche au divorce, Pillet entend démontrer que l'ordre public n'est pas en jeu. Il critique ainsi la tendance doctrinale et jurisprudentielle, fortement ancrée en France, qui tend à réclamer des époux, qui, étant en droit de divorcer selon leur loi, intentent leur action en un pays étranger, qu'ils satisfassent à une double condition. Celle-ci tient au fait que la cause qu'ils invoquent pour la dissolution de leur union doit être admise, et par leur loi nationale, et par la législation ayant cours dans le pays du tribunal qui a reçu leur litige. Cette dernière condition est présentée, traditionnellement, comme une exigence destinée à satisfaire l'ordre public du for. Or, l'auteur des *Principes* fustige un tel raisonnement, en s'efforçant de démontrer que l'ordre public du for n'est en rien concerné par le divorce d'étrangers et que le but social que doit atteindre la loi du for ne sera pas mis en péril si des étrangers divorcent devant ses tribunaux pour un motif que cette loi ignore. En revanche, dans le second cas, relatif à la recherche en paternité naturelle, il en va tout autrement. Pillet approuve la position jurisprudentielle, qui tend à prohiber avec la plus grande fermeté toute recherche en paternité naturelle devant les tribunaux par un enfant aux fins d'obtenir des aliments, alors même que cette demande serait formulée en conformité avec la loi allemande qui l'autorise. L'auteur rappelle que les tribunaux ont interdit une telle action en justice, afin d'éviter que des débats scandaleux ne se produisent devant eux : ce motif de décence publique justifie ainsi que la prohibition soit comptée au rang des prescriptions d'ordre public²⁴⁴³.

Pour illustrer le rayon d'action des lois d'ordre public dans le domaine moral, Pillet met en œuvre, comme il l'avait annoncé, sa méthode fondée sur la considération du but social de la loi afin de déterminer laquelle des lois concernées par le rapport de droit sera compétente pour y étendre l'action de son ordre public. En ce qui concerne les lois morales, lui-même admet que cette approche ne résout pas toutes les difficultés et qu'il est difficile de trouver des réponses satisfaisantes lorsque ces questions mettent aux prises des différences culturelles trop aigües. A partir de l'exemple de « l'interdiction de bigamie », il relève que l'opinion commune s'accorde à donner compétence à la loi du lieu de célébration du mariage pour apprécier l'ordre public qui est susceptible d'être violé par la survenance d'un mariage polygamique. Rappelant qu'il ne fait aucun doute que « cette communauté d'existence choque directement nos idées et nos mœurs », il se demande pourtant s'il faut en déduire que l'ordre public français serait, nécessairement, troublé par la célébration, devant un officier d'état civil français, d'un mariage polygamique d'époux que leur statut personnel autorise à contracter une telle union et qui n'entendraient pas établir leur domicile en France²⁴⁴⁴. S'il fallait suivre ce raisonnement, que Pillet n'évoque qu'à titre d'hypothèse, tant, à son époque, ce cas de figure s'apparentait encore au cas d'école, alors, cette solution particulièrement libérale apparaîtrait beaucoup plus proche de l'effet atténué de l'ordre public que de la loi de police, qui, pour sa part, n'aurait aucune hésitation sur la règle à appliquer.

²⁴⁴² *Eod. loc.*, p. 22.

²⁴⁴³ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 193, pp. 382-384.

²⁴⁴⁴ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 214, pp. 418-419.

C) Les lois sur la sécurité des personnes et des biens : les lois pénales et les lois civiles d'ordre matériel.

Dans l'*Ordre public*, Pillet distingue encore deux catégories de lois – les lois pénales et les lois civiles d'ordre matériel – qu'il finit par réunir dans une même logique et sous un même intitulé dans ses *Principes* : les lois portant sur la sécurité des personnes et des biens. Ce choix permet à l'auteur de donner un sens extensif à l'expression « loi de sûreté » et de réunir sous un seul étendard des dispositions de nature pénale et civile, sanctionnées par des peines ou non, qui ont toutes en commun d'assurer une protection des biens et des personnes – un ordre public matériel – au sein de l'Etat et d'être d'application nécessaire. Le but social de ce groupe de lois est, sans doute, celui qui fait le plus ressortir la dimension d'ordre public qui s'attache à ces lois : l'idée que ces lois relèvent d'une nécessité vitale pour l'intérêt de l'ensemble du corps social. La parenté qu'entretiennent, de ce point de vue, les lois pénales et les lois civiles d'ordre matériel explique leur commune impérativité, comme le souligne l'*Ordre public* :

[La] nécessité [des lois pénales] est si patente que toute explication serait ici superflue. L'étranger qui se sera rendu coupable en France d'un délit, et nous pensons ici le mot délit dans son acception la plus étendue, sera donc puni et puni comme un Français le serait lui-même à sa place, non pas comme on l'a dit, parce qu'il est devenu le sujet du pays où il s'est transporté, mais parce que la nécessité le veut ainsi, l'État ne pouvant assurer l'ordre qu'à la condition de confondre, au point de vue de la répression, les étrangers et les nationaux. Toutes les fois donc où l'on sera en présence d'une loi répressive et où un texte spécial n'aura pas spécialement réservé l'application de cette loi aux seuls nationaux, elle devra être de plein droit étendue aux étrangers.²⁴⁴⁵

L'ordre matériel est chose si importante dans l'État que la plupart des prescriptions relatives à ce sujet sont sanctionnées par des peines : on serait donc tenté de confondre ces lois avec les lois pénales : il n'y a pas identité, cependant, et l'on n'a pas de peine à trouver des exemples de prescriptions légales intéressant l'ordre matériel dans l'État et qui, cependant, ne sont sanctionnées par aucune peine. Telles sont les lois sur l'assistance publique. Tel est encore, dans un ordre d'idées plus complètement civil, le principe de la responsabilité de la personne en matière de quasi-délits (1383, Civ.) ou le principe tout voisin qui oblige chacun à réparer le dommage causé par les personnes qu'il a sous sa garde ou à son service. Nous ne pensons pas que l'on puisse douter de l'application de pareilles lois aux étrangers en France : elles sont relatives à la garantie de l'ordre matériel de l'État, elles sont donc territoriales.²⁴⁴⁶

Dans cet ensemble composite, mais particulièrement ancré dans l'ordre public, les lois pénales côtoient des dispositions qui auraient tout autant leur place dans le droit administratif (les lois sur l'assistance publique), mais aussi des lois purement civiles, comme les règles du Code relatives à la responsabilité civile (articles 1382 et suivants)²⁴⁴⁷. Le lien entre les responsabilités civile et pénale est trop ancien pour que leur association ne devienne pas une évidence. C'est sans doute ce constat qui conduit Pillet, lors de la rédaction de ses *Principes*, à regrouper toutes ces dispositions en une seule catégorie :

194. Les lois qui concernent la sécurité des personnes et des biens appartiennent aussi bien

²⁴⁴⁵ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, p. 19.

²⁴⁴⁶ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, p. 21.

²⁴⁴⁷ La meilleure preuve en est que, dans sa définition théorique des lois d'ordre public, Pillet recourt volontiers, à titre d'illustration par excellence, aux exemples que fournissent les lois pénales et les lois sur la responsabilité civile : voir, *supra*, pp. 931-942.

certainement à la catégorie des lois d'ordre public. Les étrangers peuvent toujours les invoquer : ils doivent inversement se soumettre à leurs prescriptions et ils encourent, s'ils y manquent, la responsabilité qu'elles établissent. Ces lois sont généralement des lois pénales : cependant, si les actes dommageables ne constituent que des délits civils ou, à plus forte raison, des quasi-délits, la responsabilité qu'elles consacrent sera purement pécuniaire. La conséquence du caractère d'ordre public des lois pénales est double. Les délits commis au préjudice des étrangers sont punis de la même façon qu'ils le seraient si des nationaux en avaient été les victimes, et les étrangers délinquants recevront le même traitement que les sujets du pays. (...)

Les mêmes principes sont applicables à la responsabilité des délits civils, et c'est la loi du lieu où le fait dommageable a été commis, qui détermine la réparation à laquelle il donne lieu et les personnes tenues de cette réparation.²⁴⁴⁸

En effet, Pillet estime qu'il n'y a plus lieu, comme c'était le cas sous l'Ancien droit, de faire preuve d'une relative bienveillance à l'égard des étrangers, en prenant éventuellement en compte l'ignorance excusable de la loi locale applicable. En ce sens, il se rallie complètement à la lettre de l'article 3, alinéa 1^{er} et à l'interprétation qui en fut donnée tout au long du XIX^e siècle. Il admet aussi, à titre de tempérament, qu'il puisse exister des lois pénales particulières pour les nationaux et d'autres qui ne visent que les étrangers. De manière incidente, il s'inscrit dans la continuité de la doctrine et de la jurisprudence qui, par mimétisme avec les lois pénales, font de l'alinéa 1^{er} le siège des conflits de lois relatifs à la responsabilité civile.

La territorialité des lois pénales, « l'une des bases du droit pénal international » selon lui, ne suscite guère de difficulté au moment de déterminer la loi compétente : la règle qui confie la résolution du conflit à la *lex loci delicti* est indiscutable en raison de la connexité évidente qu'entretiennent répression des délits et prérogative de puissance publique :

206. ... Le devoir de chaque législateur est de rendre aussi rares que possible les crimes et les délits sur toute l'étendue du territoire soumis à ses commandements. Il existe un lien intime entre la répression des actes délictueux et la possession de la force publique, et il est nécessaire que celui qui dispose de l'une sur un territoire donné soit responsable de l'autre dans les limites de ce même territoire. (...) Chaque fois qu'un Etat se trouve chargé de maintenir l'ordre sur un certain espace, ses lois pénales peuvent y être légitimement appliquées ; il remplit la fonction, il doit avoir le droit correspondant à cette fonction.²⁴⁴⁹

L'auteur voit même dans l'extraterritorialité des lois pénales à l'égard des Français à l'étranger, réglée par l'article 7 du Code d'instruction criminelle, un argument supplémentaire pour défendre leur caractère d'ordre public car, « dans l'hypothèse d'attentat à la sûreté de l'État ou à son crédit, visée par cet article, c'est bien l'ordre public français qui est menacé, quoique l'acte matériel d'où la menace résulte soit accompli à l'étranger »²⁴⁵⁰.

La responsabilité civile ne pose guère plus de problème, sauf dans des cas plus complexes (délits commis sur un navire, dans un ballon, sur un territoire qui n'est soumis à aucune souveraineté certaine et reconnue), car le principe demeure le même : « s'il s'agit de responsabilité délictuelle, on est bien certainement en présence de lois d'ordre public. C'est le besoin de sécurité qui donne naissance à de pareilles lois et ce besoin intéresse la communauté au plus haut point. Quelle sera la loi compétente ? En général aucun doute n'existera. La loi applicable sera celle du

²⁴⁴⁸ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 194, pp. 384-385.

²⁴⁴⁹ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 206, pp. 404-405.

²⁴⁵⁰ *Eod. loc.*, p. 404, note 1.

territoire dont la sécurité est en jeu, celle donc du territoire sur lequel le délit a été commis »²⁴⁵¹. De même que pour les lois pénales, la compétence, en ce domaine, de la *lex loci delicti* est suffisamment bien assise en doctrine et en jurisprudence et soutenue par une longue histoire pour ne pas souffrir de discussion.

D) Les lois civiles d'ordre économique.

Ces lois civiles d'ordre économique, ainsi que les appellent Pillet dans l'*Ordre public*, ne figurent plus, sous ce nom, dans les *Principes*, mais elles demeurent toujours présentes : l'auteur préfère juste les décomposer, pour la commodité de ses analyses, en autant de catégories qu'il discerne de lois d'ordre public en ce domaine.

D'après le Pillet de l'*Ordre public*, les lois civiles à caractère économique ne semblent pas, au premier abord, constituer un champ d'expression privilégié de l'ordre public, dans la mesure où la place laissée à la volonté des parties et la restriction des lois impératives aux seuls Français ne supposent pas, *a priori*, l'extension inéluctable de la législation française aux étrangers. Toutefois, il faudrait se garder d'en minorer l'importance. Il arrive que l'Etat ressente, ponctuellement, le besoin d'intervenir par une loi afin d'assurer la pacification du commerce juridique en encadrant l'activité privée et en l'assortissant des barrières qui s'imposent pour éviter toute mise en péril du crédit. Il en va, à chaque fois, selon son expression, de « l'intérêt économique français » :

Cependant, exceptionnellement, le législateur interdit certaines transactions qu'il considère en elles-mêmes, et quels qu'en soient les auteurs, comme directement contraires à l'intérêt économique français. Il n'est pas douteux que de telles lois ne touchent à l'ordre public et ne rendent injuste l'application de toute loi étrangère qui leur serait contraire. On se demandait dans notre ancien droit si la prohibition, si fréquente jadis, de porter des blés hors du royaume devait s'étendre aux récoltes produites par les propriétés des forains, et la plupart des juristes se prononçaient pour l'affirmative par une sorte d'intuition des raisons que nous donnerions aujourd'hui à l'appui d'une pareille solution. De même, de nos jours, le taux de l'intérêt est limité à cinq pour cent en France en matière civile. Encore que l'utilité de cette prescription soit discutable, il est certain que le législateur l'a établie, parce qu'il la croyait nécessaire à l'ordre économique du pays, et cela doit suffire à lui donner un caractère d'ordre public. Il ne serait pas admissible que la qualité d'étranger conférât le privilège de prêter à un taux usuraire. Il faut encore mentionner comme comprises dans cette troisième catégorie les lois relatives à l'organisation de la propriété, soit mobilière, soit immobilière auxquelles fait certainement allusion le § 2 de l'article 3 de notre Code civil, et aussi les lois destinées à affermir le crédit en assurant la publicité des mutations immobilières (art. 939, C. civ., loi 23 mars 1855) et des transports de créance (1690, C. civ.). Le rapport de ces lois avec l'ordre public est assez apparent pour nous dispenser d'insister.²⁴⁵²

Contrôle des marchandises, crédit public et prohibition de l'usure, organisation de la propriété, mobilière comme immobilière, publicité des mutations, transports de créance, etc. : la multiplicité et le disparate de ces exemples suffisent à démontrer l'interventionnisme de l'Etat dans la vie économique, préoccupation appelée à croître en importance au cours du XX^e siècle et qui justifie encore aujourd'hui l'existence de nombreuses lois de police, surtout avec le développement du commerce international. Pillet, pour sa part, se préoccupe essentiellement du but social de ces diverses lois et ce sont ses *Principes* qui permettent de mesurer plus en détail leur caractère d'ordre public : font ainsi particulièrement l'objet d'une étude approfondie les lois sur la propriété (1.) ; les

²⁴⁵¹ Antoine PILLET, *Principes*, op. cit., § 213, pp. 416-417.

²⁴⁵² Antoine PILLET, *De l'ordre public*, op. cit., chapitre III, pp. 22-23.

lois de crédit public (2.) ; et, par affinité, et même si elles méritent, selon l'auteur, de constituer une « catégorie séparée », les lois sur l'exécution forcée (3.).

1) Les lois sur la propriété.

Dans ses *Principes*, Pillet affirme que toutes les lois qui disposent à propos des droits dits de propriété se rangent dans la catégorie des lois d'ordre public. La règle vaut surtout pour celles de ces lois dont le caractère politique est le plus accusé et le plus naturel, à savoir les lois relatives à la propriété immobilière (a). Mais le fait se vérifie également, dans son esprit, en matière de propriété intellectuelle (b) et en matière de créances (c), que l'auteur rattache à la propriété de manière extensive, de son propre avis.

a) Le rapport qui unit les lois sur la propriété immobilière et l'ordre public est un lien historiquement ancien, puisque ce sont ces règles que les juristes statutaires désignaient sous le vocable de « statut réel immobilier » et auxquelles ils attachaient une force contraignante, qui a donné lieu à l'irruption du statut réel prohibitif dans l'économie du conflit de coutumes. Mais, au lieu de partir de l'ancrage territorial pour déduire le caractère impératif de la disposition relative à l'immeuble, à quoi inclinaient les anciens auteurs, soit qu'ils raisonnent en se fondant sur la nature des choses, soit qu'ils adoptent une démarche *ab effectu* davantage orientée vers des considérations de souveraineté, Pillet entend procéder de la manière inverse. A son sens, l'explication doit partir du but social de la loi – le maintien, dans les mains de l'Etat, du monopole que celui-ci exerce sur le régime foncier et l'organisation exclusive des terres soumises à son pouvoir – pour aboutir à la compétence de la loi territoriale, *lex rei sitae*, au nom de l'ordre public :

195. Les lois concernant la propriété appartiennent aussi au domaine des lois d'ordre public. Cette règle, qui s'applique à tous les droits qualifiés du nom de propriété, est surtout importante en matière de propriété immobilière, car c'est là que l'intervention du législateur est plus fréquente. (...) Les lois concernant la propriété immobilière sont territoriales, mais c'est à cause de leur caractère de lois d'ordre public. Nous entendons parler ici des lois qui touchent à l'organisation de la propriété et des droits réels, des restrictions dont les droits du propriétaire sont affectés, des servitudes qu'il doit souffrir. Tout cet ensemble de règles vise directement l'intérêt public, il concourt à maintenir un certain ordre dans le régime de la propriété, il rentre donc pleinement dans les lois dont nous nous occupons en ce moment. Au point de vue du régime de la propriété, il importe peu que le propriétaire soit national ou étranger, voilà le droit.

207. Les lois relatives à l'organisation de la propriété ne sauraient, elles non plus, prêter au doute. S'il s'agit de propriété immobilière, c'est la loi de la situation qui sera compétente ; le seul ordre public, en effet, qui puisse être intéressé dans chaque cas est celui du lieu où l'immeuble est situé.

²⁴⁵³

Sur cette question de la propriété immobilière, Pillet déclare approuver « entièrement, sur ce point, le sentiment de l'école italienne de Mancini » et, de fait, les vues qu'il défend sont très proches des thèses des personalistes. C'est ainsi qu'il considère que sa démonstration à propos du caractère d'ordre public qui doit être reconnu aux lois sur l'organisation foncière est parfaitement compatible avec l'interprétation de l'article 3, alinéa 2, que donne un auteur comme Weiss. En effet, pour éviter de donner une portée trop absolue à l'affirmation contenue dans l'alinéa, Weiss distingue là où la loi ne distingue pas : de fait, il divise la règle entre, d'une part, le régime juridique

²⁴⁵³ Antoine PILLET, *Principes*, *op. cit.*, § 195, pp. 385-386, et § 207, p. 405.

applicable aux lois sur l'organisation foncière, qui, par leur dimension éminemment politique, doivent être mises au nombre des lois de police de l'alinéa 1^{er}, et, d'autre part, le régime juridique relatif aux autres droits réels, qui basculent dans le domaine du pur droit privé²⁴⁵⁴. Le raisonnement de Pillet est similaire lorsqu'il déclare : « en parlant d'immeubles il est plus probable que les rédacteurs du code civil ont fait allusion aux lois essentiellement immobilières, à celles qui *ne* peuvent avoir *que* des immeubles pour objet, donc aux lois qui concernent l'organisation de la propriété immobilière et déterminent les droits du propriétaire »²⁴⁵⁵. Dans le même esprit, le juriste savoyard insiste sur les nombreuses restrictions dont souffre le principe de territorialité d'ordre public et s'efforce de soustraire à son empire un certain nombre de questions, qu'il confie au domaine du statut personnel. C'est pour cette raison qu'il juge que la succession immobilière, l'hypothèque légale de la femme étrangère sur les biens de ses enfants situés en France ou le droit d'usufruit légal du père sur les fonds de ses enfants en terre française doivent échapper à la *lex rei sitae* et que, en raison de la protection due aux personnes et de la nature éminemment familiale de ces questions, celles-ci doivent être du ressort de la loi personnelle²⁴⁵⁶.

b) Le traitement des lois concernant la propriété intellectuelle est bien plus bref. A propos des droits qui touchent à la propriété littéraire ou artistique ou encore à la propriété des brevets d'invention ou des marques de fabrique, la règle est la même, parce que le but social est le même : « l'intervention du législateur dans l'organisation de cette propriété a également pour objet d'établir un certain ordre dans l'intérêt public. Il y a donc identité de nature au point de vue international »²⁴⁵⁷. La détermination de la loi compétente à leur sujet est nettement moins évidente qu'en matière immobilière et, à cette fin, Pillet énonce une règle qui vaut aussi bien pour la propriété mobilière que pour la propriété intellectuelle, qui n'ont pas pour elles la fixité qu'assure l'ancrage territorial des immeubles, quoi qu'en dise l'auteur par ailleurs :

En matière de propriété mobilière et de propriété intellectuelle, la question devient un peu plus complexe. Le caractère des lois de cette sorte étant de poser une limite au pouvoir absolu du propriétaire sur sa chose, dans l'intérêt public il faudra, pour chaque cas, considérer la loi du lieu où se produit l'exercice du droit de propriété. Ce sera pour les meubles corporels la loi du lieu où se trouve le meuble, au moment où l'acte de disposition se produit, en dépit de la vieille règle *mobilia personam sequuntur* (...).

S'il s'agit de propriété littéraire ou industrielle, la loi d'ordre public compétente sera celle du pays où a été accompli l'acte qui peut être envisagé comme une atteinte au monopole du commerçant ou de l'artiste. C'est la législation de ce pays qui décidera si l'acte en question est illicite et quelles sont les conséquences de ce caractère. Il est arrivé à la jurisprudence française de réprimer des contrefaçons commises à l'étranger, sur un territoire où elles étaient admises comme licites. On doit regarder ces décisions comme rendues au mépris des principes du droit international privé.²⁴⁵⁸

Cette dernière remarque soulève, d'ailleurs, une intéressante interrogation sur la valeur que revêt, à cette occasion, la loi française impérative. Fort de ses conceptions doctrinales, Pillet critique sévèrement la jurisprudence française, et, plus particulièrement, un arrêt de la Cour d'appel d'Angers de 1891, d'avoir étendu l'empire de la loi française à une contrefaçon de vins de Champagne commise dans un pays étranger où elle était, pourtant, admise comme licite, donc à un

²⁴⁵⁴ Sur l'interprétation donnée par Weiss de l'article 3, alinéa 2, voir, *supra*, pp. 890-892.

²⁴⁵⁵ Antoine PILLET, *Principes*, *op. cit.*, § 195, p. 386, note 1.

²⁴⁵⁶ Antoine PILLET, *Principes*, *op. cit.*, § 195, pp. 386-387.

²⁴⁵⁷ Antoine PILLET, *Principes*, *op. cit.*, § 195, pp. 387-388.

²⁴⁵⁸ Antoine PILLET, *Principes*, *op. cit.*, § 207, pp. 405-406.

droit valable à l'étranger, mais réprimé en France. L'ordre public français n'est en rien troublé, selon le juriste savoyard, par une contrefaçon qui regarde exclusivement un ordre juridique étranger, qui, de surcroît, n'y voit rien à redire²⁴⁵⁹. Mais les juges n'ont-ils pas plutôt entendu appliquer la loi française à titre de loi de police et tirer du constat d'un préjudice subi en France la nécessité de réprimer ce qui n'était une faute, ni en France, ni à l'étranger ?

c) Aux lois sur la propriété, Pillet raccroche les conflits de lois relatifs aux créances. Afin de déterminer la loi d'ordre public qui est compétente à leur sujet, l'auteur des *Principes* délaisse la méthode ancienne qui consistait à localiser le siège de créance soit au domicile du créancier, soit à celui du débiteur : pour lui, les créances n'ont pas cette dimension personnelle qui autorise à raisonner en termes de loi du domicile. Il préfère s'en tenir à son approche, quitte à ce que celle-ci soit mise en œuvre de manière empirique, selon les circonstances propres à la cause :

Les créances, comme tous autres rapports de droit, sont sujettes à l'empire de certaines lois, notamment de certaines lois d'ordre public, mais la compétence de chacune de ces lois dépend du but qu'elle poursuit et de rien autre : c'est la considération de ce but qui nous fera, suivant les cas, préférer la loi du créancier, ou celle du débiteur, ou toute autre loi ayant un rapport avec la créance.²⁴⁶⁰

Cette solution contingente est loin de fournir un règlement de conflit clair et certain, contrairement aux mérites que Pillet assigne, d'ordinaire, à sa méthode, et elle contient, par définition, sa part d'incertitudes qui risque d'aboutir à des décisions contradictoires en jurisprudence. C'est ainsi que, prenant position sur le désaccord survenu entre les juridictions française et allemande au lendemain de la guerre de 1870, l'auteur estime que les décrets du Gouvernement de la Défense nationale qui avaient accordé des prorogations de délai de paiement aux débiteurs d'effets de commerce lorsqu'ils étaient domiciliés sur la partie du territoire qui avait été envahi par l'armée allemande ont été édictés sur le fondement de considérations tenant à l'ordre public : « le gouvernement français avait le droit incontestable de prendre cette mesure, et les juridictions étrangères, en refusant d'accueillir les conséquences juridiques de cet acte de législation, ont manqué au respect mutuel que les Etats doivent avoir pour leur souveraineté »²⁴⁶¹. Il semble, en effet, difficile de ne pas voir, dans cette décision dictée par les circonstances et destinée à demeurer exceptionnelle, le temps de redonner aux débiteurs français les moyens de reprendre le cours ordinaire du commerce, une « loi de police »²⁴⁶².

2) Les lois de crédit public

La qualification d'ordre public attachée aux lois relatives au crédit public suscite moins de difficulté que la détermination du champ d'application de chacune d'elles. La justification de leur but social découle directement de la définition du « crédit public », que Pillet présente ainsi dans ses

²⁴⁵⁹ Cour d'appel d'Angers, *Ackerman-Laurance*, 15 décembre 1891, *Clunet*, 1892, pp. 1144-1147.

²⁴⁶⁰ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 208, p. 407.

²⁴⁶¹ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 208, pp. 407-408.

²⁴⁶² Cette décision du Gouvernement de la Défense nationale est à rapprocher des déclarations d'Henri IV de 1594 et 1595 sur les rentes constituées, qui avaient réduit d'un tiers les intérêts grevant les débiteurs du Royaume, en raison des troubles occasionnés par les Guerres de religion, et qui étaient opposables aux créanciers étrangers. Les circonstances et la nature exceptionnelle de la décision se retrouvent d'un siècle à l'autre et le caractère de police est similaire. Sur ces déclarations, voir, *supra*, l'arrêt *Berbisot* de 1602, pp. 590-592.

Principes :

196. L'opinion commune des jurisconsultes classe parmi les lois d'ordre public les lois dites de crédit public. On doit entendre par là celles qui tendent à faire régner la confiance dans un pays, en veillant à la sûreté et à la loyauté des transactions qui s'y passent. Les lois de crédit public sont assez nombreuses. En font partie celles qui ont trait à la circulation de la monnaie métallique ou fiduciaire, aux obligations imposées aux commerçants, les lois sur le prêt à intérêt, les lois sur la publicité des actes juridiques.²⁴⁶³

Sur les quelques exemples que Pillet prend la peine de développer, tous ont pour point commun de veiller aux intérêts de la société tout entière, et non des seuls particuliers que ces règles intéressent :

1° En premier lieu, la limitation du taux d'intérêt est d'ordre public, dans la mesure où c'est à l'Etat, et à l'Etat seul, qu'il revient d'intervenir pour arbitrer entre les parties et maintenir une bonne intelligence entre elles, en évitant des abus de part et d'autre. Laisser s'installer des déséquilibres trop grands entre créanciers et débiteurs reviendrait à encourager le retour de pratiques usuraires et menacerait la paix des transactions : « un législateur n'a recours à la limitation du taux de l'intérêt que lorsqu'il juge qu'il y aurait un danger public à laisser entière, sur ce point, la liberté des parties »²⁴⁶⁴.

2° En second lieu, la publicité des actes juridiques est d'ordre public, car ce formalisme est destiné, avant tout, à protéger les intérêts des tiers : « les lois sur la publicité des actes juridiques forment une part considérable des lois de crédit public. Ces lois écrites pour la sécurité de tiers quelconques sont même un bon exemple de règles édictées, non pas au profit de ceux qu'elles intéressent directement dans chaque cas et pour qui elles constituent une charge de plus, mais dans l'intérêt de la communauté tout entière »²⁴⁶⁵.

3° En troisième lieu, la sécurité des transactions et l'intérêt des tiers justifient que les modes de transmission des droits réels soient d'ordre public : « le crédit public revendique aussi les modes de transmission des droits qui produisent leurs effets par rapport aux tiers. La règle que le consentement suffit à transférer la propriété n'est pas une loi de crédit public ; la règle « en fait de meubles possession vaut titre » possède, au contraire, ce caractère. C'est pour cette raison que toutes les traditions de meubles corporels effectuées de bonne foi en France en transmettent la propriété, quel que soit le statut des personnes entre lesquelles cette tradition a lieu »²⁴⁶⁶.

Quelle règle faut-il donc suivre pour déterminer l'ordre public compétent en ces matières ? Pillet se prononce d'abord au sujet de la publicité des actes juridiques :

209. Les lois d'ordre public qui tendent à donner aux actes juridiques la publicité reconnue nécessaire par le législateur offrent peut-être les applications les plus variées et les plus intéressantes des règles concernant la compétence des lois de cette sorte. Quel principe doit être posé en cette matière ? Simplement cette idée, que la loi applicable est celle qui réalisera effectivement la publicité désirée. Le but de la loi est de rendre public et connu de tous un certain fait juridique, la loi à suivre est celle qui pourra efficacement produire cette publicité.²⁴⁶⁷

C'est en se conformant à cette règle de principe qu'il est décidé que la transcription des

²⁴⁶³ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 196, p. 388.

²⁴⁶⁴ *Eod. loc.*

²⁴⁶⁵ *Eod. loc.*, pp. 388-389.

²⁴⁶⁶ *Eod. loc.*, p. 389.

²⁴⁶⁷ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 209, pp. 408-409.

aliénations immobilières et les inscriptions des privilèges et hypothèques s'effectueront au lieu de situation de l'immeuble en cause ; que les actes relatifs aux créances (cession, saisie-arrêt) devront être publiés, à destination des tiers, selon la loi du domicile du créancier ; que les modifications touchant à l'état civil (jugement d'interdiction ou dation d'un conseil judiciaire) sont du ressort du statut personnel et doivent être réglées par la loi nationale, même si Pillet préfère la loi du domicile ; que le contrat de mariage des commerçants doit être rendu public selon la loi de leur établissement ; et que les actes de propriété et les droits réels dont les navires peuvent être l'objet doivent faire l'objet d'une publicité suivant la loi du pavillon²⁴⁶⁸.

Quelle règle suivre, cette fois-ci, au sujet des lois prohibitives portant les intérêts économiques ? Pillet recourt, une nouvelle fois, au but social de la loi pour démêler les divers chefs de compétence et déterminer la loi qui sera applicable au titre de l'ordre public. A propos du contrat de jeu, d'abord, et, plus particulièrement, d'une loterie organisée dans un pays où elle est autorisée, il estime que, si le contrat vient à être conclu dans un pays où il est interdit, les tribunaux de ce pays seront justifiés d'en déduire que « l'opération de jeu se conclut sur le territoire et porte atteinte à l'ordre public », peu important « que la loterie existe valablement à l'étranger »²⁴⁶⁹. A propos du prêt à intérêt, Pillet remarque que la diversité la plus complète règne dans les législations, car toutes ne pratiquent pas, comme la France, le système de l'intérêt légal et plafonné en matière civile et pénale et certains pays laissent même la fixation du taux d'intérêt entièrement à la discrétion des parties. Si un prêt a été valablement contracté dans un pays qui ne connaît aucun intérêt légal et si le créancier vient, plus tard, actionner son débiteur devant les juridictions d'un pays qui limite les taux d'intérêt, et ce à un plafond que le prêt litigieux excède, le conflit porte nécessairement sur le caractère légitime ou usuraire du taux contractuel. Pillet n'hésite pas à approuver l'attitude des tribunaux français, régulièrement saisis du problème et peu enclins à faire preuve de libéralisme, qui ont condamné le débiteur, malgré le caractère usuraire du taux, sur le fondement du respect dû au contrat. Dans la situation inverse, l'invalidation du prêt s'impose en vertu du même principe. La logique des droits acquis explique les réactions différenciées des ordres publics respectivement concernés :

Un prêt d'argent concerne le crédit public du seul pays où il est réalisé, et c'est au regard de la législation de ce pays que doit être appréciée la question de légitimité des intérêts. Quant à l'ordre public de l'État où la poursuite est intentée, il est complètement désintéressé. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer la loi du juge, si ce n'est toutefois dans le cas où les parties se seraient rendues à l'étranger pour éluder les dispositions de la loi du pays où elles sont établies. Que dire de l'hypothèse inverse ? Un prêt est consenti à des intérêts usuraires dans le pays où l'emprunt est réalisé. Ces intérêts sont réclamés devant des juges étrangers dont la loi admet la liberté en cette matière. Ces juges ne devront pas moins considérer ce prêt comme irrégulier, les mêmes principes entraînent ici cette solution.²⁴⁷⁰

Comme en témoignent ces très nombreuses lois dites de crédit public, Pillet n'hésite pas à abriter, derrière la territorialité des lois d'ordre public, les solutions d'un certain nombre de conflits de lois que la méthode de Savigny aurait très bien pu résoudre sans recourir à l'expédient de l'ordre public. Le risque que courent les raisonnements de Pillet est d'étirer au maximum l'élasticité de la notion d'ordre public au point de réduire cette dernière à n'être qu'un paravent commode pour justifier des solutions très ouvertement territorialistes. Si toute loi territoriale est vouée à être

²⁴⁶⁸ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 209-210, pp. 409-413.

²⁴⁶⁹ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 211, p. 414.

²⁴⁷⁰ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 212, pp. 415-416.

qualifiée « d'ordre public », il devient dès lors difficile de discerner lesquelles de ces lois rentrent dans la catégorie des lois de police et lesquelles répondent à une logique différente. Ces exemples démontrent, en tout cas, que la pensée de Pillet, poussant au bout de ses retranchements logiques l'esprit de système, contribue fortement à nourrir la réflexion sur la place à accorder à ces lois d'ordre public ou de police.

3) Les lois sur l'exécution forcée

Si Pillet incline à considérer que les lois sur l'exécution forcée mériteraient de constituer une catégorie à part entière de lois d'ordre public, il reconnaît qu'elles touchent de très près au crédit public. Ces lois renvoient à l'une des missions fondamentales de l'Etat qui, « agissant en sa qualité de garant des droits privés individuels », pour reprendre l'expression de l'auteur des *Principes*, accepte de prêter le concours de la force publique à un particulier afin que celui-ci puisse obtenir satisfaction de son droit. Pillet s'explique sur ce point en ces termes :

197. ... Ces lois règlent la manière dont s'opérera l'intervention de l'État, lorsque, agissant en sa qualité de garant des droits privés individuels, il interposera son autorité pour assurer aux droits leur effet. Il y a exécution forcée seulement quand le titulaire d'un droit fait appel à la puissance publique pour obtenir la satisfaction qui lui est due et, par conséquent, tout ce qui concerne l'étendue des obligations, leur division entre les différents débiteurs, les charges dont sont tenus les débiteurs accessoires, etc., ne fait pas partie de cette classe. Elle comprend, au contraire, ce qui touche aux saisies, à la vente des biens placés sous la main de la justice, à la distribution des deniers en provenant. Ces lois règlent l'une des attributions de la puissance publique, elles forment une part considérable des lois de crédit public, il n'est pas douteux qu'elles soient d'ordre public et territorial.²⁴⁷¹

Le cas des lois relatives à l'exécution forcée est représentatif d'une démarche intellectuelle qui éprouve le besoin de prendre appui sur un ordre public entendu *lato sensu* pour justifier l'application de la *lex fori*, qui n'est qu'une, parmi d'autres, des modalités de la loi territoriale. Mais, à ne s'en tenir qu'à la logique de l'auteur, il ne fait aucun doute que, par la nécessité de recourir à la puissance publique, en sa qualité d'agent d'exécution des procédures judiciaires et par le simple fait de leur territorialité et de leur impérativité, pareilles lois ne peuvent être rangées que parmi les lois d'ordre public. De même, dans la mesure où il est admis que la seule loi qui puisse réclamer compétence en ce domaine est la *lex fori*, la question de sa détermination ne soulève aucune discussion : le seul ordre public concerné est celui du territoire du tribunal qui a rendu la décision.

E) Les lois commerciales.

Les lois commerciales ne constituent jamais une catégorie à part entière dans le panorama doctrinal que Pillet consacre aux lois d'ordre public : en effet, elles sont, le plus souvent, mêlées aux lois civiles d'ordre économique, avec lesquelles elles entretiennent des liens évidents. Les raisonnements et la logique qui guident Pillet dans l'analyse des questions de droit commercial sont donc les mêmes que ceux qui inspirent son étude des lois civiles touchant aux intérêts économiques. C'est, d'ailleurs, ce qu'il affirme explicitement dans son *Ordre public*, lorsque, enchaînant les lois commerciales aux lois civiles d'ordre économique, il prend une position

²⁴⁷¹ Antoine PILLET, *Principes*, *op. cit.*, § 197, p. 391.

doctrinale qui va à rebours de la jurisprudence française :

Nous serions porté à attribuer le même caractère aux lois concernant la constitution des sociétés commerciales et, par suite, à en étendre l'application aux sociétés étrangères. Il semble bien, en effet, que ce sont des précautions prises en vue de garantir le public contre les spéculations frauduleuses dont il peut être l'objet. Mais la jurisprudence française n'adopte pas cette manière de voir et décide que les lois dont il s'agit ne sont pas du domaine de l'ordre public et n'ont pas d'application aux sociétés étrangères.²⁴⁷²

La volonté d'assurer la protection des intérêts économiques français contre des sociétés constituées à l'étranger est proche de celle qui, déjà, inspirait le Parlement de Paris dans l'arrêt *Quicher* du 7 mai 1705. Mais, comme le relève à regret Pillet, cette finalité d'ordre public ne semble pas avoir convaincu les juridictions françaises, qui n'y ont pas vu matière à appliquer les lois françaises.

D'avantage encore, ce sont les faillites qui retiennent longuement l'attention de l'auteur des *Principes*. Celui-ci saisit l'occasion que lui offrent ses analyses sur les lois d'exécution forcée pour souligner les traits communs qu'elles partagent avec les faillites. En effet, pour des raisons identiques, parce qu'il s'agit d'assurer la bonne exécution des décisions de justice et de veiller aux intérêts des créanciers, c'est la loi territoriale qui doit s'appliquer :

197. ... La chose n'a jamais fait l'ombre d'un doute tant qu'il s'est agi d'apprécier les effets de la déconfiture ; pour la faillite elle suscite, comme on sait, de grandes difficultés. Par son universalité, la faillite a une tendance naturelle à l'unité. Elle ne remplit véritablement son but qu'autant qu'elle aboutit à mettre le patrimoine entier du failli sous la main des syndics et à faire payer au marc le franc la totalité de ses créanciers. Cette unité va de soi au point de vue national. Est-elle également possible dans les relations internationales ? Nous ne le pensons pas. La faillite est tout entière une procédure organisée pour aboutir à la détermination du passif du failli et à la réalisation de son patrimoine au profit de ses créanciers. C'est une procédure d'exécution, elle est, par conséquent, territoriale. Et cela est tout aussi vrai des dispositions accessoirement prises par le législateur que de l'objet direct de cette institution. Donc les pouvoirs des syndics, le dessaisissement, le concordat, les incapacités sont eux-mêmes territoriaux. Que ce résultat comporte quelques difficultés, cela est certain ; il n'est pas moins commandé par les principes les plus clairs du droit international privé.²⁴⁷³

Si les faillites internationales, par leur morcellement et les multiples procédures qui s'ensuivent, emportent un certain nombre de conflits entre les différentes lois territoriales, que la théorie des droits acquis devra se charger de résoudre, il n'en demeure pas moins que les lois sur la faillite, parce qu'elles sont exclusivement territoriales, peuvent être rangées, sans l'ombre d'un doute, parmi les « lois d'ordre public ». La position de Pillet ne surprend aucunement, puisque le juriste savoyard ne fait, au fond, que se conformer à la jurisprudence dominante en France à son époque. En effet, la Cour de cassation, notamment par l'intermédiaire de l'arrêt *Sammann* rendu le 20 mai 1878, et dont les motivations sont des plus explicites, considère que « la loi qui régit les faillites est une loi d'ordre public et de police du commerce, qui doit atteindre tous ceux qui habitent le territoire français »²⁴⁷⁴.

²⁴⁷² Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre III, p. 23, qui cite deux décisions à cette occasion : Cour d'appel d'Amiens, 13 juillet 1887, *Clunet*, 1888, p. 103 ; Tribunal de la Seine, 20 novembre 1888, *eod. loc.*, p. 818.

²⁴⁷³ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 197, pp. 391-393.

²⁴⁷⁴ Sur la jurisprudence relative aux faillites survenues en France, voir, *supra*, pp. 841-844.

F) Les lois fiscales.

Prolongeant son étude des lois qui entretiennent un rapport, direct ou non, avec l'intérêt public et avec les missions qui incombent à l'Etat, Pillet conclut sur une catégorie de lois dont la territorialité semble évidente, tant elle semble être l'expression des prérogatives de puissance publique : les lois fiscales. Cette catégorie aurait très bien pu, du reste, être rangée aux côtés des lois administratives et politiques dans un ensemble qui aurait regroupé le droit public de l'Etat :

197 bis. Nous rangerons dans la même catégorie, conformément à l'opinion commune, les lois fiscales. Nous avons expliqué plus haut en quoi consiste la territorialité des lois fiscales. Elle ne signifie pas du tout, comme on le croit généralement, que les étrangers payent nécessairement tous les impôts que payent les nationaux. Elle veut dire que, le principe une fois établi en vertu duquel les étrangers sont soumis à un impôt, toutes les règles concernant la fixation et le paiement de cet impôt s'appliquent à tous sans distinction de nationalité. Il y a là à la fois une mesure d'ordre et un principe d'égalité fort intelligibles.²⁴⁷⁵

Ainsi que le rappelle Pillet, et qu'il l'explique par ailleurs dans son ouvrage²⁴⁷⁶, la territorialité des lois fiscales ne doit pas s'entendre d'une obligation de contribuer aux charges publiques qui s'étendrait, par principe, à tous, nationaux comme étrangers, mais des modalités d'exercice du pouvoir de lever l'impôt. Le but social de ces lois ne réside pas dans une sujétion fiscale qui serait généralisée à tous ceux qui sont domiciliés sur le territoire – et, en l'occurrence, cela signifierait qu'il s'agit de véritables lois de police – mais dans la nécessité dans laquelle se trouve l'Etat d'accomplir sa mission de collecte des impôts et de garder la mainmise sur son propre droit fiscal. C'est en cela que de telles lois autorisent Pillet à conclure ainsi à leur endroit : « dans tous les cas, l'intérêt de l'État exige une loi générale, qui engendre un ordre applicable à tous. C'est là le véritable et seul fondement de la territorialité des lois de cette espèce »²⁴⁷⁷. Or, la difficulté que pose l'approche de Pillet est que la qualification de « lois d'ordre public » (qui sont, pour lui, l'exact synonyme de lois de police) finit, indistinctement, par désigner toutes les lois territoriales, quel que soit le chef de compétence législative qui justifie ce dernier caractère : la notion de loi de police, qui pourrait se trouver magnifiée par cette promotion apparente, s'en trouve irrémédiablement diluée dans un ensemble plus vaste qui lui fait perdre toute essence propre.

§ 3. Les lois de garantie sociale ou d'ordre public chez Antoine Pillet : leur portée internationale.

La portée, ou l'autorité, internationale des lois de garantie sociale ou d'ordre public, telles qu'elles sont conçues par Pillet suppose d'étudier de près le caractère « exceptionnel » qu'il attache à ces lois et qui ne se confond pas, nécessairement, avec le sens que donnent les personnalistes à ce qualificatif. Au sein d'une théorie qui met en balance territorialité et extraterritorialité, ces lois d'ordre public nourrissent-elles une règle de droit international à égalité avec les autres ou n'ont-elles valeur que d'exception ? Sont-elles, d'une manière ou d'une autre, un mécanisme d'éviction de la loi étrangère, quelque titre que celle-ci possède à s'appliquer ? Si leur valeur impérative et nécessaire est hors de doute, quel accueil doit-il leur être réservé par les ordres juridiques étrangers

²⁴⁷⁵ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 197 bis, p. 393.

²⁴⁷⁶ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 102-104, pp. 240-243.

²⁴⁷⁷ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 198 in fine, p. 394.

censés les accueillir ?

Dans son *Ordre public*, Pillet donne une représentation du fonctionnement des lois d'ordre public qui semble, en apparence, tout aussi bien convenir au mécanisme de l'exception d'ordre public qu'aux lois de police. Le caractère exceptionnel de l'ordre public est l'un des quatre grands traits que Pillet discerne dans cette règle de droit international privé²⁴⁷⁸. Mais, à l'examen, ledit caractère exceptionnel ne peut pas être interprété de la même manière que le comprennent, à la même époque, les auteurs personnalistes, qui, pour leur part, partent d'une véritable présomption de personnalité du droit pour réduire à la portion congrue le champ d'expression des lois de droit public et d'ordre public. Chez Pillet, les lois d'ordre public occupent un statut à part, tant du point de vue procédural que du fond du droit, qui les distingue du reste de la législation.

Par « caractère exceptionnel », Pillet n'entend pas mettre l'accent sur l'éviction d'une loi extraterritoriale qui aurait pour elle d'être personnelle ou d'être fondée sur l'autonomie des parties (vision personnaliste), ni sur l'éviction de la loi théoriquement désignée par la règle de conflit normalement compétente (conception savignienne ou conflictualiste). En effet, si le caractère exceptionnel suggère l'éviction d'une loi étrangère, c'est uniquement en raison d'exigences relatives aux intérêts supérieurs propres de l'Etat qui en fait usage et qui supplantent toute autre considération de droit international privé. Le caractère exceptionnel se comprend aussi bien de l'effet reconnu aux lois d'ordre public, par leur supériorité et leur impérativité exclusive, que de leur nature, puisque, par définition, ces lois n'existent que dans la mesure où il apparaît strictement nécessaire d'encadrer l'activité privée et la liberté des hommes dans les limites imposées par la conservation de l'Etat. Elles sont donc exceptionnelles par leur force et par leur nombre réduit à la stricte nécessité. Dès lors, Pillet s'efforce de dissiper toute équivoque, en ces termes, sur l'idée d'exception qui s'attache par tradition à ces lois :

Il convient de remarquer d'abord que l'idée d'ordre public a, en droit international, pour effet immédiat de suspendre l'application des principes ordinaires et de lui substituer, dans tous les cas, la territorialité du droit. L'ordre public est donc toujours la cause d'une exception, et cette exception, en vertu d'une règle connue, ne peut être interprétée que strictement. Les lois d'ordre public ne sont pas seulement exceptionnelles dans leur effet, elles le sont aussi lorsque l'on considère leur nature et leur rôle dans l'ensemble de la législation... Tant que l'on a pu soutenir que le droit était une concession gracieuse du souverain, on a pu penser aussi que la considération de l'ordre public était la base générale des droits individuels ; aujourd'hui où l'opinion contraire prévaut, la liberté humaine est la règle, et les limitations apportées à cette liberté, au nom de l'ordre public, ne se justifient qu'autant qu'elles sont réduites au strict nécessaire et confinées dans leur rôle d'exceptions. Il suit de là que l'on devra n'admettre comme lois d'ordre public que celles auxquelles il sera nécessaire d'attribuer ce caractère. En d'autres termes, il ne suffira pas qu'une loi soit conforme à l'ordre public, ou même propre à assurer son maintien, pour qu'elle soit réellement d'ordre public, il faudra qu'elle soit indispensable à cet ordre public, que l'absence de ses dispositions ait pour résultat de détruire l'ordre public... S'il est évident, d'une part, qu'une disposition légale essentielle au maintien de l'ordre public doit recevoir une application absolue, il n'est pas moins certain que donner le même effet à une loi qui n'offre pas ce caractère aboutit à léser sans nécessité les intérêts particuliers qui eussent été garantis par l'application des principes, c'est-à-dire à une injustice.²⁴⁷⁹

²⁴⁷⁸ Antoine PILLET, *De l'ordre public*, *op. cit.*, chapitre IV, p. 42 : « Nous avons acquis cette conviction que l'ordre public est à la fois exceptionnel, unique, national et actuel ». C'est l'étude approfondie des *Principes* qui permet d'y ajouter la généralité, l'impérativité et la territorialité.

²⁴⁷⁹ Antoine PILLET, *De l'ordre public*, *op. cit.*, chapitre II, pp. 17-18.

L'exception dans les effets se traduit de la manière suivante : « l'idée d'ordre public a, en droit international, pour effet immédiat de suspendre l'application des principes ordinaires et de lui substituer, dans tous les cas, la territorialité du droit ». Ainsi décrite, l'affirmation ne peut coïncider avec l'approche personnaliste, ni avec l'approche conflictualiste, mais elle préfigure avec justesse les caractères du mécanisme moderne des lois de police ou « d'application immédiate ». Parce qu'elle est la marque d'une territorialité souveraine, la loi d'ordre public s'impose à l'activité des particuliers et leur impose, sans contrepartie, une contrainte qui est justifiée par la conservation de l'Etat : c'est lorsque cet intérêt supérieur est menacé, et seulement, que la loi d'ordre public intervient. Le commerce juridique privé peut se dérouler librement jusqu'à ce qu'il heurte frontalement les intérêts nécessaires de l'Etat – la fameuse « garantie sociale » sans laquelle l'Etat ne pourrait protéger la société et les individus. Mais, même lorsque son intervention n'est envisagée qu'en cas de stricte nécessité, la « disposition légale essentielle au maintien de l'ordre public doit recevoir une application absolue ». L'exception par nature se traduit, précisément, par le fait que, à l'échelle de l'ensemble de la législation, ces lois d'ordre public sont réduites aux seules règles indispensables au bon fonctionnement de l'Etat et à la stabilité de la société.

L'une des conséquences qui se déduit de ce caractère exceptionnel tient à ce que les lois extraterritoriales et les lois territoriales doivent être placées sur un strict pied d'égalité du point de vue international, sans qu'aucune supériorité de principe ne soit reconnue à l'une ou à l'autre. Sur le plan interne, Pillet reconnaît sans difficulté qu'un Etat bien ordonné a plutôt avantage à promouvoir des lois qui visent l'utilité privée de ses citoyens qu'à multiplier les lois qui sont inspirées par l'intérêt du corps social, parce que le poids de la contrainte se ferait trop fort si l'Etat multipliait à outrance ce dernier type de lois. Mais, sur le plan international, il n'en va pas de même. En effet, comme l'affirment les *Principes*, les deux classes de lois doivent être considérées avec neutralité, ce qui interdit de les placer dans une même balance dont le plateau le plus bas serait le principe et le plateau le plus élevé l'exception :

181. Quelque étendu que soit le domaine du statut personnel, il faut remarquer qu'il ne jouit, dans les relations internationales, d'aucune prééminence sur le statut réel. L'un n'est pas, dans notre système, la règle, l'autre étant l'exception. Tous deux voient, en effet, leur compétence déterminée par une même idée fondamentale, cette idée que le but social d'une loi doit fournir la mesure de sa portée internationale d'application... Chacun des deux statuts constitue la règle dans son domaine... Les deux principes d'extraterritorialité et de territorialité, de personnalité et de réalité sont rigoureusement égaux l'un à l'autre : ils forment deux règles parallèles et non pas une règle et une exception.²⁴⁸⁰

Les lois d'ordre public sont donc un mécanisme de droit international qui vise à opposer à la loi étrangère la supériorité de l'ordre juridique national. D'une part, cette supériorité se manifeste par le fait que la loi territoriale réclame, pour elle-même, une compétence exclusive qui dénie toute faculté pour une quelconque loi étrangère à s'interposer dans la réalité du but social qui est le sien. D'autre part, elle se traduit par le fait de priver de sa compétence sur le territoire national une loi étrangère qui serait théoriquement applicable dès lors que le rapport de droit sur lequel elle prétend

²⁴⁸⁰ Antoine PILLET, *Principes*, *op. cit.*, § 181, pp. 385-386. Voir aussi *eod. loc.*, § 216, p. 423 : « Il y a parité complète entre la raison d'être de ces deux compétences diverses de lois et, par suite, l'on ne peut pas prétendre que l'une ait un caractère juridique international que l'autre ne posséderait pas. Même s'il fallait établir entre elles un ordre de primauté, la territorialité des lois d'ordre public devrait être classée en tête comme étant l'émanation de la fonction la plus importante de l'Etat ».

exercer son empire touche à un intérêt protégé par l'ordre public territorial. Leur intervention, dans l'un et l'autre cas, demeure exceptionnelle, mais elle n'en reste pas moins décisive.

Dans l'*Ordre public*, Pillet décrit longuement les conséquences qu'il convient de tirer de ce caractère exceptionnel et qui se révèlent tant sur le plan de la procédure que sur celui du fond du droit. La seule hypothèse qu'il prend, alors, en compte est celle de l'obstacle dressé par l'ordre public français à l'égard d'une loi étrangère compétente et non celle de la loi d'ordre public d'application immédiate et nécessaire. Ainsi, sur le plan procédural, il serait plus juste, selon lui, de dire qu'il s'agit d'un moyen en défense davantage que d'une exception :

Le moyen tiré de l'ordre public en vue de faire obstacle à l'application de la loi compétente ne constitue pas, quoique exceptionnel, ce qu'on appelle en procédure une exception. La partie qui l'invoque ne se borne pas à critiquer la forme de la demande de son adversaire : elle soutient que cette demande est mal fondée en droit, comme contraire au principe que les lois étrangères perdent toute compétence, lorsque leur application aboutirait à troubler l'ordre public.²⁴⁸¹

Sur le plan du fond du droit, le caractère exceptionnel aboutit à une interprétation stricte, qui encadre fortement les pouvoirs d'appréciation du juge en la matière :

Les exceptions sont et doivent être d'une interprétation stricte. Appliquant cette idée à notre matière, nous poserons la règle suivante : l'exception d'ordre public ne peut être utilement opposée qu'autant que l'application demandée de la loi étrangère aurait pour effet de mettre la force publique française au service d'un droit ou d'une situation juridique directement contraire à cet ordre public ; au-delà de ces termes, elle est inutile et par là même injuste. La loi française ne peut pas être considérée comme ayant eu l'intention d'étendre aux étrangers les institutions juridiques qu'elle a établies ; son seul soin doit être d'assurer l'ordre intérieur de l'État. Or, cet ordre qui consiste dans un certain état de fait ne peut être troublé que lorsque se produit un fait contraire à son maintien.²⁴⁸²

De fait, et comme en témoignent les exemples qu'il étudie par la suite, l'auteur construit son raisonnement en se conformant à la théorie des droits acquis, ce qui signifie qu'il accepte sans difficulté de faire jouer l'effet atténué de l'ordre public en faveur de situations valablement constituées à l'étranger, mais prohibées au sein de l'ordre intérieur français : la territorialité milite pour la reconnaissance du droit constitué en conformité avec le droit étranger. Mais il reconnaît sans difficulté que, si ce droit l'a été avec l'intention de frauder les dispositions du droit français, et si les effets que ce droit pourrait sortir en France menaçaient l'ordre public, le juge devrait rejeter la demande tendant à la reconnaissance de ce droit²⁴⁸³.

Dans ses deux ouvrages, Pillet approfondit la question de l'autorité internationale des lois d'ordre public, conséquence directe de leur territorialité. Du fait que chaque Etat détient une compétence exclusive pour légiférer sur les matières d'ordre public, le principe de réciprocité et de reconnaissance mutuelle des Nations, hérité du droit international public, impose la règle du respect universel de la territorialité des lois d'ordre public :

En matière d'ordre public, chaque État doit reconnaître aux autres sur leur territoire des droits égaux à ceux qu'il prétend exercer sur le sien. C'est ce que nous avons appelé... l'effet indirect,

²⁴⁸¹ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre IV, pp. 42-45, spéc. p. 42.

²⁴⁸² Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre IV, pp. 45-49, spéc. p. 46.

²⁴⁸³ *Eod. loc.*

l'effet réflexe de la territorialité des lois d'ordre public.²⁴⁸⁴

Les deux grandes règles qui découlent du principe de l'effet réflexe ne sont autres que les traductions concrètes du caractère national, qui ont déjà été évoquées plus haut et qui se retrouvent dans les *Principes*²⁴⁸⁵ :

1° La nullité d'un rapport de droit établi en violation des règles d'ordre public de la loi compétente²⁴⁸⁶ : pour Pillet, le juge doit chercher quelle est la loi d'ordre public qui a été ainsi méconnue et faire respecter ses dispositions en sanctionnant de nullité le rapport de droit litigieux. Cette loi peut être tout aussi bien sa propre loi qu'une loi étrangère, car l'effet réflexe de l'ordre public impose à un juge le respect des lois d'ordre public étrangères ;

2° La validité d'un rapport de droit établi en conformité avec les règles d'ordre public de la loi compétente²⁴⁸⁷ : pour Pillet, la théorie des droits acquis vient au soutien de la validité universelle du rapport de droit en question. Mais cela ne peut jamais être à l'encontre du droit exclusif de chaque ordre juridique d'accueillir ou de rejeter un droit même acquis selon la loi d'ordre public compétente : « à moins qu'il ne soit contraire à l'ordre public du pays où l'on prétend le faire valoir. Cette exception est nécessaire, car on ne peut obliger un État à respecter la légitime action des lois étrangères jusqu'au point de compromettre son propre ordre public ». En cette manière, le caractère national l'emportant sur le caractère international, l'ordre public, tel que conçu par Pillet, fonctionne sur deux degrés.

Dans la monographie qu'il consacre spécifiquement à la question, ainsi que dans son ouvrage fondamental sur les *Principes de droit international privé*, Antoine Pillet entreprend de regrouper, sous cet étendard de « lois de garantie sociale ou d'ordre public », un certain nombre de règles de compétence législative destinées à désigner le territoire dans lequel s'ancre le rapport de droit considéré. Cet enracinement dans le territoire se justifie par la prise en compte d'un but social qui, pour cette classe de lois, traduit l'intérêt de l'Etat concerné, un intérêt jugé prédominant par rapport aux autres ordres juridiques étatiques (éventuellement) sollicités par ce rapport de droit. Or, à ce territoire correspond un ordre public qui a pour lui d'être général, impératif, unique, national et actuel. En vertu de cette territorialité d'ordre public, Pillet se sent autorisé à assimiler complètement ce type de lois avec les lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er}, qui, en dépit de sa formulation qui semble restreinte aux lois administratives et pénales, doit nécessairement constituer le siège légal de ces dispositions impératives.

Antoine Pillet est partisan d'une territorialité ouverte. S'il voit bel et bien dans l'ordre public un mode d'éviction de la loi étrangère destiné à protéger la compétence exclusive ou prioritaire de la loi territoriale, il ne le considère pas, pour autant, comme un mécanisme destiné à opposer les prérogatives de droit public et d'ordre public de l'Etat à l'encontre d'une quelconque présomption de personnalité, ni même comme un procédé dérogatoire à l'action d'une règle de conflit. En réalité, l'ordre public, entendu comme but social, apparaît comme le fondement de la légitimité internationale d'une loi vis-à-vis de ses concurrentes, autorisant sa reconnaissance par les ordres juridiques à l'intérieur desquels elle est susceptible de produire ses effets, et, par voie de conséquence, comme le socle d'une pratique internationale reposant sur les droits acquis.

²⁴⁸⁴ Antoine PILLET, *De l'ordre public, op. cit.*, chapitre V, § II, pp. 82-94, spéc. p. 82.

²⁴⁸⁵ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 216-217, pp. 420-424.

²⁴⁸⁶ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 218, pp. 424-425.

²⁴⁸⁷ Antoine PILLET, *Principes, op. cit.*, § 219-220, pp. 425-426.

En pratique, derrière ces fameuses lois de garantie sociale ou d'ordre public, que Pillet soumet à examen sans prétendre à l'exhaustivité, se rassemblent un certain nombre de règles qui présentent toutes les traits communs discernés par l'auteur et qui revêtent la même portée internationale. Mais, dans cet impressionnant cortège de lois territoriales, il faut faire le départ entre deux types de règles : d'une part, les lois d'application impérative qui réclament, à l'exclusion de toute autre, et à raison du but social qui leur est assigné, un empire exclusif sur le rapport de droit considéré, et dont l'efficacité internationale repose dans l'ancrage dans le territoire d'un Etat donné ; d'autre part, les règles de conflit qui ont pour fonction de désigner l'ordre juridique compétent pour traiter d'un rapport de droit déterminé, à travers des critères de rattachement que Pillet recherche dans leur territorialité. Les premières ont seules vocation à être qualifiées de lois de police au sens strict : ainsi des lois administratives, pénales et fiscales, des lois sur l'organisation foncière, des lois de procédure et sur l'exécution forcée et la faillite, etc., dont on conçoit mal, en tout cas à l'époque, qu'elles puissent rencontrer de concurrence sur leur terrain d'application : elles sont liées trop intimement à l'Etat et à ses missions essentielles pour tolérer l'intrusion d'une souveraineté étrangère. En ce cas, la mise à l'écart de la loi étrangère n'est pas envisagée, parce que cette loi n'a, *a priori*, aucun titre à intervenir. Les secondes se rapprochent beaucoup plus des règles de conflit au sens moderne et elles ne supposent pas nécessairement l'application systématique de la *lex fori*. Diverses lois peuvent prétendre à en connaître. C'est en pareil cas que le critère de l'intérêt prépondérant et la « loi du moindre sacrifice » au bénéfice du souverain le plus intéressé doivent contribuer à guider le juge dans son office et à se prononcer sur la loi d'ordre public compétente. En ce cas, l'éviction des autres lois est inéluctable, suivant un modèle de pensée qui n'est guère éloigné de la moderne exception d'ordre public.

De la sorte, Antoine Pillet a puissamment œuvré à échafauder une véritable théorie de l'ordre public en droit international privé, que peu d'auteurs avaient réellement entreprise avant lui, même lorsqu'ils en avaient réuni les divers matériaux. Tirant ainsi profit de l'émulation suscitée par une notion redécouverte par la doctrine dans les années 1870 et des travaux qui lui ont été consacrés, le professeur parisien a été en mesure de dessiner les contours de ces lois de garantie sociale ou d'ordre public qui participent, tout à la fois, par leur nature et par leurs caractéristiques, des lois de police et de l'exception d'ordre public au sens moderne. Pillet les érige, dans son système, en une classe de lois à part entière et non en exception : leur caractère exceptionnel ne tient qu'à leur force qui se surimpose aux autres lois. En cela, elles sont les marqueurs ultimes du conflit de souverainetés qui est au cœur même de la doctrine de l'auteur.

C'est sans doute cette hybridité, telle qu'elle apparaît sous un regard moderne, et l'assimilation pure et simple des lois de police et de l'ordre public qui encouragent à voir, dans les idées de Pillet, une confusion pure et simple des deux notions. Mais cette hybridité est également porteuse d'éléments de réflexion et d'identification très prometteurs pour la doctrine ultérieure. L'écho très étouffé qu'ont pu rencontrer les thèses de Pillet au cours du XX^e siècle – à la notable exception de son élève Niboyet – explique sans doute que ses analyses n'ont pas su trouver, immédiatement, en tout cas, leur place entre le personnalisme déclinant et le conflictualisme émergent. Mais la thèse de Pillet est, sans doute, celle qui préfigure le mieux la réinterprétation des lois de police qui se manifeste au cours de la seconde moitié du siècle²⁴⁸⁸.

²⁴⁸⁸ Sur le rapprochement des idées de Pillet avec la conception moderne des lois de police, voir Phocion FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles des conflits de lois », *op. cit.*, pp.17-18. Voir aussi les développements consacrés à ces idées par Georges KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Paris, 1984, n°167-168, pp. 134-136.

Section 2^{ème}. La distinction entre l'exception d'ordre public et les lois de police : conflits de souverainetés et particularisme chez Etienne Bartin.

La distinction entre exception d'ordre public et lois de police, qui occupe une place cardinale dans l'œuvre d'Etienne Bartin, plonge ses racines dans le tome VIII du *Système de droit romain* de Friedrich-Karl von Savigny, dans lequel celui-ci traite des conflits de lois dans l'espace et dans le temps. Bartin, qui ne dissimule pas la dette qu'il a contractée envers Savigny, ne se contente pas de reprendre à son compte la méthode conflictualiste et de la transposer dans un cadre national, délimité par l'empire du droit civil français ; il en reprend également les exceptions. Le travail de l'éminent civiliste français consiste à détecter, à travers la jurisprudence française, les manifestations des deux classes de lois absolues, impératives et territoriales, par application de la loi du for, qui ont été mises en lumière, de manière concise, par Savigny. Il consiste également à enraciner ces deux mécanismes dans le droit légiféré français, en soutenant une lecture de l'article 3, alinéa 1^{er} qui permette de les abriter, ainsi que lui semblent avoir fait les tribunaux français. La différence entre le maître et l'héritier est ténue, mais elle est réelle : elle ne tient pas à l'exception d'ordre public, que l'un et l'autre conçoivent de façon similaire, mais aux lois de police, manifestation contemporaine, civiliste et, surtout, française de ces « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires » identifiées par Savigny. Les liens de filiation entre les deux mécanismes sont déjà profonds et complexes, mais, de surcroît, Bartin tente d'y ajuster sa doctrine en y agrégeant des règles qui traduisent l'empire de la loi locale (*lex loci*) et des règles qui ressortissent de l'empire de la loi territoriale (*lex rei sitae*). A l'inverse de Savigny, Bartin se refuse à y intégrer la *lex fori*, qu'il identifie, par excellence, à l'exception d'ordre public. C'est cette parenté complexe entre Savigny et Bartin et la reconstruction postérieure menée par le particulariste français à partir des matériaux légués par son aîné qui imposent d'étudier l'influence de Savigny (§ 1), avant de mesurer l'étendue et les limites de cette influence sur un disciple dont le respect qu'il témoigne envers son maître n'a d'égale que ses marques d'indépendance (§ 2).

§ 1. L'influence de Friedrich-Karl von Savigny sur Bartin : la distinction entre l'ordre public et les dispositions rigoureusement obligatoires.

La dette qu'a contractée Etienne Bartin à l'égard de Friedrich-Karl von Savigny (1779-1861) impose de vérifier si l'influence de ce dernier s'est étendue jusqu'à la prise en compte des institutions qui mettent en échec la communauté de droit et qui conservent, au détriment de cette dernière, leur caractère impératif. En effet, le chef de file de l'Ecole historique allemande est certainement, de tous les grands noms qu'a connus le XIX^e siècle dans le domaine du droit international privé, celui qui a traversé le mieux le temps, par l'autorité intellectuelle et le rayonnement de sa doctrine²⁴⁸⁹. De même, il est celui dont l'œuvre a connu la meilleure fortune et

²⁴⁸⁹ Sur la vie et l'œuvre de Savigny, même en se restreignant à son œuvre d'internationaliste, les écrits sont trop nombreux pour prétendre à une recension complète. Voir, entre autres, Max GUTZWILLER, *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des internationalen Privatrechts*, Fribourg, 1923 ; ID., « Le développement historique de droit international privé », *op. cit.*, spéc. pp. 352-364 ; Roeland D. KOLLEWIJN, « Quelques considérations à propos de la doctrine de Savigny », *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1968, n°15-3, pp. 237-258 ; Jean GAUDEMET, « Histoire et système dans la méthode de Savigny », *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, 1982, pp. 117-133 ; Gerhard KEGEL, « Story and Savigny », *American Journal of Comparative Law*, n°37-1, 1989, pp. 39-66 ; Reinhard ZIMMERMAN, « Savigny's legacy, legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science », *Law Quarterly Review*, n°112, 1996, pp.

la plus grande postérité²⁴⁹⁰, grâce, entre autres, à des relais privilégiés et autorisés comme Etienne Bartin. Or, ayant attaché son nom à une doctrine universaliste et internationaliste qui met en œuvre la méthode conflictuelle, Savigny réserve aux lois d'application impérative – c'est-à-dire à un mécanisme contraire aux présupposés de ses thèses – un traitement qui apporte un éclairage nouveau sur cette approche radicalement différente, ancrée dans le statutisme, dont il ne peut, malgré ses souhaits, nier l'existence positive. En effet, elle est, désormais, au XIX^e siècle, connue aussi bien en législation qu'en jurisprudence et en doctrine. Comment Savigny parvient-il à les intégrer dans l'économie de son système de solution de conflits de lois ? Et, par-delà, comment ses successeurs, Bartin en tête, envisagent-ils, sur ce point, l'héritage de leur prestigieux aîné ?

La doctrine de Savigny est tout entière contenue dans le huitième et dernier volume de son *Système de droit romain contemporain*, dont la parution s'étale de 1840 à 1849, même si elle doit se lire au regard de l'ensemble de son œuvre et de l'évolution de sa pensée²⁴⁹¹. Elle présente cette singularité, qui la distingue nettement des autres auteurs du XIX^e siècle, de postuler l'existence d'une « communauté de droit » entre toutes les Nations, qui fait fi de toute considération tenant à la souveraineté, sous l'égide d'un *jus commune* qui, pour le célèbre auteur de l'*Histoire du droit romain au Moyen Âge* (1815-1831), ne peut être que le droit romain de Justinien. Dans l'optique de Savigny, le mouvement de l'Histoire tend à une amélioration continue de la condition des étrangers qui commande une participation toujours plus intensive de ceux-ci à la vie juridique locale. Cette participation, pour être effective, ne doit pas prendre la forme d'une application indifférenciée de la loi du for, « le droit rigoureux de souveraineté », comme il le dit en une allusion transparente au *rigor juris* des Hollandais, à chaque rapport juridique dans lequel serait impliqué l'étranger²⁴⁹². Au contraire, une véritable réciprocité entre le domicilié (puisque la tradition romaniste raisonne en fonction du domicile et non de la nationalité) et l'étranger suppose que, sur un territoire considéré,

576-605 ; Pierre GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga des conflits de lois », *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, p. 343-354, spéc. II, pp. 349-356. Pour deux études approfondies des idées et de la méthode de l'auteur, voir Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, *op. cit.*, pp. 47-66, et Bertrand ANCEL, *Eléments*, *op. cit.*, pp. 473-495.

²⁴⁹⁰ Jean-Louis HALPERIN, « Les interactions au XIX^e siècle entre doctrine allemande et doctrine française en matière de droit international privé », in Jean-François KERVEGAN et Heinz MOHNHAUPT (dir.), *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich / Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, 3^{ème} colloque franco-allemand, La Bussière / Dijon 16-18 septembre 1999, Francfort, 2001, pp. 211-229, relève, pour la période qui court de Foelix à Pillet, un « faible intérêt pour la discussion des thèses de Savigny » de la part de la doctrine française, qui ferait plutôt preuve d'une « admiration à la fois lointaine et critique à l'égard du théoricien allemand ». Seuls Despagnet et Lainé, beaucoup plus directement influencés par Savigny, feraient exception. Il faut surtout insister sur le fait que l'œuvre de Savigny, mal connue jusque dans les années 1880 et jusqu'alors mentionnée par de rares références, commence à être véritablement relayée – sans doute par l'intermédiaire de son élève von Bar, voire de Brocher – à partir de cette décennie, lorsque la doctrine française se constitue en un corps d'enseignants désireux de pénétrer les arcanes de cette toute nouvelle discipline universitaire. Elle est alors en concurrence avec d'autres écoles de pensées (le statutisme traditionnel et, plus encore, le personnalisme italien) qui semblent alors mieux correspondre aux particularités du droit français des conflits, notamment par une meilleure adéquation avec l'article 3 du Code civil. Les idées de Savigny ne commencent, au plus tôt, à exercer une influence réelle qu'à partir des années 1890, à travers les travaux de Despagnet et de Lainé. Paradoxalement, l'article de Jean-Louis Halpérin ne fait pas état de l'influence du maître de Berlin sur Etienne BARTIN, qui, pourtant, s'en réclame dès ses *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899, lorsque, reproduisant un article sur les « dispositions d'ordre public » paru en 1897, il affirme : « On sait, du reste, que c'est toujours aux doctrines de Savigny qu'il faut en revenir quand on s'occupe du conflit des lois. Il a si profondément fouillé le sol et creusé le sillon qu'il ne reste guère aux jurisconsultes modernes qu'à suivre docilement les indications dont son œuvre est pleine » (p. 235).

²⁴⁹¹ Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Charles Guenoux, 2nde édition, tome VIII, Paris, 1860, réédité à Paris en 2002. Le titre original est *System des heutigen Römischen Rechts*, dont le tome VIII est paru à Berlin, en 1849 (édition également consultée).

²⁴⁹² Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, tome VIII, § CCCXLVIII, pp. 27-34, spéc. p. 29. Ce paragraphe met en avant les vertus de la communauté de droit par rapport à la souveraineté/territorialité de Huber et de Story, à qui l'auteur se réfère directement.

l'un comme l'autre soient traités à égalité : tous deux peuvent être, en fonction du rapport de droit qui se noue entre eux, légitimement soumis à une loi autre que celle du for. Le juge du for a à sa disposition, en plus de sa propre loi, un éventail de lois parmi lesquelles il choisit celle qui lui semble la plus habilitée à s'appliquer au rapport de droit. L'égalité et la réciprocité ouvrent ainsi la voie à la bilatéralité de la règle de conflit. Par voie de conséquence, l'idée d'un droit des conflits qui serait, *in fine*, un conflit de souverainetés ou, en tout cas, un conflit entre législateurs, si souvent prisée tout au long du XIX^e siècle, s'efface complètement au profit d'une conception qui y voit le conflit de purs intérêts privés, qui portent en eux des ordres juridiques différents ayant une égale vocation à s'appliquer.

Le système de Savigny se distingue également par la méthode de règlement des conflits qu'il élabore et qui consiste à « déterminer pour chaque rapport de droit le domaine de droit auquel ce rapport appartient de sa nature »²⁴⁹³. Il convient donc de localiser le siège de ce rapport de droit, de rattacher, par l'analyse des faits qui constituent ce rapport, à un ordre juridique donné. C'est ainsi, par exemple, que la situation matérielle de l'immeuble commande de faire application de la loi la plus apte à régir les droits qui s'y attachent, la *lex rei sitae*. C'est l'assise territoriale qui constitue, en ce cas, le critère de rattachement. Savigny développe également, dans cette même perspective, l'idée d'une soumission volontaire du sujet de droit à la loi ainsi désignée : celle-ci s'applique à lui parce qu'il l'a choisie, ou est présumé, par son attitude, l'avoir choisie et non parce que la loi s'impose à lui.

Pourtant, en dépit du souci de Savigny d'orienter le conflit de lois vers un arbitrage des intérêts privés et de déposséder la souveraineté des Etats de tout droit de regard à ce sujet, le juriste prussien est conscient qu'il existe des rapports de droit qui échappent à la règle, qui font exception, en ce que la loi s'en empare, abstraction faite de toute idée de soumission volontaire de la part des individus, et que son chef de compétence existe de lui-même. Ces règles, de surcroît, sont autant de môles de résistance à la communauté de droit et à l'idée d'équivalence des législations applicables. Elles sont ainsi une marque très caractéristique du territorialisme et de l'existence des droits nationaux, qui font échec au *jus commune* cher à Savigny. L'Histoire, qui lui semble tant favoriser la communauté de droit, lui rappelle aussi qu'il n'est pas envisageable de faire totalement abstraction des puissances étatiques et de leurs prérogatives de souveraineté, lorsque le droit civil vient se mêler à l'intérêt public.

C'est donc en contrepoint de sa théorie générale sur le conflit de lois que doit s'interpréter la logique inhérente à ces mécanismes profondément dérogoratoires à la règle de conflit. Ils se situent en rupture avec la communauté de droit et, donc, en dehors du fonctionnement normal du conflit. Savigny s'efforce de les condenser en deux classes de règles exceptionnelles et les introduit de la manière suivante :

Il y a plusieurs espèces de lois dont la nature spéciale n'admet pas [l']indépendance de la communauté de droit entre différents Etats. En présence de ces lois, le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l'application du droit étranger. De là, résulte une série d'exceptions très importantes, dont la détermination rigoureuse est peut-être la partie la plus difficile du problème que nous avons à résoudre...

Je vais essayer de ramener toutes ces exceptions à deux classes principales :

A) Lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires, par là même, n'admettant pas cette liberté d'appréciation qui n'a pas d'égard aux limites de divers Etats.

²⁴⁹³ Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain, op. cit.*, tome VIII, § CCCLX, p. 109. Il faudrait, peut-être plus exactement, parler « d'ordre juridique » plutôt que de « domaine de droit ».

B) Institutions d'un Etat étranger dont l'existence n'est pas reconnue par le nôtre, et qui, par conséquent, n'y peuvent prétendre à la protection des tribunaux.²⁴⁹⁴

Si ces exceptions ne semblent pas occuper une part très grande dans l'ensemble de la réflexion de Savigny, il convient de relever que ce dernier reconnaît lui-même qu'elles sont « très importantes » et suffisamment nombreuses pour que leur « détermination rigoureuse » s'avère des plus malaisées. Il appelle, d'ailleurs, à un travail théorique en vue d'« assigner à ces exceptions leur véritable caractère et leurs véritables limites ». Ses propres efforts l'ont conduit à détecter deux classes de lois, où ranger ces diverses règles (§ 349) : les lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires (A) et les institutions d'un Etat étranger dont l'existence n'est pas reconnue dans l'Etat du for (B).

A) Les lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires.

Pour permettre de cerner au mieux les critères distinctifs de ces lois, dans ce fameux § 349 qui fait immédiatement suite au § 348 dans lequel il marquait ses distances avec la souveraineté/territorialité de Huber, Savigny commence par déclarer qu'il ne faut pas se contenter du seul caractère absolu d'une loi pour en déduire qu'elle se range, *de facto*, parmi les cas de figure exceptionnels, à savoir parmi les exceptions à la règle de conflit : le véritable critère réside, selon lui, dans la recherche de l'intention du législateur lorsqu'il édicte une loi absolue pour délimiter son champ d'application. Dans la mesure où le législateur déclare rarement de manière explicite et formelle qu'il entend faire de cette loi une loi positive et obligatoire, il faut donc ajouter au critère de l'absoluité un second critère tenant aux motifs de la loi. D'où la distinction fondamentale que Savigny met en avant et qui a, sans doute, inspiré Mancini dans sa division des lois impératives entre lois de droit privé nécessaire et lois de droit public ou d'ordre public²⁴⁹⁵, mais, plus encore, Brocher dans sa division entre ordre public interne et ordre public international²⁴⁹⁶ :

1) La « classe de lois absolues dont le seul motif, le seul but est de garantir par des règles certaines l'exercice des droits, et qui, dès lors, sont faites uniquement dans l'intérêt des personnes titulaires des droits »²⁴⁹⁷.

2) La classe de lois absolues qui sont fondées sur l'intérêt de la société, qui constituent ces lois d'une nature positivement rigoureusement obligatoires, et que Savigny théorise de la manière suivante :

Une autre classe des lois absolues a, au contraire, son motif et son but en dehors du domaine du droit conçu abstractivement²⁴⁹⁸, de sorte qu'elles ne sont pas uniquement faites dans l'intérêt des personnes titulaires des droits. Les lois de cette classe peuvent avoir pour base un motif moral ; tel

²⁴⁹⁴ Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain, op. cit.*, tome VIII, § CCCXLIX, pp. 34-35.

²⁴⁹⁵ Sur cette division de Mancini, voir, *supra*, pp. 855-862.

²⁴⁹⁶ Sur cette division de Charles-Antoine Brocher, voir, *supra*, p. 853, note 2200. Frantz DESPAGNET, « L'ordre public en droit international privé », *Clunet*, 1889, pp. 5-16 et pp. 207-222, spéc. III, p. 210, effectue le même constat, en citant ce passage : « De Savigny... avec sa profonde sagacité juridique, nous a donné le premier et l'idée et le critérium de cette distinction entre l'ordre public propre aux nationaux et l'ordre public opposable aux étrangers eux-mêmes ».

²⁴⁹⁷ *Eod. loc.*, pp. 37-38.

²⁴⁹⁸ *Contra rationem juris* : voir Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, tome I^{er}, Paris, 1855, § 16, note p, pp. 54-63 (note de l'auteur). Dans ce paragraphe, Savigny traite, à partir des concepts romains, des distinctions entre droit absolu ou impératif (celui qui repose sur l'intérêt de l'Etat, c'est-à-dire la *publica utilitas*, ou sur les bonnes mœurs) et droit supplétif, entre droit normal et droit anomal. Celui-ci va *contra rationem juris* et est souvent qualifié de *jus singulare*, par opposition au *jus commune*.

(*sic*) est la loi qui prohibe la polygamie. Elles peuvent être dictées par un motif d'intérêt général (*publica utilitas*), soit qu'elles revêtent un caractère politique, de police ou d'économie politique. Telles sont plusieurs lois qui restreignent l'acquisition de la propriété foncière par les Juifs.²⁴⁹⁹

Parce qu'elles répondent à l'intérêt d'une société donnée, ces lois présentent une singularité par rapport aux autres lois et répondent à un intérêt supérieur qui est si intimement lié à la complexion même de l'Etat considéré, que cet intérêt les exclut, d'autorité, de la communauté de droit, ce qui signifie clairement l'expression « en dehors du domaine de droit conçu abstractivement ». Elles sont donc le marqueur de l'identité propre à l'Etat, qui est seul prescripteur et seul exécutant sur son territoire. En plus d'être impératives, ces lois sont strictement territoriales : comme l'ajoute Savigny, « par rapport à leur application, chaque Etat doit être considéré comme absolument isolé »²⁵⁰⁰.

La communauté de droit est, en l'espèce, mise en échec parce que les lois dont il ne s'agit ne se préoccupent pas uniquement des intérêts privés qui constituent le cœur de cette communauté : elles mettent en jeu un intérêt public, qui peut être soit moral, soit relatif à la *publica utilitas*. Ces dispositions impératives se déploient bel et bien dans le champ du droit privé et, en cela, ne peuvent pas être confondues avec des normes de droit public²⁵⁰¹ ou de droit pénal, qui, par définition, n'appartiennent pas à la communauté de droit. Mais elles traduisent la volonté du législateur de surimposer à des règles de droit privé un caractère d'ordre moral ou d'ordre public (« politique, de police ou d'économie politique ») qui exclut, de fait, toute réciprocité. L'application de la loi étant exclusive et péremptoire, l'égalité, ici, est une égalité de contrainte.

Les exemples que fournit Savigny de ces lois sont éloquentes à cet égard :

a) La loi qui prohibe la polygamie, à laquelle Savigny donne un caractère absolu, parce que le caractère immoral qui s'attache à cette forme d'union – si contraire à une communauté de droit placée sous les auspices des valeurs chrétiennes – heurte trop frontalement la société du for pour qu'un mariage de ce genre, contracté à l'étranger, puisse être même pris en considération par les tribunaux du pays. Au moins au regard de ce pays, l'union, fût-elle valablement contractée sous l'empire d'une loi personnelle qui en offre la faculté, perd tout titre à sortir des effets juridiques et est sévèrement censurée :

Ainsi, dans un pays où la polygamie est défendue, les tribunaux doivent refuser leur protection au mariage de l'étranger fait selon les lois de son pays qui autorisent la polygamie.²⁵⁰²

L'intransigeance de la solution préconisée par Savigny est à rapprocher de la position adoptée ultérieurement par certains juristes, notamment les personalistes, qui n'hésiteront pas à faire jouer l'effet atténué de l'ordre public en faveur des mariages polygamiques. La divergence de solutions traduit aussi une différence de raisonnement au sujet du mécanisme mis en œuvre.

b) La loi qui interdit l'acquisition de la propriété foncière aux Juifs, qui illustre également la mise en échec de la règle de conflit, des « principes généraux sur la collision » au profit d'une solution discrétionnaire :

²⁴⁹⁹ Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain, op. cit.*, tome VIII, § CCCXLIX, p. 38.

²⁵⁰⁰ *Eod. loc.*

²⁵⁰¹ Sur ce point, Mancini, en rangeant dans une classe de lois les « lois de droit public et d'ordre public », s'est séparé de Savigny. Mais le juriste italien réfléchit et agit en statisticien, tandis que le jurisconsulte prussien raisonne en conflictualiste, en articulant sa pensée autour de la communauté de droit.

²⁵⁰² Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain, op. cit.*, tome VIII, § CCCXLIX, pp. 38-39.

Si nos lois interdisent aux Juifs l'acquisition de la propriété foncière, nos juges doivent interdire cette acquisition, non seulement aux Juifs de notre pays, mais encore aux Juifs des États étrangers où cette interdiction n'existe pas, bien que, d'après les principes généraux sur la collision, la capacité personnelle du droit et la capacité d'agir soient déterminées par les lois du domicile de la personne. Mais, réciproquement, l'État étranger dont les lois permettent aux Juifs l'acquisition de la propriété foncière, permettra cette acquisition aux Juifs de notre pays, sans égard à la loi prohibitive de leur domicile personnel.²⁵⁰³

L'exemple souligne le caractère exceptionnel, et destiné à le demeurer, d'une telle décision : non seulement celle-ci va à l'encontre du fonctionnement normal de la règle de conflit (rappelée dans l'extrait), mais elle s'enferme dans les limites du territoire. Ce double caractère exceptionnel et territorial explique donc que les étrangers comme les nationaux y soient assujettis sans discrimination. De fait, si les étrangers pouvaient, du fait de leur statut personnel, y échapper, par exemple, la loi manquerait le but que lui a assigné le législateur et l'ordre juridique local s'en trouverait perturbé. De même, cet exemple paraît souffrir, à première vue, du fait que cette prohibition ne s'adresse, en réalité, qu'à une partie de la population bien précise, mais il n'en garde pas moins son caractère « de police », dans le sens où les champs d'application personnel et territorial sont bien délimités dans le contenu même de la loi prohibitive.

La réciprocité dont il est question dans cet extrait n'est pas de celles qui favorisent le libre développement du commerce juridique privé et la circulation des lois entre les pays, mais c'est une réciprocité de contrainte. Puisque « chaque État doit être considéré comme absolument isolé », cela signifie que chacun d'entre eux est souverain pour déterminer les qualités personnelles requises pour accéder à la propriété foncière. Il est bien admis pour tous les États que les lois de police n'ont aucune vocation à être appliquées dans un autre État au titre de la réciprocité.

L'exemple est aussi instructif dans la mesure où il fait suite à un exemple qui portait sur une question relative au statut personnel (la capacité matrimoniale) : en l'espèce, il s'agit de capacité réelle. Dans l'un et l'autre cas, le caractère territorial l'emporte immédiatement – c'est-à-dire sans médiation de la règle de conflit – sur le caractère extraterritorial et personnel. Mais, dans le cas de la capacité réelle, Savigny accepte sans difficulté que certains des ressortissants étrangers puissent accéder à une capacité que leur loi personnelle (celle de leur domicile) leur refuse. À l'inverse, dans le cas de la capacité matrimoniale, il ne dit rien de l'éventuelle faculté offerte à un étranger auquel son statut personnel interdit tout mariage polygamique de se rendre dans un pays qui autorise ce genre d'union pour obtenir le bénéfice d'un droit qui lui est, ordinairement, refusé. Jusqu'à quel point faut-il considérer, alors, que chaque État doit être considéré comme absolument isolé ? Et jusqu'à quel point est-il possible de méconnaître le statut personnel de chacun ?

L'idée de souveraineté territoriale exclusive n'est pas nouvelle : Savigny ne fait, sur ce point, que s'inscrire dans une continuité historique qui, dans son dernier état, avait investi les statuts prohibitifs de l'Ancien droit de la force nouvelle qu'injectait les thèses souverainistes aux conflits de lois. Il a également pu être encouragé, en ce sens, par l'exemple de son contemporain wurtembergeois Carl Georg Wächter, qui, quelques années auparavant, dans une série d'articles parus dans l'*Archiv für die Civilistische Praxis*²⁵⁰⁴, avait mis en valeur le rôle de ces lois territoriales

²⁵⁰³ *Eod. loc.*, p. 39. Comparer avec la position de Vareilles-Sommières sur le même sujet, *supra*, pp. 919-920.

²⁵⁰⁴ Carl Georg VON WÄCHTER (1797-1880), juriste originaire du Wurtemberg et professeur à l'Université de Tübingen, est l'auteur d'une série d'articles intitulée « Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten » et parue à l'*Archiv für die Civilistische Praxis*, n°24, 1841, pp. 230-311, puis n°25, 1842, pp. 1-60, 161-200, 361-419. Juriste positiviste, il est partisan d'une application de principe de la *lex fori*, mais certains éléments de sa doctrine annoncent les idées de Savigny, qui se réfère fréquemment à lui. Les références aux *leges cogentes* se trouvent dans l'article de 1841, §

dont le caractère d'obligation absolue supposait une application rigoureuse, exclusive de toute concurrence de la part d'une loi étrangère, qu'il avait qualifiées de *leges cogentes*.

Un peu plus loin, dans son *Traité*, Savigny revient sur ces questions à propos de « l'état de la personne en soi (capacité du droit et capacité d'agir) », au § 365²⁵⁰⁵, lorsqu'il entreprend de poser les limites que doit souffrir la règle de conflit qui désigne le droit local du domicile en la matière. A son sens, ces limites ne sont que des cas exceptionnels qui n'altèrent pas la force du principe et, parmi ces limites, il compte, précisément, les lois positives d'une nature positivement obligatoire, qu'il évoquait au § 349 :

Quand une loi concernant l'état des personnes (la capacité du droit ou la capacité d'agir) est une de ces lois absolues qui, vu leur nature anormale, ne rentrent pas dans les limites de la communauté du droit entre États indépendants, ce n'est plus le droit local de la personne que le juge doit appliquer, mais bien le droit de son propre pays. J'ai posé plus haut (§ 349) ce principe avec ses développements...²⁵⁰⁶

Savigny se propose, précisément, d'énumérer quelques-unes des applications de ce mécanisme dans le domaine de l'état et la capacité des personnes :

- 1) La polygamie, déjà évoquée, à propos de laquelle il apporte une précision importante, à savoir le devoir fait au juge d'appliquer la loi du for²⁵⁰⁷ ;
- 2) L'individu frappé d'hérésie, au regard d'un pays qui regarde comme « immorale » cette incapacité, qui perd sa macule dès lors qu'il participe de la vie juridique d'un pays qui ne reconnaît pas cette hérésie ou, *a fortiori*, fait de cette hérésie sa religion d'Etat :

2) Si un individu, privé dans sa patrie de la capacité du droit comme hérétique, acquiert des droits ou fait des actes juridiques dans un pays qui repousse comme immorale cette espèce d'incapacité, ou même a pour religion la doctrine qualifiée ailleurs d'hérésie, le juge de ce pays doit alors appliquer son droit national, et non celui du domicile de cet individu^{2508,2509}

- 3) La mainmorte qui frappe les établissements ecclésiastiques, toujours soumise à la loi du for territorial, que celle-ci restreigne la capacité à acquérir ou qu'elle l'accroisse :

10, pp. 266-267, et dans le dernier article de 1842, § 29, pp. 397-399. Dans le même sens, voir Frantz DESPAGNET, « L'ordre public... », *op. cit.*, II, pp. 16-17. Sur Wächter, voir Kurt NADELMANN, « Wächter's Essay on the collision of private laws of different states », *American Journal of Comparative Law*, 1964, n°13, pp. 414-417 et Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, *op. cit.*, pp. 43-45.

²⁵⁰⁵ *Eod. loc.*, § CCCLXV, pp. 159-167, spéc. pp. 159-162.

²⁵⁰⁶ *Eod. loc.*, p. 159.

²⁵⁰⁷ *Eod. loc.*, pp. 159-160 : « 1) Dans les pays où la polygamie est établie, un homme marié peut contracter plusieurs mariages subséquents ; mais le juge d'un État chrétien refuse à de pareils actes la protection de la loi ; et, ainsi, il applique à cette espèce de capacité non pas le droit du domicile de la personne, mais celui de son propre pays ».

²⁵⁰⁸ Johann Nikolaus HERT, *Dissertatio juridica de collisione legum quam divina favente clementia sub Praesidio viri nobilissimi atque excellentissimi Dn Job. Nicolai Hertii*, Giessen, 1688, section IV, § VIII, p. 27 (note de l'auteur). Le passage visé est le suivant : *Illud quoque concedimus, si nota illa adversetur publico alterius civitatis juri, merito in ea non attendi v. g. si alibi declaretur haereticus qui Protestantium religioni est addictus ; talis enim lex merito apud nos insuper haberetur. Atque haec satis plana jam videntur* (« Nous admettons aussi que, si cet attribut s'oppose au droit public d'un autre Etat, à bon droit, il faut l'y négliger, par exemple, si on est déclaré hérétique parce qu'on est engagé dans la religion des Protestants ; c'est à juste titre que, chez nous, une telle loi serait ignorée. Et ceci semble assez clair », traduction Bertrand ANCEL, *Eléments*, *op. cit.*, p. 392). La dissertation de Hert, originaire du Landgraviat de Hesse-Darmstadt, datant de 1688, il est plus que probable que l'Edit de Fontainebleau de 1685 soit demeuré en sa mémoire.

²⁵⁰⁹ Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, tome VIII, § CCCLXV, p. 160.

3) Quand les lois d'un pays restreignent la capacité d'acquérir des établissements ecclésiastiques (biens de main morte), les établissements ecclésiastiques des pays étrangers sont atteints par ces restrictions. Réciproquement, les établissements ecclésiastiques d'un État où existent ces restrictions n'y sont pas soumis dans les États où ces lois restrictives n'existent pas. Ainsi, dans les deux cas, la capacité d'agir se juge, non d'après le droit du lieu où ces établissements ont leur siège, mais d'après le droit de l'État dont dépend le juge appelé à prononcer.²⁵¹⁰

4) et 5) L'incapacité réelle immobilière qui frappe les Juifs d'un pays, et qui, pour cette raison, ne les suit pas en pays étranger²⁵¹¹. Ce cas de figure, déjà évoqué au § 349, est complété par un exemple plus concret, qui porte, cette fois, sur une restriction de capacité à acquérir une créance :

De même, une loi française bien connue ne permet aux juifs de quelques départements de l'est (dont une partie a été plus tard réunie à l'Allemagne) d'acquérir des créances, que sous des conditions restrictives très rigoureuses. Dans ces départements, cette loi oblige tous les juifs nationaux ou étrangers ; les juifs nationaux n'y sont pas soumis dans les autres États. Ici, donc, il n'est nullement question du droit local du domicile.²⁵¹²

Savigny fait, en l'espèce, référence au décret du 17 mars 1808, en son article 4, qui durcissait considérablement la condition du Juif créancier en encadrant avec la plus grande rigueur les modalités suivant lesquelles il pouvait réclamer sa dette à l'égard d'un non-Juif, dans le but, essentiellement, de combattre les pratiques usuraires. Cet article 4 a été étendu aux Juifs étrangers par l'arrêt *Schwendt* de la Cour de cassation, qui, le 10 mai 1813, l'a placé au rang de la loi de police et de sûreté²⁵¹³.

Le trait commun à ces dispositions des plus diverses est de constituer une dérogation à la règle de conflit ordinaire qui, en matière de capacité, désigne la loi du domicile, loi personnelle selon Savigny, et de préempter la compétence. En effet, une disposition de cette sorte s'applique à titre de loi de police et c'est bien en des termes qui ne souffrent pas d'incertitude que s'exprime l'auteur, lorsqu'il s'exprime au sujet de la capacité réelle : « sans doute, cette règle souffre une exception quand la capacité d'acquérir se trouve restreinte par une loi rigoureusement obligatoire, comme celles qui ont le caractère d'une loi de police (*einen polizeilichen Charakter*). De semblables lois s'appliquent à toutes les choses situées dans les pays qui obéissent au législateur, et l'on n'a point à s'occuper du droit du domicile de la personne qui veut acquérir (§ 365) »²⁵¹⁴. Ces lois ont donc le pouvoir de s'imposer au rapport de droit qui, en principe, devrait se rattacher au domicile de l'individu, par le biais de la soumission volontaire.

Les lois positives rigoureusement obligatoires ont tout autant vocation à intervenir dans le domaine du droit des obligations. De la même manière que pour l'état et la capacité des personnes,

²⁵¹⁰ *Eod. loc.*, pp. 160-161.

²⁵¹¹ *Eod. loc.* Cet exemple est le quatrième de l'édition originale.

²⁵¹² *Eod. loc.* Cet exemple est le cinquième de l'édition originale.

²⁵¹³ Sur l'arrêt *Schwendt*, voir, *supra*, pp. 840-841. Savigny cite, à propos de cet exemple, l'autorité de Wächter, mais surtout de Jean-Jacques-Gaspard FOELIX, *Traité de droit international privé*, 2^e édition, Paris, 1847, n°100, p. 147, où ce dernier envisage ce cas de figure comme une exception à la règle de conflit subordonnant la validité d'un contrat, dans sa substance comme dans ses formalités intrinsèques, à la loi du lieu où il a été passé. Parmi les exceptions, il y a celle qui intervient au cours du procès, comme moyen en défense, et qui se fonde sur la loi du for : « par suite de la même exception, les tribunaux français ont appliqué avec raison le décret impérial du 17 mars 1808 aux créances des Juifs étrangers. En effet, ce décret opposait une défense aux réclamations des Juifs, dans le but de garantir les régnicoles de la fraude usuraire ». Foelix fait directement référence, en note, à l'arrêt *Schwendt*.

²⁵¹⁴ Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain, op. cit.*, tome VIII, § CCCLXVII, p. 181.

elles mettent à mal l'idée de soumission volontaire du sujet à la loi désignée par la règle de conflit. L'intervention de cette exception peut être résumée de la manière la plus générale en ces termes :

La règle établie plus haut (p. 267), que la validité d'une obligation se juge d'après la loi du lieu auquel l'obligation est soumise en général, doit être limitée par une exception importante. En effet, quand la validité d'une obligation se trouve en contradiction avec une loi positive rigoureusement obligatoire, ce n'est plus le droit local de l'obligation que l'on applique, mais bien celui du lieu où est intentée l'action, celui du juge appelé à prononcer²⁵¹⁵.

Cette exception n'est qu'une simple conséquence d'un principe très général sur l'autorité des lois rigoureusement obligatoires (§ 349-372. A). Elle s'applique positivement et négativement, c'est-à-dire que le juge est tenu d'obéir à la loi rigoureusement obligatoire de son pays, lors même qu'elle n'existerait pas dans le lieu siège de l'obligation ; et lors même qu'elle serait en vigueur au siège de l'obligation, il ne doit pas lui obéir, si elle n'est pas la loi de son pays.

Cette exception s'applique également aux contrats et aux délits.²⁵¹⁶

Les obligations contractuelles offrent un exemple achevé de la théorie de la soumission volontaire : le siège du rapport de droit dépend de la volonté des parties et, par là, celles-ci sont présumées se soumettre à la loi (au droit local) qui a cours au lieu qu'elles ont choisi pour siège de ce rapport. Mais, pour Savigny, ce droit local « cesse d'être applicable, quand il se trouve en contradiction avec une loi rigoureusement obligatoire établie dans le lieu où siège le juge appelé à prononcer (§ 349) ; car les lois de cette nature ne laissent aucune influence à la volonté libre des parties »²⁵¹⁷. Cette règle, qu'il réaffirme lorsqu'il aborde la question des conditions de validité relatives au fond du contrat²⁵¹⁸, semble lui avoir été inspirée par son contemporain Carl Georg von Wächter.

Savigny, après avoir exposé le principe de manière générale, décline quelques cas de figure qui rentrent dans le cadre de l'application d'une loi rigoureusement obligatoire :

1) La prohibition de l'usure, qui démontre la force et les limites de l'idée de soumission volontaire :

Parmi les contrats de cette espèce il faut ranger ceux prohibés par les lois sur l'usure. Ainsi, quand on réclame devant un juge des intérêts que n'admet pas la loi de son pays, le juge doit rejeter la demande, lors même que cette loi sur l'usure n'existerait pas dans le lieu siège de l'obligation. Car le sens d'une loi semblable est que tous les tribunaux placés sous son empire doivent refuser leur protection au contrat usuaire (*sic*), comme immoral et contraire à l'intérêt public. Réciproquement, dans un pays où cette stipulation d'intérêts n'est pas défendue par la loi, le juge devra accueillir la demande sans égard à la prohibition qui peut exister ailleurs, par exemple, au siège de l'obligation. Cette proposition négative n'est pas seulement une conséquence logique de la proposition positive qui précède, elle se fonde en outre sur le motif suivant. L'application d'un droit local déterminé à une obligation repose principalement sur une présomption de soumission volontaire ; or, comment supposer la soumission volontaire à une loi qui n'admet pas la validité de l'obligation (§ 372, C.) ?²⁵¹⁹

2) Les dettes de jeu²⁵²⁰ ;

3) La *lex Anastasiana*, relative aux créances acquises au-dessous de leur valeur nominale²⁵²¹ ;

²⁵¹⁵ « C'est aussi l'opinion de Carl Georg VON WÄCHTER », in « Ueber die Collision... », *op. cit.*, 1842, n°25, pp. 361-41, spéc. pp. 389-405 (note de l'auteur).

²⁵¹⁶ *Eod. loc.*, § CCCLXXIV, pp. 272-273.

²⁵¹⁷ *Eod. loc.*, § CCCLXXII, p. 246.

²⁵¹⁸ *Eod. loc.*, § CCCLXXIV, p. 266.

²⁵¹⁹ Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain, op. cit.*, tome VIII, § CCCLXXIV, p. 273.

²⁵²⁰ *Eod. loc.*, pp. 273-274 : « Ce que je viens de dire des intérêts usuraires s'applique également aux dettes de jeu, quand elles sont reconnues par une loi et rejetées par une autre. La validité de l'obligation se juge exclusivement d'après la loi du lieu où l'action est intentée ».

4) « La loi française sur les créances des juifs contre les chrétiens », qui se réfère à l'article 4 du décret du 17 mars 1808, que Savigny préfère interpréter comme une loi de police qui impose une restriction de capacité imposée à certains créanciers, français comme étrangers, plutôt que comme une loi de police protectrice des débiteurs français²⁵²².

Savigny a, pour ce type d'obligations, traité les lois rigoureusement obligatoires comme autant d'exceptions particulières venant perturber, au nom de l'intérêt général, le fonctionnement de la règle de conflit. Quoique l'exception soit également valable pour les obligations délictuelles, l'analyse ne peut être la même, car, en ce domaine, la théorie de la soumission volontaire est tenue en échec. Pour Savigny, la responsabilité délictuelle ne peut s'expliquer par l'idée de volonté : il en déduit donc que cette question de droit constitue purement et simplement une exception générale à l'application de la loi du lieu du siège de l'obligation qui serait désigné par le choix d'un individu ou des parties. Cette exception générale s'explique, tout simplement, par l'idée concurrente de soumission forcée. Savigny s'explique sur cette soumission forcée dans l'étude qu'il consacre aux juridictions spéciales de l'obligation :

Le *forum delicti* ne se fonde pas sur une présomption de soumission volontaire... La compétence du *forum delicti* n'est subordonnée ni au domicile, ni à aucune circonstance extérieure autre que la perpétration même du délit. Cette juridiction a donc une nature toute particulière ; car elle ne repose pas sur une soumission volontaire, mais sur une soumission forcée, conséquence immédiate de la violation du droit, dont le délinquant s'est rendu coupable.²⁵²³

La commission de l'infraction a pour effet immédiat et automatique de soumettre son auteur au *forum delicti*. Dans le même esprit, il n'est guère difficile de situer le lieu dans lequel se situe la juridiction compétente :

Les lois et la pratique ne laissent aucun doute sur la compétence de la juridiction dans le lieu où le délit a été commis, bien que cette juridiction n'ait pas le même fondement que celle des autres obligations (§ 371, C). Quant au droit local, la règle est différente.²⁵²⁴

Savigny estime que la question des délits ne ressortit pas de la règle commune, mais qu'elle appartient à un régime juridique différent et indépendant de toute règle de conflit. Il en va ainsi de la loi applicable et c'est pourquoi il place celle-ci au rang d'exception :

L'application de cette exception aux obligations résultant des délits est tout à fait générale, car les lois qui punissent les délits sont toujours au nombre des lois positives rigoureusement obligatoires.

²⁵²¹ *Eod. loc.*, p. 274 : « Il en est de même pour la *lex Anastasiana*, relative aux créances achetées au-dessous de leur valeur nominale. Cette loi repose sur la supposition que ces ventes peuvent devenir pour le débiteur une cause de dangers et d'oppression ; elle cherche à les empêcher comme immorales et contraires à l'intérêt général, en ordonnant que l'acquéreur d'une semblable créance ne pourra réclamer que le prix réel de la vente. Cette loi est applicable ou non applicable, suivant qu'elle existe ou qu'elle n'existe pas dans le lieu où l'action est intentée : le droit du lieu de l'obligation primitive, ou du lieu de la cession, n'a ici aucune influence ». La *lex Anastasiana* renvoie à deux constitutions de l'empereur Anastase, présentes dans le Code Justinien et complétées par celui-ci (C. 4.35.22, *Per diversas*, et C. 4.35.23, *Anastasio*), qui se veulent protectrices des débiteurs en cas de cession de créance : elles sont à l'origine des articles 1699-1701 du Code civil. Sur ces constitutions, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n°709, p. 1011.

²⁵²² *Eod. loc.*, p. 274 : « La loi française sur les créances des juifs contre les chrétiens semble devoir trouver place ici ; mais, en réalité, elle appartient plutôt à la question de la capacité d'agir, et j'en ai parlé à ce sujet (§ 365, A., n°5). Le résultat pratique est le même dans les deux cas ».

²⁵²³ *Eod. loc.*, § CCCLXXI, p. 237.

²⁵²⁴ *Eod. loc.*, § CCCLXXIII, p. 258.

Ces obligations se jugent donc d'après la loi du lieu où s'exercent les poursuites, non d'après la loi du lieu où a été commis le délit. Ici, de même que pour les contrats, le principe vaut comme positif et comme négatif, c'est-à-dire pour ou contre l'application d'une loi qui admet une obligation fondée sur un délit.²⁵²⁵

Cette manière de présenter la solution n'est pas sans poser difficulté. Savigny, qui veut voir dans les lois sur la responsabilité délictuelle de véritables lois de police, soumet les obligations de ce type à la loi du for, de préférence à la loi du lieu de commission du délit. Il ne s'est, pourtant, pas privé de relever plus tôt, dans son *Traité*, que la juridiction compétente devait être celle du lieu où le délit a été commis : si elle applique sa propre loi, la solution sera la même, quel que soit le chef de compétence – loi de police ou *lex loci delicti* – qu'elle retient. Certes, cette compétence, pour principale qu'elle soit, n'est pas nécessairement exclusive et, au cas où une autre juridiction serait saisie, la différence ferait sens. Mais, alors, pourquoi parler, à ce sujet, de « loi positive rigoureusement obligatoire » ? En effet, lui-même reconnaît que ce genre de lois a un titre spécial et supérieur à s'appliquer parce qu'il répond à un intérêt général, qu'il soit moral ou d'*utilitas publica*, propre à une société donnée et que, pour cette raison, elle est strictement territoriale. Si un autre tribunal que celui du lieu de commission de l'infraction est saisi (par exemple, le tribunal du domicile du défendeur²⁵²⁶), faut-il considérer qu'il a un intérêt supérieur à ce dernier à ce que le trouble causé par l'atteinte à l'ordre public soit réparé par ses lois, plutôt que par celles du lieu où le trouble se ressent le plus vivement ?²⁵²⁷

L'auteur s'efforce d'appuyer son point de vue par un fameux exemple tiré du droit français et qui rentre parfaitement dans le cadre des lois de police tel que l'a défini la science juridique française à l'époque :

C'est surtout à propos des obligations résultant de la cohabitation hors mariage que la question a été controversée. Pour la mettre dans tout son jour, je prendrai comme point de départ la disposition absolue contenue dans l'art. 340 du code civil français : « La recherche de la paternité est interdite ». Cette loi repose évidemment sur la conviction que toute action judiciaire motivée par la cohabitation hors mariage doit être interdite, dans l'intérêt des bonnes mœurs²⁵²⁸ : d'autres législations reposent sur la conviction contraire. Nous avons donc ici, de part et d'autre, une loi positive, rigoureusement obligatoire. Si, maintenant, une action de ce genre est portée devant un tribunal soumis à la loi française, elle doit être rejetée, lors même que le fait allégué de la cohabitation aurait eu lieu dans un pays dont la loi admet et protège cette action. Réciproquement, les tribunaux d'un semblable pays devraient accueillir la demande, lors même que la cohabitation aurait eu lieu dans un pays régi par le droit français.²⁵²⁹

Si l'on fait abstraction du fait que l'établissement de la filiation naturelle et, partant, l'interdiction de la recherche de paternité rentrent plus naturellement dans la catégorie du statut personnel de l'enfant, Savigny a parfaitement raison, à en juger par l'attitude des tribunaux français,

²⁵²⁵ *Eod. loc.*, § CCCLXXIV, pp. 274-275.

²⁵²⁶ *Eod. loc.*, § CCCLXXI, pp. 237-238.

²⁵²⁷ Savigny lui-même ne se dissimule pas le déséquilibre que cela risque de créer entre les parties du point de vue procédural, en favorisant le *forum-* et *law-shopping* de la part du demandeur : *eod. loc.*, § CCCLXXIV, pp. 276-277 : « Des principes que je viens d'établir, il résulte que, dans les cas où il existe des lois rigoureusement obligatoires, un grand pouvoir se trouve fréquemment attribué au demandeur ; car, étant souvent libre de choisir entre plusieurs juridictions également compétentes, il peut, par cela même, déterminer entre plusieurs droits locaux celui qui sera applicable. Cela est une conséquence nécessaire de la nature particulière des lois de cette espèce ».

²⁵²⁸ « La défense absolue de toute procédure adressée au juge ne laisse aucun doute sur l'esprit de la loi française » (note de l'auteur).

²⁵²⁹ *Eod. loc.*, § CCCLXXIV, p. 275.

de considérer que l'article 340 du Code civil français est une loi positive rigoureusement obligatoire ou une loi de police, car cet article suffit à faire barrage à toute loi ou toute décision étrangère²⁵³⁰. Mais son raisonnement tend à justifier l'application de cette loi en tant que *lex fori* et cela suppose de devoir traiter le « fait allégué de la cohabitation » comme le fait générateur d'un délit. C'est pour mieux lui opposer la loi du for qu'il s'efforce de travestir la loi étrangère en la loi du lieu de survenance du délit.

Savigny s'abstient d'argumenter son point de vue, préférant l'affirmation brute à la démonstration. Il ne se résout pas à relier *lex loci delicti* et loi rigoureusement obligatoire, dans un cas de figure où l'identification des deux se justifierait. En effet, la première, à la différence de la seconde, suppose de localiser le siège de l'obligation. Or, chez Savigny, l'opération intellectuelle de localisation s'adosse à la soumission volontaire, qu'il refuse, par exception, à la matière délictuelle, pour laquelle il recourt à l'artifice de la soumission forcée, qu'il n'estime pas nécessaire de justifier. En résumé, le choix de la *lex fori* le dispense d'approfondir son raisonnement là où celui de la *lex loci delicti* l'aurait forcé à le faire, le plaçant alors en situation délicate. Au fond, ce *Deus ex machina* révèle autant la solution à laquelle veut parvenir l'auteur que l'artifice qui l'y a conduit.

Le problème que rencontre Savigny vis-à-vis des délits tient à ce qu'il estime que la volonté des individus n'a pas à entrer en ligne de compte en la matière. Pour cette raison, il a préféré ignorer une longue tradition qui, depuis Saint Augustin et les canonistes médiévaux jusqu'au XIX^e siècle, en passant par Dumoulin, a plaidé pour la soumission de l'étranger présent sur le territoire à la *lex loci delicti* en raison de la sujétion volontaire qu'il avait contractée à l'égard des lois pénales qui y ont cours. En effet, l'acte de volonté se matérialise par le franchissement de la frontière et l'acceptation tacite des règles de droit qui y ont cours : la vieille maxime augustiniennne, réécrite par Boullenois, ne dit pas autre chose²⁵³¹. Quoi qu'en dise, de manière quelque peu évasive, Savigny²⁵³², la parenté entre le droit pénal et le droit civil des délits a forgé une règle de conflit qu'il semble difficile de renverser.

L'idée de soumission volontaire à la *lex loci delicti* est, précisément, au cœur même de la rédaction de l'article 3, alinéa 1^{er}, comme l'a rappelé à suffisance Portalis en réputant l'étranger présent sur le territoire « sujet casuel » des lois publiques et pénales de l'Etat. Les juridictions françaises du premier XIX^e siècle n'ont jamais hésité à faire usage de l'alinéa 1^{er} sur les lois de police en matière de responsabilité civile, dès lors qu'elles parvenaient à détecter un fait générateur survenu sur le territoire français²⁵³³. C'est ce lien que n'a pas su, ou voulu faire Savigny. Lui qui conçoit ces lois rigoureusement obligatoires comme de vraies lois de police, il se refuse, paradoxalement, à y inclure la responsabilité civile, quand sa définition l'y porte toute entière.

Le *Traité* contient de nombreuses autres occurrences de ces lois rigoureusement obligatoires, en matière successorale²⁵³⁴ ou encore en matière familiale, dans laquelle les

²⁵³⁰ Sur la jurisprudence relative à l'article 340, voir, *supra*, pp. 821-823.

²⁵³¹ *Intrasti urbem, ambula juxta ritum ejus* : sur cette maxime de Boullenois, voir, *supra*, p. 448.

²⁵³² *Eod. loc.*, § CCCLXXIV, p. 276 : « le droit pénal, comme partie intégrante du droit public, appelle des considérations qui sont étrangères aux obligations résultant des délits ».

²⁵³³ Sur la jurisprudence française en matière de délits, voir, *supra*, pp. 803-807.

²⁵³⁴ Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain, op. cit.*, tome VIII, § CCCLXXVI, pp. 302-303 (loi réservant l'exclusivité de l'entière succession immobilière au bénéfice de l'aîné ou du cadet, afin de maintenir dans le pays une classe de paysans fortunés) ; § CCCLXXVII, p. 308 (loi étrangère prohibitive des substitutions ; nullité de la clause testamentaire qui grève de substitution un bien situé dans ce pays étranger) et p. 309 (interdiction de recueillir une succession pour cause de mort civile ou d'hérésie ou encore restriction de l'acquisition de biens mainmortables).

considérations morales entrent souvent en considération²⁵³⁵, qu'il ne semble pas nécessaire d'exposer en détail présentement, tant elles ne font que confirmer les orientations définies par Savigny dans sa définition du mécanisme.

Si l'apport théorique de Savigny se résume, de son propre aveu, à quelques indications générales sur ces lois positives d'une nature rigoureusement obligatoires, il n'en demeure pas moins fécond en potentialités qu'il appartiendra à ses successeurs, à son invitation, de développer et d'approfondir. S'il est évident, pour qui adopte une perspective conflictualiste, qu'il demeure le premier auteur à avoir eu prescience de ces fameuses lois de police ou d'application immédiate que la doctrine du XX^e siècle se chargera de décrire et d'étudier, il faut se garder de croire qu'il les a créées *ex nihilo*. Le mécanisme est, indéniablement, d'essence statutiste et il est, aux yeux de Savigny, la part irréductible de réglementation du conflit de lois qu'il est obligé de laisser à la souveraineté/territorialité de Huber et de Story²⁵³⁶. Il est plus que certain qu'une étude comparée des législations européennes, qui ne sont pas si nombreuses lorsqu'il publie son tome VIII en 1849, démarche qui s'impose pour un partisan de la communauté de droit, l'a suffisamment instruit de la présence, dans ces corps de législation rédigés par des juristes moins soucieux d'universalisme qu'il ne l'est, de dispositions internationalement impératives. Alors, quitte à devoir accepter l'inéluctable, autant reléguer ces dispositions au rang d'exception au système de la communauté de droit²⁵³⁷. En fin de compte, en intégrant ces règles législatives qui procèdent du même esprit que l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil français ou qui se modèlent sur lui, Savigny ressuscite la vénérable figure

²⁵³⁵ *Eod. loc.*, § CCCLXXIX, p. 322 (caractère absolu des empêchements à mariage établis par la loi du domicile du mari), p. 330 (loi imposant le régime dotal comme régime matrimonial exclusif), pp. 330-331 (prohibition des donations entre époux), et p. 333 (divorce) ; § CCCLXXXI, pp. 352-353 (obligation de respecter le caractère religieux de la célébration du mariage).

²⁵³⁶ La lecture conjointe des paragraphes 348 et 349 du *Traité* ne laisse aucun doute sur cette inspiration statutiste.

²⁵³⁷ La rédaction unilatéraliste de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, et des dispositions jumelles qui figurent dans les Codes d'inspiration française, atteste amplement de l'existence de telles dispositions, et du chef de compétence spécial, qu'elles réclament. Pour ne s'en tenir qu'aux législations civiles en vigueur en Europe et ailleurs en 1849, date de rédaction du *Traité* de Savigny, et sans prétendre à une recension exhaustive, la lettre des articles parle d'elle-même :

- Article 3, alinéa 1^{er} des Codes civils belge, luxembourgeois, polonais, du Grand-Duché de Bade, du Grand-Duché de Berg, de la principauté de Monaco, de Genève et du Jura Bernois puis de Saint-Domingue (1845) : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

- Article 2, alinéa 1^{er} du Code civil du canton de Vaud, 1821 : même rédaction.

- Article 2 du Code civil du Canton du Valais, 1842-1855 : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire du Canton ».

- Article 3, alinéa 1^{er} du Code civil français, déporté à l'article 8 de la loi sur les dispositions générales de la législation du Royaume des Pays-Bas par la loi du 15 mai 1829 : « Les lois pénales et les ordonnances de police obligent tous ceux qui se trouvent dans le territoire du royaume ».

- Article 5 du Code des Deux-Siciles, lois civiles, 1819 : « Les lois obligent tous ceux qui habitent le territoire du royaume, qu'ils soient citoyens ou étrangers domiciliés ou de passage ».

- Article 12 du Code civil du Royaume de Sardaigne (Code Albertin), 1837-1838 : « Les lois de police et de sûreté publique obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

- Article 5 du Code civil de la République de Haïti, 1825 : « Les lois de police et de sûreté sont obligatoires pour tous ceux qui habitent le territoire de la République ».

Sur la question de l'exportation du Code civil français, et, par-delà, de l'exportation du modèle juridique français en Europe et dans le monde, qui a suscité de très nombreux travaux récemment, voir, en guise de synthèse, outre les études spéciales figurant au tome second du *Livre du centenaire du Code civil, op. cit.*, pp. 581-1123, Jean BART, « Le Code Napoléon, un code à vocation européenne », in Jean-Philippe DUNAND et Bénédicte WINIGER, *Le code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004*, Bruxelles, 2005 ; Michel GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, n°107, 2003, pp. 80-96 et Jean-Louis HALPERIN, *Le Code civil*, Paris, 2003, pp. 127-137. Sur le cas méconnu de Saint-Domingue, voir Bertrand ANCEL, « Une histoire commune peu commune : le droit international privé en France et en République dominicaine », *Revue critique*, 2017, n°3, pp. 373-380.

des statuts prohibitifs en cours dans l’Ancien Droit. Mais il fait bien davantage : il offre une interprétation des « lois de police et de sûreté » qui est appelée à exercer une forte impression sur la doctrine ultérieure.

B) Les institutions d’un Etat étranger dont l’existence n’est pas reconnue dans l’Etat du for.

La seconde restriction que doit souffrir la règle de conflit intervient au moment de sa mise en œuvre par le juge du for. Si Savigny la range parmi les lois à caractère absolu, elle est davantage une réaction de l’ordre juridique local qu’une classe de lois qui s’imposerait du seul fait de sa compétence suprême. L’auteur ne prend pas le soin d’en livrer une définition théorique et préfère recourir à des mises en situation concrètes pour éclairer l’idée qu’il entend mettre en avant :

Le juge d'un État qui ne connaît pas la mort civile de la législation française ou russe n'appliquera pas l'incapacité du droit résultant de la mort civile encourue en France ou en Russie, quoique, d'après les règles générales sur la collision, la capacité personnelle des individus soit déterminée par le droit de leur domicile. De même, dans un pays où l'esclavage est inconnu, le nègre esclave qui y réside ne sera pas privé de la capacité du droit²⁵³⁸. Pour ce dernier cas, les deux points de vue que je viens d'exposer conduisent au même résultat. L'esclavage, comme institution de droit, n'est pas reconnu chez nous, et, d'après nos idées, il y a immoralité à traiter un homme comme une chose. Ce premier motif est applicable au cas de la mort civile que je citais tout à l'heure, mais non le second, car la mort civile n'est pas plus immorale que toute autre peine très rigoureuse.²⁵³⁹

Le premier de ces deux exemples porte sur l’institution de la mort civile, qui, au moins pour le droit français, est encore en vigueur dans le Code civil, qui traite, des articles 22 à 33, de la privation des droits civils consécutive à des condamnations judiciaires. Bien qu’elle soit partie intégrante du statut de la personne, cette *capitis deminutio* ne la suit pas lorsqu’elle se rend dans un Etat étranger qui ignore, non parce qu’elle est contraire à la morale publique de cet Etat, mais parce que les agents de l’Etat étranger ne peuvent prêter leur concours à l’exécution d’une peine qu’ils ne connaissent pas sur leur territoire²⁵⁴⁰. Le second de ces exemples répond à un schéma similaire, à la différence que, dans ce cas, non seulement l’institution de l’esclavage est inconnue de l’ordre juridique local, mais que, de surcroît, elle en heurte directement les valeurs. Ces exemples et leur fonctionnement suffisent amplement à en révéler le mécanisme : ces institutions, parce qu’elles ne sont pas partagées par tous les systèmes juridiques, échappent par nature à la communauté de droit et elles ne sont donc pas à la disposition du juge d’un Etat qui ne les reconnaîtrait pas. Ce juge, au contraire, ne fera pas droit à cette institution, normalement applicable en vertu de la règle de conflit, pour cette raison que son application aboutirait à des résultats qui choqueraient les valeurs auxquelles son ordre juridique est attaché. C’est donc pour des raisons de morale publique, « d’ordre public » que cette institution exorbitante doit se confiner au territoire de son législateur, au moins à l’égard des Etats qui ne partagent pas le même système de valeur.

Si les lois positives rigoureusement obligatoires trouvent leur ascendance historique dans les statuts prohibitifs, le rejet qui frappe les institutions d’un Etat étranger qui ne sont pas

²⁵³⁸ « Carl Georg VON WÄCHTER, « Ueber die Collision... », *op. cit.*, n°25, 1842, § 22, p. 172 ; Wilhelm SCHÄFFNER, *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, Francfort, 1841, § 34, pp. 45-46 » (note de l’auteur). Sur Schäffner (1815-1897), voir Jean-Louis HALPERIN, *Nationalisme juridique*, *op. cit.*, pp. 41-43.

²⁵³⁹ Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, tome VIII, § CCCXLIX, pp. 39-40.

²⁵⁴⁰ Sur la mort civile en droit français, voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, § 46, pp. 61-62, et Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, § 204, pp. 249-251.

susceptibles d'être reconnues dans l'Etat du for (et qui, sans leur retirer leur compétence de principe, dévitalise leurs effets au regard de l'Etat d'accueil) rapproche cette idée des statuts exorbitants du droit commun et encourage même – par le jugement de valeur qui peut être, à l'occasion, porté sur elles – à les qualifier de statuts odieux. En l'espèce, l'institution en cause n'est pas directement prohibée par l'ordre juridique du for, auquel cas l'interdiction se rangerait plus volontiers dans les lois positives rigoureusement obligatoires : elle lui est tout simplement étrangère, parce qu'elle rompt avec la communauté de droit. Mais, de manière peut-être encore plus prépondérante que les concepts bartoliens, c'est l'héritage de Huber et de Story qui s'est avéré déterminant pour Savigny. En effet, celui-ci semble appliquer à la lettre la fameuse clause d'exception d'ordre public qui se trouve à la fin du troisième axiome de Huber : « sous la réserve que ni les autres Etats, ni leurs sujets n'en subissent aucune atteinte dans leur pouvoir et dans leur droit » (*quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur*)²⁵⁴¹, tout comme il semble avoir médité les réflexions de Story sur l'impossibilité faite aux Etats chrétiens d'accepter de reconnaître des effets de droit à la polygamie ou sur l'impossibilité d'accorder les Etats sur la question de l'esclavage²⁵⁴². A l'image de Bartole quelques siècles plus tôt, Savigny n'hésite pas à se montrer conflictualiste et, fût-ce comme à regret et de manière exceptionnelle, statutiste.

Au moment de conclure sur ces deux mécanismes de souveraineté/territorialité, Savigny relève que : « malgré les différences extérieures qui existent entre les classes des lois absolues [qu'il vient] d'énumérer, elles ont toutes ce caractère commun d'anomalie, que, pour la collision des droits locaux, elles échappent à cette communauté de droit, en général si désirable ». Mais ce n'est pas le seul trait commun que se partagent ces deux mécanismes : dans un cas comme dans l'autre, elles conduisent à l'application de la loi du for, l'un par application immédiate et impérative, l'autre par substitution à la loi normalement applicable. Le premier mécanisme est directement à l'origine des lois de police contemporaines, tandis que le second, lui, préfigure la future exception d'ordre public, ce caractère dérogatoire étant également détecté, de leur côté, par les auteurs personnalistes.

Si Savigny n'a fait, en ce domaine, que développer les éléments de réflexion qu'il avait recueillis auprès de Huber et de Story, son rôle n'en est pas moins décisif et ses mérites n'en sont pas moins considérables. Dans la mesure où il est l'inspirateur de la méthode conflictualiste moderne, Savigny a également contribué à faire passer ces deux mécanismes statutistes à la postérité. L'un des interprètes les plus autorisés de Savigny, Etienne Bartin, ne s'est pas trompé sur l'apport du grand juriste sur ce point. A propos des lois positives rigoureusement obligatoires, Bartin estime, en effet, que le juge ne doit appliquer au rapport de droit, en vertu du jeu de la règle de conflit, la législation étrangère et écarter sa propre législation que pour « autant que les dispositions de sa propre législation sur ce point ne sont pas des dispositions rigoureusement obligatoires : c'est l'expression même dont Savigny se sert, sans la définir autrement, mais il est visible qu'elle répond aux mêmes hypothèses auxquelles répond, en un certain sens, l'expression de dispositions de police de l'article 3, ou encore l'expression, plus usitée aujourd'hui, d'ordre public international. Ces dispositions rigoureusement obligatoires s'imposent territorialement au juge saisi, même si les règles de conflit que Savigny défend conduisaient à soumettre à une autre législation le rapport litigieux »²⁵⁴³. Les mérites de l'interprète ne sont pas moindres, plaçant ses pas

²⁵⁴¹ Sur le troisième axiome de Huber, voir, *supra*, pp. 293-323, spéc. pp. 293-296.

²⁵⁴² Joseph STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 1^{ère} édition, Boston, 1834, § 25, pp. 25-27 (réprobation de la polygamie), et § 27, pp. 28-29 (exemple de l'esclavage).

²⁵⁴³ Etienne BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, tome 1^{er}, pp. 163-164.

dans ceux du maître, il va s'évertuer à affiner encore davantage l'analyse, en distinguant lois de police et ordre public international. C'est, donc, à lui qu'il appartient d'acclimater les théories de Savigny au contexte français, d'achever la systématisation de ces règles exceptionnelles, d'en définir le champ d'application et de les passer au tamis de la jurisprudence.

§ 2. Le particularisme d'Etienne Bartin : le conflictualisme au prisme du conflit de souverainetés et la relecture de la distinction entre loi de police/ordre public.

Le magistère intellectuel et la force d'argumentation associée à une pensée des plus rigoureuses ont fortement contribué à installer Etienne Bartin (1860-1948) comme la figure majeure du droit international privé français du XX^e siècle et comme un acteur essentiel de la reconnaissance de la méthode conflictualiste par la pratique et la doctrine juridiques françaises²⁵⁴⁴. Professeur agrégé en 1887, il débute sa carrière à Alger jusqu'en 1889, date à laquelle il est nommé à Lille, où il entre de plain-pied dans le droit international privé, qu'il enseigne pendant quatre ans. En 1893, il passe à Lyon pour y tenir les chaires de procédure civile et de droit civil : c'est durant sa période lyonnaise que paraissent ses premiers articles en droit international privé. En 1901, il arrive à Paris, où il assure des cours de législation civile comparée et de droit romain, avant d'occuper, pendant vingt ans, la prestigieuse chaire de droit civil. Absorbé par ses travaux de civiliste, il ne revient au droit international privé qu'à partir de 1926, lorsqu'il succède à Antoine Pillet à la chaire de droit international privé, qu'il tient jusqu'à son départ en retraite en 1931. Etienne Bartin s'est bâti cette autorité grâce à trois ouvrages d'envergure qui constituent encore, à ce jour, des références fondamentales dans l'étude du droit international privé : les *Etudes de droit international privé*, de 1899, qui regroupent trois articles retentissants sur les qualifications, le renvoi et l'ordre public parus dans plusieurs revues juridiques les années précédentes²⁵⁴⁵, puis, en 1907, les *Etudes sur les effets internationaux des jugements*²⁵⁴⁶ ; enfin, après une longue interruption causée par son retour au droit civil, la synthèse de sa pensée en la matière : les *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, dont la parution des trois tomes s'étale de 1930 à 1935²⁵⁴⁷. C'est aussi à cette

²⁵⁴⁴ Sur la vie et l'œuvre de Etienne Bartin, Henri BATIFFOL, « Étienne Bartin (1860-1948) », *Revue critique*, 1949, p. 2 ; Maurice PICARD, « Étienne Bartin », *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1949, pp. 3-7 ; Emmanuel DU PONTAVICE, « Éloge d'Étienne Bartin », *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de l'université de Clermont*, n°3, 1966, pp. 192-200, et ID., « L'œuvre d'Étienne Bartin », *eod. op.*, n°5, 1968, pp. 7-98 ; Pierre MAYER, « Le mouvement de idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n° 2 ; ; Jean-Louis HALPERIN, « BARTIN, Etienne », *Dictionnaire historique des juristes français, op. cit.*, p. 58 ; Samuel FULLI-LEMAIRE, « Etienne Bartin », in J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. A. De Miguel (dir.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar publishing, 2017, pp. 151-157 ; Caroline KLEINER, « Etienne Bartin (1860-1948) : <http://www.sfdi.org/internationalistes/bartin/> ; « BARTIN, Etienne, Adolphe », notice *Siprojuris* : <http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/56335>.

²⁵⁴⁵ L'œuvre d'internationaliste d'Etienne BARTIN débute par une série d'articles qui, tous, furent réunis dans les *Etudes de droit international privé*, publiées à Paris en 1899 (ci-devant *Etudes*), et qui se composent successivement de :

1) Etienne BARTIN, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *Clunet*, n°24, 1897, pp. 225-255, 466-495 et 720-738, et rebaptisé, dans les *Etudes*, « La théorie des qualifications en droit international privé », pp. 1-82 (article qui signe l'entrée fracassante d'Etienne Bartin dans la carrière d'internationaliste) ;

2) Etienne BARTIN, « Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé. Théorie du renvoi », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1898, pp. 129-187 et 272-310, reproduit dans les *Etudes* aux pp. 83-187.

3) Etienne BARTIN, « Les dispositions d'ordre public. La théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1897, pp. 385-427 et 613-658, reproduit dans les *Etudes* aux pp. 189-284 (il s'agit du troisième article du recueil).

²⁵⁴⁶ Etienne BARTIN, *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, Paris, 1907.

²⁵⁴⁷ Etienne BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, trois tomes, 1930-1935 (ci-devant *Principes*) : premier tome (1930) : partie générale du droit international privé ; deuxième tome (1932) : partie spéciale : première partie : l'empire de la loi personnelle, et deuxième partie : l'empire de la loi locale ; troisième tome

époque qu'il dispense deux cours à l'Académie de droit international privé de La Haye²⁵⁴⁸. Mais sa contribution au droit international privé ne se limite pas à cette œuvre théorique : en effet, elle s'enrichit d'une méthode élaborée et éprouvée en d'innombrables notes de jurisprudence, et mise en œuvre dans les cinquième et, surtout, sixième éditions du *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau (1913-1929, puis 1936-1939), où figure un substantiel commentaire consacré à l'article 3 du Code civil²⁵⁴⁹.

Par son profil de technicien du droit, rivé à la jurisprudence, et par sa qualité d'éminent civiliste, Bartin est, sans doute, l'auteur qui a le plus encouragé l'appropriation du droit international privé par le droit civil interne. Si elle a pu subir quelques amendements au cours du temps, sa pensée reste d'une remarquable continuité et d'une inébranlable cohérence, depuis les *Etudes* jusqu'aux *Principes*. La doctrine de Bartin est, tout à la fois, particulariste, nationaliste, privatiste et conflictualiste²⁵⁵⁰ : elle s'inspire ainsi des bases posées par des universalistes et internationalistes comme Mancini ou encore Savigny pour mieux s'en émanciper²⁵⁵¹ et s'en démarquer en transformant certains de leurs matériaux en une construction théorique imprégnée par la forte personnalité de son auteur.

Convaincu par l'observation en jurisprudence des conflits de qualification – qu'il est l'un des tout premiers à théoriser – que les divergences se révélant à cette occasion entre les différents ordres juridiques, y compris ceux qui appartiennent à une même famille de droit, discréditent l'idée d'ériger la communauté de droit en principe, Bartin se tourne vers les Etats nationaux pour solliciter d'eux, et d'eux seuls, les solutions destinées à régler les conflits de lois et de juridictions. Adoptant une attitude qui se veut pragmatique, il récuse tout à la fois la théorie de la courtoisie internationale, qui lui semble trop peu juridique, et l'esprit universaliste, qui lui semble trop irréaliste. Constatant l'absence d'une organisation internationale qui puisse légiférer sur les conflits de lois et les insuffisances du droit conventionnel, Bartin en déduit qu'il faut s'en tenir exclusivement aux sources positives du droit interne propre à chaque Etat pour qualifier les rapports juridiques qui sont soumis à ses juridictions. L'Etat étant omnipotent et autosuffisant, son système juridique n'a pas de compte à rendre aux autres : seul le droit privé interne exerce un contrôle, et un contrôle total, sur les rapports de droit qui lui sont soumis et les autres ordres juridiques n'ont aucune légitimité à intervenir de quelque manière que ce soit. Leur souveraineté, hors de leur domaine propre, est sans pouvoir. La conséquence en est que le conflit de lois est entièrement soumis à la souveraineté nationale, qui est absolue à l'intérieur du périmètre qui

(1935) : troisième partie : l'empire de la loi territoriale. La quatrième partie, prévue par l'auteur, mais jamais publiée, aurait dû porter sur la loi d'autonomie.

²⁵⁴⁸ Etienne BARTIN, « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des conflits de lois », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, n°31, 1930, pp. 561-622, et ID., « Une conception nouvelle de l'empire de la loi locale par opposition à la loi personnelle et à la loi territoriale », *ibid.*, n°52, 1935, pp. 583-642.

²⁵⁴⁹ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e édition par Gaston RAU et Charles FALCIMAIGNE, *op. cit.*, édition revue et mise « au courant de la législation et de la jurisprudence par M. Etienne BARTIN », à partir du tome sixième jusqu'au tome douzième (1913-1922) et Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 6^e édition par Etienne BARTIN, tome premier - tome quatrième, Paris, 1936-1939. Son commentaire de l'article 3 figure au tome premier de la sixième édition (1936), § 31, pp. 139-157. L'alinéa 1^{er} fait déjà l'objet d'un développement spécial dans le tome sixième de la cinquième édition (1920), à la note 13 que Bartin consacre au § 443, pp. 335-336.

²⁵⁵⁰ Sur la doctrine de Bartin, et sur les développements qui suivent, voir, entre autres, Emmanuel DU PONTAVICE, « L'œuvre d'Etienne Bartin », *op. cit.*, deuxième partie, pp. 48-93, spéc. pp. 54-66, et Bertrand ANCEL, *Eléments, op. cit.*, pp. 496-513.

²⁵⁵¹ Sur l'émancipation de Bartin à l'égard de Savigny, voir les références à la note précédente. En particulier, sur la question de la théorie des qualifications, voir Jean-Louis HALPERIN, « Le recul de l'Ecole historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, n°1, 2009, pp. 101-116.

constitue son ordre juridique : la souveraineté, chez Bartin, ne se soucie pas de régler les rapports de l'Etat avec ses pairs, mais d'assurer la « plénitude de l'ordre juridique du for » dans le règlement des conflits entre intérêts privés.

Délaissant totalement les rivages du droit international public et, donc, les rapports entre Etats, Bartin considère que la souveraineté est celle de l'ordre juridique interne à l'Etat : par conséquent, le droit international privé s'enracine directement dans la puissance absolue que l'Etat exerce sur la détermination de son propre droit. Chaque Etat étant maître de son ordre juridique, il est libre de prescrire toutes les règles qui y ont cours, que ces règles soient de droit interne ou de droit international. Ses juges sont donc tenus de suivre le système de résolution des litiges qu'il a fixé et, partant, d'appliquer ses seules règles de conflits. Privatiste, Bartin part de la règle de conflit – conçue selon le modèle savignien – pour faire obligation aux juges de qualifier le rapport de droit selon leur propre loi, *lege fori*, sans se préoccuper de savoir si cette règle va désigner leur loi ou une loi étrangère. L'indépendance des ordres juridiques explique donc que chacun d'entre eux envisage et tranche les litiges de droit international privé selon son propre point de vue exclusivement : la doctrine de Bartin est particulariste.

La souveraineté des ordres juridiques étatiques signifie, par suite, l'indépendance de leurs droits privés respectifs. La cohérence de l'ordonnement voulu par le législateur national, en adéquation avec la société qu'il gouverne et dont il défend les intérêts, suppose que « l'esprit des institutions » soit respecté de tous, y compris par les législateurs étrangers. C'est par l'analyse rigoureuse et minutieuse de la règle de droit que cet esprit peut être dégagé et mis en œuvre par la jurisprudence. Dès lors, la règle de conflit n'est pas la traduction d'une conception du droit qui serait partagée par des pays qui seraient en communauté de civilisation, mais, bien davantage, le reflet des institutions internes qu'elle transpose sur le plan du conflit de lois. Le raisonnement vaut tout autant pour les règles de compétence judiciaire. En une formule suggestive à laquelle il a attaché son nom, Bartin déclare que : « le droit international privé est la projection du droit privé interne sur le plan international »²⁵⁵². La doctrine de Bartin est nationaliste.

A la différence des autres auteurs qui raisonnent, comme lui, en termes de conflits de souveraineté, Bartin n'a en vue que la « souveraineté civile », une souveraineté introvertie, mais absolue sur le plan du droit civil. La liaison entre droit civil et droit international, qu'il exprime par l'idée de « projection », se concrétise par une classification des lois civiles en quatre grandes catégories, qui, si elles sont proches des classes de lois identifiées par Mancini, puisent à une inspiration bien différente : Mancini raisonnait essentiellement de manière publiciste, Bartin ne s'intéresse qu'à l'esprit des institutions de droit privé. Fondé sur une observation méthodique de la jurisprudence française, il discerne quatre grandes catégories privatistes, qui scandent, ou auraient dû scander, la partie spéciale des *Principes* :

- 1) La protection individuelle, qui, s'adressant à la personne et à la famille, s'effectue par le biais des lois d'application personnelle, ou lois nationales ;
- 2) La sûreté collective (au sens d'ordre public ou de police), qui entend procurer la sécurité aux personnes et à leurs biens, au commerce entre les hommes et à leurs activités professionnelles et qui repose sur des lois d'application locale ;
- 3) La sécurité des transactions, qui définit le régime juridique des droits réels et qui trouve son expression dans les lois d'application territoriale ;

²⁵⁵² Etienne BARTIN, *Principes*, *op. cit.*, tome 1^{er}, préface. Sur de nombreuses citations similaires de l'auteur, voir Emmanuel DU PONTAVICE, « L'œuvre d'Etienne Bartin », *op. cit.*, § 54, pp. 56-57.

4) La régulation du jeu des libres volontés individuelles, qui renvoie à l'autonomie de la volonté.

La démarche, qui n'est pas sans affinités avec celle que tente de développer, à la même époque, Antoine Pillet dans une perspective plus publiciste et plus axée sur la dichotomie entre territorialité et extraterritorialité, ne vise qu'à organiser les multiples lois civiles autour de pôles (les catégories) censés exprimer la vision du droit interne sur les litiges de droit civil et qu'à dégager des règles de conflits y afférentes. Ainsi, les lois d'application locale prennent en charge l'intérêt du public, qui ne se confond pas avec l'intérêt des tiers, et ressortissent de la « police de l'Etat », une police *lato sensu* à l'intérieur de laquelle Bartin discerne des lois de police *stricto sensu*. Elles ne se confondent pas avec les lois d'application territoriale qui, elles, veillent au bon déroulement des actes juridiques portant sur les biens et à l'intérêt des tiers, mais qui ne sont pas exclusives non plus d'être, en certains cas, des lois de police. Bartin se situe, sur ce point, à la croisée des théories de Mancini (pour l'idée d'une classe de lois internationalement impératives) et de Savigny (pour la méthode fondée sur des règles de conflit de droit privé). Chez lui, la souveraineté de droit civil met volontairement les éléments publicistes en sourdine afin de favoriser un commerce international entre personnes privées que chaque Etat est libre, par sa législation et par ses juridictions, d'arbitrer à sa guise. La doctrine de Bartin est privatiste.

La règle de conflit selon Bartin est nécessairement bilatérale : l'ordre juridique du for, en définissant souverainement sa règle de conflit, détermine son champ d'application et, par symétrie, le champ d'application qu'il concède à l'ordre juridique étranger, lorsque celui-ci se manifeste par l'intermédiaire de sa loi étatique, de la décision arrêtée par ses tribunaux ou de sa compétence juridictionnelle. L'Etat du for traite les institutions des autres Etats avec équité, voire avec esprit d'égalité, mais comme un hôte traiterait son invité. La supériorité de l'ordre juridique étatique brise l'illusion d'une communauté de droit fondée sur une parenté de valeurs et d'un *jus commune* qui transcenderait les Etats. La communauté de droit ne trouve d'utilité que dans le contrôle que l'ordre juridique du for exerce sur les effets que sont susceptibles de produire les lois étrangères, régulièrement désignées par la règle de conflit : à cette occasion, il est requis de la loi étrangère qu'elle présente une communauté de vues et de politique législative avec l'Etat du for. Si Bartin défend la naturalisation de la loi étrangère afin de la faire accéder au rang de règle de droit au sein de l'ordre juridique du for, c'est avec la certitude que l'ordre public est toujours susceptible, sous forme d'exception procédurale, de sanctionner les discordances matérielles que l'exécution de la loi étrangère normalement applicable risqueraient de produire au sein de l'Etat du for et de rétablir l'empire du droit du for. La compétence universelle de l'ordre juridique français autorise, logiquement et *a fortiori*, la loi interne française à se substituer à la loi étrangère préalablement désignée par une règle de conflit française, mais repoussée sur le fondement de l'ordre public. La doctrine de Bartin est conflictualiste.

Pour qui se concentre plus particulièrement sur les rapports entre lois de police et ordre public international, ce rappel d'une doctrine subtile et soigneusement articulée en chacun de ces éléments permet de mesurer l'action décisive de Bartin en ce domaine. En effet, dans l'optique qui est celle du conflictualisme bartinien, celui-ci estime qu'il faut séparer ce que le législateur a réuni en son article 3, alinéa 1^{er}. Bartin est le juriste qui, par excellence, a confirmé et approfondi la distinction entre lois de police et exception d'ordre public, déjà perçue avec acuité par Savigny, et qui l'a transposée en droit français (A). La séparation des deux mécanismes s'impose, parce qu'ils répondent à une logique différente. D'une part, les lois de police *stricto sensu* (B) regroupent les dispositions légales du droit français dont l'application est, à la fois, impérative et territoriale (le plus souvent) : elles se composent, à la fois, de certaines lois d'application locale – catégorie relative

à la police *lato sensu* – qui s’imposent de manière absolue aux Français et aux étrangers pris dans une situation juridique dont les faits se déroulent sur le territoire français, et de certaines lois d’application territoriale qui s’imposent de manière indifférenciée aux Français et aux étrangers parce que les droits réels en cause portent sur des immeubles ou des meubles *ut singuli* situés sur le sol français. L’article 3, alinéa 1^{er} s’assure que le traitement exclusif de ces situations est réservé à la loi française. D’autre part, l’ordre public se caractérise, par-delà toute définition théorique, par l’éviction qu’il opère, par exception à la règle de conflit normalement compétente, de la loi étrangère normalement applicable, soit parce qu’il n’y a pas de communauté de droit avec le pays dont la loi demande à être appliquée, soit parce que la loi qui appartient à un pays avec lequel il y a communauté de droit aboutirait, malgré tout, à des effets jugés indésirables pour l’ordre juridique du for (C). Pour l’un et l’autre de ces mécanismes, Bartin n’a pas oublié les leçons de Savigny et est peut-être celui qui s’est efforcé, le plus fidèlement, de suivre les recommandations de celui-ci lorsqu’il appelait à une étude plus approfondie de ces deux classes de lois absolues.

A. La distinction entre lois de police et exception d’ordre public.

Lorsque, dans l’un des articles fondateurs de sa doctrine, Etienne Bartin entreprend, en 1897, de prendre position dans le débat qui s’est engagé en doctrine il y a une vingtaine d’années alors sur la notion d’ordre public²⁵⁵³, il laisse déjà entrevoir sa volonté de mettre ses pas dans ceux de Savigny, en insistant sur la nécessité de distinguer les différents types de dispositions légales qui semblent toutes, en apparence, communier sous la même espèce de l’ordre public. Or, Bartin nourrit l’ambition de ramener à de plus justes proportions le champ d’application matériel et conceptuel de l’ordre public international et de battre en brèche la tendance, constatée en doctrine, à étendre démesurément le périmètre de cette notion. L’observation de la jurisprudence l’a ainsi conduit à dégager des conclusions qui imposent d’avoir un grand sens des distinctions :

Il faut, je crois, distinguer avec soin trois sortes de dispositions légales que tout le monde aujourd'hui confond les unes avec les autres : les dispositions pénales, les dispositions de police et les dispositions d'ordre public proprement dites. La théorie de l'ordre public international ne concerne, dans ma pensée, que ces dernières seulement. Cette théorie est une théorie d'un caractère purement civil, et les conflits de législation pénale n'ont rien de commun avec elle.²⁵⁵⁴

S’il entend consacrer son étude exclusivement à la théorie de l’ordre public international, il juge néanmoins nécessaire de tracer le périmètre propre à chacune de ces dispositions légales et de définir le champ d’expression qui en font leur singularité respective. Bartin accepte de reconnaître que ces trois classes de lois se réunissent dans une commune volonté de prendre à leur charge l’intérêt général. Mais son but est de démontrer que, par la mise en œuvre de ces lois en jurisprudence, leur application n’est pas, nécessairement et uniformément, territoriale, impérative et unilatérale pour le juge saisi : pour saisir leurs différences, il suffit de constater l’impossibilité de les réduire à un fonctionnement commun. Ainsi, les dispositions pénales et de police se fondent sur le jeu d’une règle de conflit, alors que l’ordre public n’intervient uniquement qu’à titre exceptionnel, par dérogation à une telle règle ; les lois pénales et l’exception d’ordre public conduisent, toutes deux, à l’application de la *lex fori*, mais les premières à titre de règle de conflit et les secondes à titre d’exception ; *a contrario*, les dispositions de police se démarquent des deux autres, en reposant sur la

²⁵⁵³ Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, I, pp. 189-190 et la note 2 de la p. 189.

²⁵⁵⁴ Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, I, p. 190.

mise en œuvre de la *lex loci*, qui autorise le juge à appliquer, selon son analyse du rapport de droit, soit sa propre loi, soit une autre loi que la sienne. Pour saisir, au mieux, la pensée de Bartin et déblayer le chemin qui doit conduire aux raisonnements futurs, il faut expliquer les raisons pour lesquelles l'exception d'ordre public doit être, au préalable, et avant tout approfondissement de la notion, distinguée des lois pénales, puis pourquoi elle doit l'être des dispositions de police.

En décrétant que les conflits de lois pénales doivent être rigoureusement distinguées de l'exception d'ordre public et qu'ils doivent même être exclus du domaine du droit international privé pour être laissés au droit pénal international, Bartin prend le contrepied de la tendance, historiquement très marquée, et particulièrement depuis l'avènement de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, qui voyait dans les « lois de sûreté » l'expression par excellence de la souveraineté de la loi pénale française sur l'ensemble du territoire, soumettant ainsi les nationaux comme les étrangers à la même réglementation pénale²⁵⁵⁵. Le professeur lyonnais n'ignore rien de cette interprétation, comme il n'ignore pas les claires indications laissées en ce sens par les Rédacteurs lors de la confection du Code civil. Mais il semble se plier à la directive laissée par Savigny, lequel, concluant son analyse des conflits de lois relatifs aux délits civils et justifiant l'intervention impérieuse de la *lex fori* en la matière, soulignait que : « le droit pénal, comme partie intégrante du droit public, appelle des considérations qui sont étrangères aux obligations résultant des délits ». Bartin, sensible à cet argument, s'efforce juste de démontrer que les modes de raisonnement et de justification du droit international privé et du droit pénal international sont trop différents pour laisser subsister une confusion qui tendrait à fondre les lois pénales parmi les soi-disant « lois d'ordre public ». Il n'est pas le seul, ni même le premier, héritier de Savigny à avoir adopté une telle position et lui-même reconnaît que, dans son article sur « L'ordre public en droit international privé » paru au *Clunet* en 1889, Frantz Despagne avait déjà mis en garde contre la tentation d'inclure les lois pénales parmi les dispositions d'ordre public²⁵⁵⁶.

Bartin part de deux hypothèses : l'une, très générale, qui vise l'interdiction faite à des futurs conjoints, dont la loi personnelle consacre la célébration purement religieuse du mariage, de contrevenir à l'obligation faite dans un autre pays de se marier sous la forme civile, sous peine de nullité civile de l'union et de sanctions pénales à l'encontre du ministre du culte qui se serait prêté à une telle célébration²⁵⁵⁷ ; l'autre, constatée en jurisprudence, à travers l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers *Ackerman-Laurance* du 15 décembre 1891, qui, pour des raisons d'ordre public, en l'occurrence, pour concurrence déloyale, écarte la loi normalement compétente et applique l'article 1382 du Code civil à un étranger qui avait prétendu vendre à l'étranger des vins de Saumur comme vins de Champagne²⁵⁵⁸. A partir de l'analyse qu'il mène de ces deux cas, Bartin en déduit qu'ils

²⁵⁵⁵ Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, II, § IX, pp. 211-216, spéc. p. 211 : « Il ne me reste plus qu'à montrer que [les dispositions d'ordre public] n'ont rien de commun avec les dispositions pénales, en dépit de l'unanimité avec laquelle tous les juristes citent les dispositions pénales comme le type le plus achevé des dispositions d'ordre public ».

²⁵⁵⁶ *Eod. loc.*, p. 211, note 1 : « Despagne est le seul, à ma connaissance, qui n'ait pas entièrement confondu les dispositions d'ordre public avec les dispositions pénales (Frantz DESPAGNE, « L'ordre public en droit international privé », *Clunet*, 1889, p. 212) ».

²⁵⁵⁷ *Eod. loc.*, pp. 211-213. Le droit français, par exemple, en son article 199 du Code pénal de 1810, dispose que : « Tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera, pour la première fois, puni d'une amende de 3.000 F à 6.000 F ».

²⁵⁵⁸ *Eod. loc.*, pp. 211-213. Sur cet arrêt, également évoqué par Antoine Pillet, voir, *supra*, pp. 951-952, et, *infra*, pp. 1014-1015.

illustrent, à merveille, « la distinction radicale du système de l'ordre public et de la théorie de l'application des dispositions pénales dans l'espèce », dans la mesure où la règle civile ne répond pas aux mêmes critères d'intervention que la loi pénale et que leur application respective s'appuie sur des bases radicalement différentes :

En réalité, la solution des conflits de lois civiles et la solution des conflits de lois pénales ne dépendent pas des mêmes règles et ne mettent pas en jeu les mêmes idées. Il y a entre elles des différences tellement saisissantes qu'on a peine à comprendre qu'on ait jamais cherché dans la seconde l'explication de certaines particularités de la première. En droit civil international, en effet, le juge applique en principe au rapport de droit qui lui est soumis une loi qui lui est normalement applicable et qui est tantôt sa propre loi, tantôt une loi étrangère : exceptionnellement, il lui applique sa propre loi, qu'il substitue dans ce but à la loi normalement applicable. En droit pénal international, au contraire, il n'applique jamais que sa propre loi, et il l'applique toujours comme la loi normalement applicable au rapport de droit qui lui est soumis, parce que c'est pour lui la seule qui puisse le régir. Il s'agit, en effet, uniquement pour lui de savoir si le fait incriminé tombe sous le coup de sa propre loi pénale, et, s'il y tombe, ce juge est tout à la fois compétent pour en connaître et tenu d'y appliquer les dispositions de sa propre loi pénale. En droit pénal international, il y a toujours et nécessairement connexité de la jurisprudence (*sic*) compétente et de la loi applicable. En droit civil international, cette connexité n'existe pas le plus souvent, et le juge d'un pays peut être pleinement compétent pour connaître d'un rapport de droit auquel il devra appliquer une loi qui n'est pas la sienne.²⁵⁵⁹

Le raisonnement de Bartin s'appuie, essentiellement, sur les différences intrinsèques entre le « droit civil international » et le droit pénal international, différences qui trouvent leurs racines dans la nature de la communauté de droit : « La raison en est que la nature de la communauté internationale qui unit les États au point de vue des relations civiles n'est pas la même que la nature de celle qui les unit au point de vue de la répression pénale ». Ainsi, poursuit l'auteur, en droit civil, la communauté de droit suppose que la loi qui est désignée pour s'appliquer au rapport de droit par la règle de conflit doit être appliquée par n'importe quelle juridiction à qui ce rapport de droit est soumis. En droit pénal, à l'inverse, le juge d'un Etat n'est saisi que parce que le délit dont il a à connaître constitue un délit pour son ordre juridique et il n'est saisi que pour appliquer sa propre loi. De même, les effets internationaux qui s'attachent aux décisions ne sont pas les mêmes en matière civile qu'en matière pénale, où ils sont beaucoup plus restreints. De cette brève comparaison entre les domaines d'application, Bartin en tire l'enseignement suivant :

Ce sont là des différences tellement considérables entre le droit pénal international et le droit civil international qu'elles auraient dû suffire à éveiller le doute chez les jurisconsultes qui raisonnent si inconsidérément de l'un à l'autre. Il n'est décidément pas possible de ramener les dispositions pénales aux dispositions d'ordre public proprement dites, parce que les conflits que les dispositions pénales soulèvent sont d'une certaine nature, et que les conflits de législation civile dans lesquels interviennent les dispositions d'ordre public ont un caractère absolument différent.²⁵⁶⁰

Bartin, par sa volonté affirmée de « civiliser » le droit international privé et d'expurger celui-ci de tout élément le rattachant au droit pénal ou au droit public, infléchit radicalement l'histoire des « lois d'ordre public » en excluant, de manière quasi définitive, les lois pénales du champ

²⁵⁵⁹ *Eod. loc.*, p. 214. Bartin ne veut pas dire « jurisprudence », ainsi qu'il l'écrit, mais « juridiction ».

²⁵⁶⁰ *Eod. loc.*, pp. 214-126, spéc. pp. 214-215.

matériel d'application correspondant aux divers mécanismes de droit international privé²⁵⁶¹. Il ne fait pas que rompre avec une tradition séculaire : il consomme l'autonomie du droit pénal international et la prise d'indépendance du droit international privé à l'égard des éléments exogènes qui risqueraient d'en menacer son essence profondément civiliste.

Cette exclusion a pour conséquence de laisser face à face les dispositions de police et les dispositions d'ordre public. Bartin va, désormais, s'efforcer à souligner les différences qui distinguent ces deux catégories de dispositions et de cerner l'originalité de l'exception d'ordre public par rapport aux lois de police. Ce faisant, il a le grand mérite, par contrecoup, d'offrir un cadre autonome dans lequel ces lois de police sont amenées à se déployer à l'égard de ces « lois d'ordre public » dans lesquelles elles ont été si longtemps noyées. La différence entre les deux est sensible, non seulement d'un point de vue fonctionnel, mais du point de vue du sort réservé à la loi étrangère :

[La théorie de l'ordre public] se résout en une série d'exceptions apportées par chaque législation aux règles ordinaires de conflit que cette législation admet. Le juge qui rend la justice au nom de cette législation substitue exceptionnellement ses dispositions, considérées comme dispositions d'ordre public, aux dispositions de la loi étrangère qui serait normalement applicable au rapport de droit litigieux, si l'on s'en tenait aux règles ordinaires de conflit que la législation du pays du juge consacre elle-même. En un mot, la loi du juge saisi intervient ici à titre exceptionnel, et par dérogation aux principes généraux du droit international privé telle qu'elle les comprend. Lors, au contraire, qu'elle s'applique à un rapport de droit comme disposition civile de police, elle s'y applique à titre normal et conformément à ces principes généraux.²⁵⁶²

Par cette distinction, Bartin dégage pleinement le mécanisme de l'exception d'ordre public, qu'il faut dès lors nettement différencier des lois d'ordre public au sens où l'a entendu la doctrine tout au long du XIX^e siècle, dans la mesure où l'ordre public s'entend, ainsi qu'il ressort clairement de ce passage, de dispositions de la loi nationale du juge saisi qui font échec au jeu normal de la règle de conflit et qui se substituent aux dispositions de la loi étrangère normalement applicable. La raison qui justifie cette substitution exceptionnelle tient à des motifs d'intérêt général, comme l'ont bien perçu les prédécesseurs de Bartin. Mais, à part Savigny, aucun d'entre eux n'a eu l'idée de faire le départ entre l'exception relative à l'ordre public et l'application normale et nécessaire de la loi de police. Ceux qui avaient souligné le caractère exceptionnel de l'éviction de la loi étrangère opérée par la loi du for s'étaient contentés de rattacher cette particularité de fonctionnement à une seule et même institution, les « lois d'ordre public », sans jamais chercher à savoir si, derrière cette expression, ils ne regroupaient pas, en fait, deux mécanismes différents, ceux-là mêmes qu'évoque Bartin dès ses *Etudes de droit international privé*.

Or, ces deux mécanismes, qui puisent à une source d'inspiration commune – l'intérêt général – mais qui diffèrent sur bien des points, présentent que leur siège matériel est unique : il

²⁵⁶¹ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 6^e édition par Etienne BARTIN, tome 1^{er}, Paris, 1936, § 31, note 5, pp. 154-155, à propos de l'article 3, alinéa 1^{er} : « Ce serait une erreur de croire que, sous l'expression lois de police et de sûreté, on n'ait entendu parler que des lois criminelles ou de justice répressive ». Il ajoute : « on peut affirmer, sans risque d'erreur, que la territorialité des dispositions pénales, c'est-à-dire pour raisonner sur la loi pénale française, l'application exclusive des dispositions de droit interne de notre Code pénal et de notre Code d'instruction criminelle à tout fait délictueux commis, par quelque personne que ce soit, sur le territoire, n'a ni le même caractère, ni le même fondement » que les lois visées à l'article 3, avant de conclure : « la loi pénale française a un effet à la fois territorial et personnel ».

²⁵⁶² *Eod. loc.*, I, p. 190.

s'agit de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil. Il convient, désormais, et en partant de cet alinéa unique, d'en étudier les deux composantes et de cerner la logique qui leur est propre.

B. Les lois de police *stricto sensu* : l'article 3, alinéa 1^{er}, les lois d'application locale et les lois réelles d'application territoriale.

A l'occasion du commentaire qu'il consacre à l'article 3, alinéa du Code civil dans la sixième édition du *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau, en 1936²⁵⁶³, Etienne Bartin revient sur les thèses qu'il défendait brièvement, déjà quarante ans auparavant, dans son article sur les dispositions d'ordre public et confirme la double orientation qu'il donne à l'expression « lois de police et de sûreté » qui figure dans le texte du Code. En effet, il y voit tout autant l'expression des dispositions de police que le fondement de l'exception d'ordre public, sans dissimuler le regret que les deux mécanismes soient réunis, au risque de la confusion et de l'amalgame, en une seule notion et les critiques qu'il formule à l'encontre des rédacteurs du Code :

L'expression de « lois de police et de sûreté », que MM. Aubry et Rau empruntent à l'article 3, correspond, dans leur pensée, à deux catégories absolument différentes de dispositions légales d'application exclusivement territoriales que l'examen sans préjugé de la pratique judiciaire oppose nettement, et sous bien des points de vue, l'une à l'autre... Les dispositions légales que vise, plus ou moins clairement, cette expression double, fonctionnent, dans leur application territoriale, de deux façons bien différentes, sans que cette différence consiste, en quoi que ce soit, dans la séparation des deux substantifs assez vagues qui constituent cette expression double. La distinction qu'il y a lieu de faire entre les deux catégories de dispositions légales est tout autre.²⁵⁶⁴

Avant d'aborder la question de l'exception d'ordre public dans un 2^o, il s'attaque aux dispositions de police dans un 1^o :

1^o Il y a des cas dans lesquels la loi française s'applique impérativement à des étrangers quelconques, parce que le principe même du litige qui s'élève entr'eux ou entr'eux et des Français ressortit à la souveraineté de la France, dont la législation a seule qualité pour décider du fait qui donne lieu au procès, parce que ce fait s'est produit en France (application de la loi française aux délits civils ou quasi délits civils qui se sont produits sur le territoire français), ou pour décider de l'aliénation totale ou partielle, en quelque pays qu'elle se soit réalisée, d'un immeuble ou d'un meuble envisagés *ut singuli* et situés en France. La loi française, envisagée comme loi locale dans la première hypothèse, comme loi territoriale dans la seconde... s'applique impérativement aux étrangers quelconques, auteurs ou victimes de ce délit civil ou de ce quasi délit civil, aux étrangers quelconques acquéreurs ou aliénateurs d'un droit réel quelconque sur ce meuble ou cet immeuble, parce qu'il y va, sur le territoire français, de la sécurité de tous, que la loi française décide seule des conditions et des effets de la protection qu'elle doit, à ceux qui se trouvent sur le territoire français ou ont acquis des biens meubles ou immeubles qui y sont situés.²⁵⁶⁵

L'alinéa 1^{er} réunit ainsi deux dispositions qui appartiennent à des institutions très différentes l'une de l'autre, mais qui, poursuivant un but commun, réclament un régime international similaire : l'application inconditionnée et absolue de la loi française, en tant que loi locale ou loi territoriale, à

²⁵⁶³ Sur les vicissitudes des rééditions successives, à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, du *Cours de droit civil français* de Aubry et Rau, et le rôle qu'a pu y jouer Bartin lors des cinquième et sixième éditions, voir David DEROUSSIN, « Se survivre à soi-même. Le *Cours de droit civil* d'Aubry et Rau », *op. cit.*, spéc. pp. 71-75.

²⁵⁶⁴ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 6^e édition par Etienne BARTIN, *op. cit.*, § 31, note 4 *sexies*, p. 152.

²⁵⁶⁵ *Eod. loc.*, pp. 152-153.

titre impératif, car l'intérêt qu'elle est chargée de défendre « ressortit à la souveraineté de la France ». Le prisme particulariste est doublé, en l'espèce, d'un unilatéralisme qui ne souffre aucune compétence concurrente. Par là, Bartin rassemble également deux types de règles que ses prédécesseurs et contemporains, de Savigny à Pillet, en passant par Laurent et Weiss, n'avaient pas eux-mêmes hésité à ranger parmi les lois de police : les règles sur la responsabilité civile et les règles sur l'organisation foncière du pays. Sur le premier point, Bartin reprend une idée déjà présente chez Savigny. Sur le second, il se rallie à l'opinion, prisée des personnalistes, selon laquelle l'alinéa 2 de l'article 3 s'inscrirait dans l'orbite de l'alinéa 1^{er} et refléterait les impératifs de souveraineté territoriale de l'ordre juridique du for²⁵⁶⁶.

Autant que le contenu matériel de ces lois de police, c'est le traitement juridique et leur effet international que Bartin leur réserve qui importent. Ainsi, deux caractères essentiels semblent les unir : leur impérativité et leur territorialité. Mais cette territorialité n'est pas une territorialité d'exception : elle est dans la règle même contenue par l'alinéa 1^{er}. C'est sur ce critère distinctif que Bartin insiste pour conclure à leur sujet, dans le but de montrer la singularité de leur fonctionnement par rapport à l'exception d'ordre public :

L'application territoriale de la loi française, dans ces deux hypothèses et pour ces deux catégories de litiges, est *normale*, et il en résulte, entre autres conséquences, que la loi française serait pareillement appliquée à ces mêmes litiges, si les juridictions étrangères avaient eu à en connaître directement ou indirectement.²⁵⁶⁷

La territorialité de la loi française est, en l'espèce, la norme et non l'exception. Les faits ou les objets de droit concernés dans l'un et l'autre cas localisent le rapport de droit directement en France et mettent en cause la souveraineté de l'Etat français : la projection internationale de ces règles locales ou territoriales repose sur leur désignation par la *lex loci delicti* et la *lex rei sitae*, mais, pour un conflictualiste comme Bartin, nul n'est besoin de recourir à l'intervention d'un mécanisme dérogatoire. Il lui suffit que la règle de conflit soit unilatérale : c'est en cela que l'alinéa 1^{er} se charge d'assurer la compétence exclusive de la loi française. Cette compétence se justifie, au regard de l'Etat français, par le fait que ce litige de droit privé touche à des intérêts qu'il juge fondamentaux et qu'il est le seul à devoir régler matériellement.

Pourtant, Bartin s'est refusé, un temps, à désigner ces dispositions par l'épithète de « territoriales ». En effet, en 1897, dans son article sur les dispositions d'ordre public, il ne dissimule pas les critiques que suscite chez lui un tel adjectif. A cette fin, il s'évertue à démontrer que les deux types de règles qu'il réunit sous le titre de « dispositions de police » – et qui sont, déjà, à l'époque, la responsabilité civile en matière de délits et de quasi-délits et le régime des droits réels – non seulement ne peuvent en rien se confondre avec l'ordre public, mais, en plus, qu'elles sont improprement tenues pour territoriales. L'exception d'ordre public oblige toujours le juge à appliquer sa propre loi, et elle seule, tandis que ces dispositions soi-disant territoriales l'autorisent à faire appel à la loi étrangère, sans qu'il y ait contrariété avec l'ordre public :

Lorsqu'il s'agit d'une de ces dispositions que l'on qualifie de dispositions territoriales, telles que les dispositions de police ou les dispositions relatives au régime des biens[, il peut] très bien arriver que la disposition [que le juge] doit appliquer, à titre de disposition de police ou de disposition relative au

²⁵⁶⁶ Sur l'interprétation de l'article 3, alinéa 2 chez André Weiss et son lien avec l'alinéa 1^{er}, voir, *supra*, pp. 890-892.

²⁵⁶⁷ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 6^e édition par Etienne BARTIN, *op. cit.*, § 31, note 4 *sexies*, p. 153.

régime des biens, au rapport de droit qu'on lui soumet, appartienne à une loi étrangère. Cette disposition nouvelle, saisissant ce rapport de droit en vertu des règles ordinaires du conflit des lois, et comme disposition légale normalement compétente, n'appartiendra pas nécessairement à la loi du juge saisi : le fondement juridique de son application au rapport de droit litigieux est assez large pour que le juge ne soit pas nécessairement tenu de l'emprunter elle-même à sa propre législation... Les dispositions d'ordre public ne se confondent pas plus avec les dispositions relatives au régime des biens qu'elles ne se confondent avec les dispositions de police, en dépit de la qualification malheureuse de dispositions territoriales, qu'on applique généralement aux unes comme aux autres.²⁵⁶⁸

Dans cet extrait, Bartin n'évoque comme exemple de dispositions de police que celui qui lui paraît le plus pertinent et qu'il n'hésite pas à placer, dit-il, « au premier rang » de celles-ci : les règles relatives à la répression des délits civils. Mais, déjà, il les réunit avec les règles relatives au régime des biens, pour faire justice de leur prétendue territorialité exclusive et démontrer qu'en vérité, elles réagissent tout aussi bien à l'action d'une règle de conflit : il s'agit, dans le premier cas, de la *lex loci delicti*, et, dans le second cas, de la *lex rei sitae*. Si les circonstances de la cause conduisent le juge à appliquer la loi étrangère, il sera tenu de le faire par respect pour la désignation opérée par la règle de conflit et il n'aura d'autres ressources que de faire appel à l'exception d'ordre public pour écarter ladite loi étrangère et lui substituer sa propre loi. Elles sont donc susceptibles d'une extension extraterritoriale, quant à leurs effets, qui interdit de les enfermer dans la classe des lois territoriales. Ce faisant, la démarche de Bartin est encore très déférente envers la règle de conflit et reste en-deçà des solutions qu'avançaient, en son temps, Savigny, lorsque ce dernier invoquait les lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires²⁵⁶⁹.

En 1936, dans la sixième édition du *Cours de droit civil* de Aubry et Rau, qu'il dirige lui-même, l'opinion de Bartin n'a, de toute évidence, pas varié au moment de déterminer la condition juridique des lois sur la responsabilité civile et de celles relatives au régime des biens. La seule réelle différence est que, désormais, et en adéquation avec ses *Principes*, il consent à ranger les premières parmi les « lois locales » (en référence à la *lex loci*) et les secondes parmi les « lois territoriales » (soutenues par la *lex rei sitae*). Mais, s'il répute, à cette occasion, ces deux matières de droit civil à la fois territoriales et impératives, c'est parce que l'article 3, alinéa 1^{er}, précisément, se place du point de vue du juge, français ou étranger, qui constate l'ancrage sur le territoire français et la compétence absolue que réclame la loi française sur le fait ou le bien soumis au litige. Les annotations qu'il consacrait déjà, quelques années auparavant, à l'article 1382 du Code civil lors de la cinquième édition du *Cours* de Aubry et Rau, confirment amplement son souci de concevoir le fonctionnement des lois de police en terme de localisation sur un territoire²⁵⁷⁰. En l'espèce, cette

²⁵⁶⁸ Étienne BARTIN, *Études, op. cit.*, 3^e article, V, § III, pp. 275-277.

²⁵⁶⁹ Dans le même sens, voir Bertrand ANCEL, « El reglamento Roma II : Apreciación de conjunto », *Anuario español de derecho internacional privado*, n°VII, 2007, pp. 607-624.

²⁵⁷⁰ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 5^e édition par Gaston RAU et Charles FALCIMAIGNE, 6^e tome par Étienne BARTIN, *op. cit.*, § 443, note 13, pp. 335-336. Bartin y réagit, dans un commentaire substantiel, à l'affirmation de ses deux célèbres aînés, selon laquelle la loi étrangère, désignée par la *lex loci delicti*, dans l'hypothèse où le fait illicite s'est déroulé à l'étranger, ne pouvait être appliquée par le juge français que « sous réserve des dispositions de la loi française qui seraient de nature à intervenir en France comme, dispositions de police » : dans l'esprit des deux civilistes, ces dispositions sont celles qui figurent à l'article 3, alinéa 1^{er} et interviennent à titre de lois d'ordre public. Bartin, qui n'a pas pu, dans cette cinquième édition, commenter le § 31 sur les lois de police, prend prétexte de cette question pour réagir avec vigueur contre cette confusion. Après avoir exposé sa conception de l'exception d'ordre public, il enchaîne par la remarque suivante : « Toute différente dans son esprit et dans ses conséquences est l'application au fait prétendument illicite de la loi du lieu où il s'est produit. On peut, là aussi et bien plus justement, se servir de l'expression de disposition de police, par opposition à l'expression de disposition d'ordre public international. La loi du lieu de perpétration du fait illicite saisissant ce fait à sa naissance, pour la seule raison qu'il s'est produit sur

localisation s'opère à partir du lieu de survenance d'un délit, mais elle peut tout aussi bien dépendre de la situation matérielle d'un bien *ut singuli*.

Si elles demeurent fidèles aux positions adoptées dès les articles fondateurs de 1897, les conceptions de Bartin se sont affinées au fil du temps et se sont intégrées, peu à peu, dans l'édifice doctrinal qui devait culminer avec la rédaction des *Principes*, entre 1930 et 1935. Dans le premier tome, après avoir établi que l'article 3 du Code civil se caractérisait par son unilatéralité, par sa généralité (confinant à l'imprécision) et par son incomplétude, et après avoir exploré les réponses que fournit l'histoire de la discipline, il souligne que la seule obligation légale qui relève d'une loi bien définie – au sens de loi désignée par la règle de conflit – est la responsabilité civile pour faits illicites ou dommageables, celle des articles 1382 du Code civil, et cette loi bien définie est « la première disposition de l'article 3 », qu'il reformule de manière bilatérale, allant à l'encontre de la lettre du texte :

§ 75. La loi française régit, pour toute personne, auteur ou victime, étranger ou français, le délit civil ou le quasi-délit civil qui se produit en France. Très certainement, la réciproque est vraie : au regard de la France, le délit civil ou le quasi-délit civil qui se produit à l'étranger reste soumis à la loi étrangère, à la loi du lieu de sa perpétration ou, plutôt, de ses manifestations dommageables, quelle que soit la nationalité, française ou étrangère, de l'auteur ou de la victime.²⁵⁷¹

C'est à partir de cet exemple fondamental que Bartin va, par la suite, dans le second tome de ses *Principes*, exposer sa vision de la « loi locale » comme manifestation du pouvoir de l'Etat sur son territoire. La responsabilité civile extracontractuelle n'est, de loin, pas le seul témoignage de l'empire de la loi locale en droit international privé, mais elle est le seul qui se rattache directement à l'alinéa 1^{er}, en compagnie de la « loi territoriale », pour tout ce qui concerne le régime des biens *ut singuli* situés sur le territoire français. Dès le commencement de la partie qu'il consacre à l'empire de la loi locale, Bartin établit le lien qui relie celle-ci à l'idée de police *lato sensu*, en un énoncé bilatéral qui rappelle de près l'affirmation unilatéraliste de l'article 3, alinéa 1^{er} :

§ 330. La loi locale, j'entends par là l'ensemble des dispositions légales qui s'appliquent à toute personne qui séjourne ou passe sur le territoire d'un Etat donné, répond au pouvoir de police de cet Etat sur son territoire, dans l'ordre des relations de droit privé.²⁵⁷²

La bilatéralité de la loi locale s'impose, aux yeux de Bartin, pour une raison de police civile. En effet, l'Etat souverain contracte des obligations, tant envers ses ressortissants qu'envers les étrangers présents sur son territoire, à titre provisoire ou par un séjour prolongé, qui se fondent sur la nécessité d'assurer à tous « la possibilité du commerce international », ce qui, suppose, entre autres, et en priorité, de garantir « la sécurité du séjour ». Pour justifier ses devoirs qui s'imposent à lui, mais qui l'investissent également d'un pouvoir, plus ou moins contraignant, de réglementation juridique sur les activités des individus présents sur son territoire, l'auteur recourt aux notions

son territoire et qu'elle y est maîtresse, son application apparaît comme pleinement justifiée en raison, non seulement pour l'Etat auquel elle correspond, mais pour tous les Etats qui font partie de la communauté internationale, et qui n'ont pas, pour elle, la répugnance que peut avoir en particulier, sur ce point, le législateur français, pour son application sur le territoire français. On se rend compte, d'après ce qui vient d'être dit, du raisonnement par lequel on arrive à la solution donnée au texte. Le fait illicite s'étant produit à l'étranger, et le juge français étant régulièrement saisi, par hypothèse, de l'action en dommages-intérêts qui y correspond, la loi applicable, pour lui, est la loi du lieu de perpétration, normalement compétente » (souligné par nous).

²⁵⁷¹ Etienne BARTIN, *Principes, op. cit.*, tome 1^{er}, § 57-79, pp. 118-196, spéc. § 75, pp. 184-186.

²⁵⁷² Etienne BARTIN, *Principes, op. cit.*, tome 2^{ème}, § 330, pp. 389-392, spéc. p. 389.

« d'intérêt public » et de « police », un intérêt public qui ne se confond pas avec l'intérêt des tiers, lequel trouve davantage son secours auprès de la loi territoriale²⁵⁷³. Pour en rester à la responsabilité civile extracontractuelle, la « loi locale, c'est-à-dire la loi du lieu où le délit civil a été commis » peut tout aussi bien être la loi française ou étrangère, mais, dans tous les cas, elle est compétente pour une matière « de police civile ». S'il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une disposition impérative, elle ne présente ce caractère qu'au regard de l'Etat qui édicte cette loi. Bartin conclut son exposé introductif en revenant sur les critères qui doivent permettre de distinguer cette disposition de police de l'exception d'ordre public au sein du seul alinéa 1^{er} :

§ 330. Les dispositions d'ordre public international sont comprises, pour tout le monde, dans l'expression plus simple, mais qui prête à équivoque, de dispositions de police, dans le premier alinéa de l'article 3. Ce premier alinéa vise et comprend tout à la fois les dispositions d'ordre public et aussi les dispositions de police au sens des délits civils et de la réparation des délits civils.²⁵⁷⁴

Bartin s'en tient encore, dans ses *Principes*, alors qu'il s'apprête à développer sa conception de l'empire de la loi locale²⁵⁷⁵, à l'idée selon laquelle le caractère impératif et territorial de l'article 3, alinéa 1^{er}, relai des dispositions de police civile relatives à la responsabilité délictuelle, doit s'interpréter comme une règle de conflit à part entière – en l'occurrence, la *lex loci delicti* – et, comme aucun autre auteur avant lui, il attire l'alinéa 1^{er} dans l'orbite de la méthode conflictualiste, pour laquelle elle ne serait qu'une règle de principe comme les autres. Par l'usage d'un tel procédé, l'intention de l'auteur ressort de manière évidente : il cherche ainsi à réduire au maximum le domaine d'action des dérogations à la règle de conflit et à concentrer l'intervention des mécanismes exorbitants – de la communauté de droit – à la seule exception d'ordre public.

C. Les lois de police *stricto sensu* : l'article 3, alinéa 1^{er}, et l'exception d'ordre public

Poursuivant son analyse de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil dans le cadre du *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau, Bartin considère que la deuxième catégorie de dispositions qu'il a discernée dans le texte légal est, par opposition aux dispositions de police, la seule qui se puisse qualifier, en toute rigueur, d'ordre public :

2^o Il y a, tout à l'opposé, des cas... dans lesquels la loi française s'applique aux étrangers en France, parce que les exigences de l'ordre public... obligent les tribunaux français saisis du litige à écarter, sur ce qui fait l'objet du procès, l'application de la loi étrangère, qui devrait les régir d'après nos propres règles de conflit, et refusent à ces étrangers, par application de la loi française, les facultés que la loi étrangère, normalement applicable, leur accorderait.²⁵⁷⁶

Si, dans le cas des dispositions de police, la souveraineté de l'Etat français sur son territoire en justifiait la territorialité et l'impérativité, les ressorts profonds qui caractérisent l'exception d'ordre public et lui donnent cette force exceptionnelle qui lui permet d'aller à l'encontre de la loi

²⁵⁷³ Etienne BARTIN, *Principes, op. cit.*, tome 1^{er}, § 75, pp. 185-186 et, tome 2^{ème}, § 330, p. 388-389.

²⁵⁷⁴ Etienne BARTIN, *Principes, op. cit.*, tome 2^{ème}, § 330, pp. 391-392.

²⁵⁷⁵ La doctrine de Bartin sur les conflits de lois en matière de responsabilité civile figure, *eod. loc.*, § 331-341, pp. 393-436. Voir aussi Etienne BARTIN, « Une conception nouvelle de l'empire de la loi locale par opposition à la loi personnelle et à la loi territoriale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1935, n^o52-2, pp. 583-641, spéc. pp. 634-639.

²⁵⁷⁶ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 6^e édition par Gaston RAU et Charles FALCIMAIGNE, 6^e tome par Etienne BARTIN, *op. cit.*, § 31, note 4 *sexies*, p. 153.

désignée par la règle de conflit méritent d'être étudiés. Le fondement de l'application territoriale de la loi française ne repose pas sur la souveraineté, mais, ajoute Bartin, cette application est « une application *anormale*, dérogoire aux règles normales de conflit »²⁵⁷⁷. C'est ainsi qu'avant la loi Naquet du 27 juillet 1884 qui rétablit le divorce en France, selon l'exemple choisi par Bartin, les époux étrangers, mariés selon un statut personnel qui admettait le divorce, ne pouvaient, néanmoins, obtenir le divorce devant les tribunaux français, car il aurait été choquant de concéder à des étrangers le bénéfice d'une institution qui était refusée aux Français. La solution est la même, après la loi de 1884, lorsque des époux étrangers demandent en France le divorce pour des cas que la loi française ne reconnaîtrait pas. Ici, il ne s'agit plus de souveraineté et d'intérêt privé protégé par une législation spéciale, mais d'une dérogation au jeu normal de la règle de conflit, ce qui revient à imposer une application « anormale » de la loi territoriale.

C'est donc ce caractère exceptionnel de l'intervention de l'ordre public qui ressort, en premier lieu, pour en définir la singularité : c'est, de toute évidence, le trait constitutif que Bartin met en avant dans la première définition théorique qu'il en donne, dans son fameux article sur « les dispositions d'ordre public », définition dont non seulement il ne dévie pas un seul instant dans le restant de son œuvre, mais qu'il répète inlassablement à longueur de pages dans ses ouvrages :

La théorie de l'ordre public se résout en une série d'exceptions apportées par chaque législation aux règles ordinaires de conflit que cette législation admet²⁵⁷⁸.

Le raisonnement qui consiste, pour le juge, à substituer les règles contenues dans sa propre loi – la *lex fori* – aux règles normalement applicables par application régulière de la règle de conflit trouve son origine, selon Bartin, dans les « limites de l'application des règles du droit international privé dans l'espace ». C'est à ce stade que Bartin renoue avec le concept de communauté de droit cher à Savigny, concept que sa construction doctrinale tend à laisser à l'arrière-plan, voire à délaisser absolument. Lorsqu'il aborde la question de l'ordre public, au contraire, le concept savignien retrouve toute son utilité à ses yeux, car il lui permet de mesurer l'écart entre les divers ordres juridiques à l'aune de la plus ou moins grande adhésion à la communauté de droit ou « communauté internationale », pour reprendre ses termes :

Quand le juge d'un pays refuse exceptionnellement d'appliquer à un rapport de droit donné la loi d'un pays étranger qui fait partie de la communauté internationale, parce que cette loi, d'ailleurs normalement compétente, est contraire à l'ordre public de son pays, il raisonne, au point de vue juridique, absolument comme il raisonnerait pour refuser d'appliquer à un rapport de droit donné la loi normalement compétente d'un pays étranger qui ne fait pas partie de la communauté internationale. Dans l'un et l'autre cas, en effet, il méconnaît volontairement les dispositions de la loi étrangère normalement applicable au rapport de droit litigieux, parce qu'il ne doit pas collaborer à leur application sur le territoire de l'Etat au nom duquel il rend la justice. Les dispositions de cette loi ne méritent pas de bénéficier sur ce territoire des règles ordinaires des conflits de lois, parce que ces règles se rattachent à une présomption de communauté juridique entre l'Etat auquel appartient le juge et l'Etat étranger auquel appartient la loi normalement compétente, et que toute présomption de ce genre est précisément exclue par le caractère de ces dispositions, dans la première hypothèse, par l'origine de cette loi dans la seconde.²⁵⁷⁹

L'exception d'ordre public est donc amenée à jouer dans deux hypothèses seulement :

²⁵⁷⁷ *Eod. loc.*, pp. 153-154.

²⁵⁷⁸ Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, I, p. 190. Ce texte est retranscrit de manière plus complète, *supra*, p. 985.

²⁵⁷⁹ *Eod. loc.*, I, p. 191.

- 1) d'une part, lorsque la loi normalement applicable appartient à un pays qui fait partie de la communauté de droit au même titre que le pays du for et qu'elle produit des effets qui ne sont pas admissibles par l'ordre public du for, auquel cas il y a rupture de la communauté de droit ;
- 2) d'autre part, lorsque la loi normalement applicable appartient tout simplement à un pays qui ne fait pas partie de la communauté de droit, auquel cas il y a défaut de communauté de droit.

En effet, la mécanique toute entière de la règle de conflit repose sur une « présomption de communauté de droit » et, lorsque cette présomption est renversée d'une manière ou d'une autre, alors, le système juridique du for retrouve sa plénitude d'autorité et la compétence universelle qu'un particulariste comme Bartin incline à lui reconnaître : le juge ne pouvant demeurer dans le déni de justice et la loi théoriquement applicable étant mise à défaut, il ne peut se tourner que vers la loi de l'Etat qu'il sert, sa propre loi, pour en substituer les règles au nom de son ordre public. En cela, les règles du droit français ne sont d'ordre public que pour autant qu'elles sont appelées à le devenir en vertu du fonctionnement exceptionnel de cet ordre public.

De ce caractère d'exception, Bartin extrait un certain nombre de traits distinctifs qu'il met en avant dans ses *Etudes*, notamment à travers une jurisprudence patiemment disséquée²⁵⁸⁰, et dans ses *Principes* et qui lui semblent souligner la singularité de la notion par rapport aux autres dispositions territoriales, à part peut-être les lois de procédure²⁵⁸¹. En effet, après avoir établi que les dispositions d'ordre public ne pouvaient se confondre avec les dispositions de police, les statuts réels, les lois pénales et les lois de procédure, il s'efforce d'en dessiner les contours et d'en dégager les traits les plus saillants, ceux qui contribuent à donner à cette notion une identité propre et à justifier le recours qu'elle offre au juge. Ces traits caractéristiques sont les suivants²⁵⁸² : la mise à défaut de la communauté de droit entre les pays (1), la mobilité de la notion ou sa variabilité (2), son actualité (3), son caractère national et la territorialité de ses effets (4), ainsi que la parenté qui l'unit avec la fraude à la loi (5).

1) La mise à défaut de la communauté de droit entre les Etats.

Le droit international privé repose sur un lien juridique qui s'est établi entre les Etats, conséquence d'une présomption d'une communauté de droit (ou internationale) qui s'est instaurée entre eux, non pas sous la forme d'une société entre Nations, mais sous la forme d'une communauté d'intérêts qui se renforce par le développement des relations entre Etats : selon la formule de Bartin, ces Etats s'obligent alors « *quasi ex contractu* à respecter sur leur territoire les lois civiles de chacun d'eux »²⁵⁸³.

²⁵⁸⁰ Pour Bartin, seule l'étude de la jurisprudence permet de saisir l'action de l'ordre public et ses principales caractéristiques : dans ses *Etudes* (*eod. loc.*, II, § I-VII, pp. 192-209), il ouvre sa contribution sur l'ordre public par un panorama jurisprudentiel au cours duquel il passe, successivement, en revue les sept matières suivantes : capacité juridique, régime des biens, forme des actes, obligations conventionnelles, obligations délictuelles, droits de famille, patrimoine. C'est de cet échantillon qu'il dresse la synthèse dans la suite de son travail.

²⁵⁸¹ *Eod. loc.*, I, § VIII, pp. 210-211 : les lois de procédure sont, elles aussi, soumises à la *lex fori*, mais elles ont un objet bien déterminé et elles s'appliquent toujours à titre normal et non exceptionnel.

²⁵⁸² Auxquels il faut rajouter une discussion sur leur caractère nécessairement impératif ou prohibitif, idée émise pour la première fois par Savigny et reprise par Frantz DESPAGNET, « L'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, pp. 213 et 215. Pour sa part, Bartin estime qu'une disposition permissive peut tout à fait être considérée comme étant d'ordre public, puisque l'ordre public ne s'identifie pas à un groupe de lois en particulier au milieu d'une législation donnée : Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, IV, § I, pp. 237-244.

²⁵⁸³ *Eod. loc., op. cit.*, III, pp. 217-235, spéc. pp. 217-218.

Mais ce même lien juridique – dont dépendent la constitution et la pratique d'un droit international privé véritablement opératoire entre les Etats et leurs ressortissants – suppose un préalable : que les Etats soient « parvenus à un degré sensiblement égal de civilisation ». Dès lors, une conséquence doit en être immédiatement tirée :

1) Le lien juridique « ne s'étend pas, pour un Etat donné auquel il s'applique, à tous les peuples de la terre, mais seulement à ceux que représente un Etat de même culture et de même civilisation que le premier. Dans ces conditions, l'application des règles du droit international privé ne peut être que partielle ». Ces Etats – au sens d'Etat moderne, celui qui représente « la civilisation la plus haute » aux yeux de l'auteur – sont présumés égaux entre eux.

2) *A contrario*, le droit international privé est nécessairement fermé « aux Etats dont le degré inférieur de civilisation ne permet pas de les comprendre dans la société internationale présumée que ces règles supposent : ces Etats en sont exclus »²⁵⁸⁴.

Bartín ne se dissimule pas la difficulté que constitue une appréciation du degré de civilisation de chaque Etat et de développement de chaque société et, s'inspirant du droit international public, reconnaît que le dégradé des nuances qui s'échelonnent lui impose de s'en tenir au degré de civilisation qui ressort de « l'esprit de ses lois civiles », parce qu'au fond, ce sont ses lois civiles qui seront évaluées par l'ordre juridique du for et ce sont ses lois civiles qui seront acceptées ou rejetées par les tribunaux. La souveraineté civile chère à l'auteur permet de mesurer l'importance de son particularisme dans la détermination de l'ordre public²⁵⁸⁵. C'est donc de la concordance plus ou moins marquée, de l'affinité plus ou moins prononcée entre les législations civiles des Etats, de la proximité de leur technique juridique que dépend l'appréciation de la contrariété ou de la conformité avec l'ordre public du for. Les deux hypothèses de rupture et de défaut de communauté prennent alors tout leur sens.

Lorsqu'il y a rupture de la communauté de droit, il s'agit d'une discordance entre deux législations civiles appartenant à cette communauté et dont le degré de proximité est suffisamment établi pour ne pas entraver le commerce international privé entre eux et leurs ressortissants. Mais, du simple fait que la pratique réciproque des lois civiles d'un Etat à un autre soit la règle ordinaire, il ne ressort pas que cette pratique doive être systématique :

Dans ces conditions, quand le juge belge ou français refuse d'appliquer au rapport de droit qui lui est soumis la loi anglaise ou la loi allemande, normalement appelée, pour lui, à le régir, cela signifie que l'Etat belge ou l'Etat français au nom duquel ce juge rend la justice..., tout en se reconnaissant d'ordinaire en communauté internationale avec ces deux Etats au point de vue des règles de conflit, ne se reconnaît plus en communauté avec eux sur le cas particulier dont le juge doit connaître. La communauté internationale, étendue à ce cas particulier, le conduirait à donner accès chez lui à des dispositions légales qui s'opposent trop directement, par leur esprit, aux dispositions correspondantes de sa propre législation. Il s'en affranchit, il met de côté ses règles ordinaires de conflit, il écarte la loi anglaise ou la loi allemande dont ces règles entraîneraient l'application.²⁵⁸⁶

Le particularisme de Bartín le conduit ainsi à estimer qu'il n'est pas d'Etat qui soit en communauté de droit complète avec un autre et que l'idée d'une telle communauté complète

²⁵⁸⁴ *Eod. loc., op. cit.*, III, pp. 217-218.

²⁵⁸⁵ *Eod. loc., op. cit.*, III, pp. 218-226, spéc. p. 225 : « En un mot, le droit des gens repose tout entier sur la notion de souveraineté politique, et le droit international privé, sur la notion beaucoup plus étroite de la souveraineté dans sa fonction législative en matière civile ».

²⁵⁸⁶ Sur l'hypothèse de la rupture de la communauté de droit, voir *eod. loc., op. cit.*, III, pp. 233-234.

« reste et restera longtemps une pure chimère »²⁵⁸⁷. L'ordre public se dessine ainsi en négatif de la communauté de droit rêvée par le romaniste Savigny, alors qu'il révèle combien la communauté de droit est forcément et fatalement imparfaite, du fait des traits particuliers qui échafaudent la législation civile de chaque Etat.

Lorsqu'il y a défaut de communauté de droit entre les Etats, du fait d'un écart de civilisation trop énorme pour être comblé et d'une divergence de législations civiles trop aiguë pour être acceptable par les juges de l'un ou l'autre pays, la logique de la communauté imparfaite est poussée dans ses extrêmes retranchements logiques, puisqu'il ne peut pas y avoir, tout simplement, de droit international privé entre ces Etats :

Le juge d'un Etat civilisé, connaissant d'un rapport de droit qu'il devrait soumettre, en vertu des règles de conflit que sa propre législation sanctionne, aux dispositions d'une loi étrangère, peut exclure à son gré cette loi du bénéfice de ces règles, pour en déduire le plus souvent la nullité du rapport de droit qui lui est soumis, parce que cette loi est celle d'un pays qui n'est pas en communauté internationale avec le sien.²⁵⁸⁸

Dans ses *Etudes*, Bartin analyse deux séries d'arrêts qui lui permettent de soutenir que, devant un tel cas, le juge du for doit s'en remettre à sa propre loi, pour en substituer les règles à celle de la loi étrangère mise en échec, ou, au contraire, s'il constate que cette substitution risquerait d'exacerber la différence de civilisation et de législation entre les deux Etats concernés, avoir recours à des considérations d'équité²⁵⁸⁹. Celles-ci ne peuvent correspondre qu'à l'échelle de valeurs qui est celle du pays étranger. En dépit du positivisme apparent qui semble transparaître de sa doctrine, Bartin accepte qu'une forme de droit naturel puisse – exception à l'exception, mais toujours substitution – jouer à l'encontre de la loi du for²⁵⁹⁰.

L'idée qui ressort de cette mise en lumière de la communauté de droit et des limites qu'elle doit supporter est que, pour l'auteur des *Etudes*, « la théorie de l'ordre public en droit civil international s'oppose donc purement et simplement à la notion de communauté internationale dont dépendent toutes les autres règles de conflit »²⁵⁹¹.

2) La mobilité ou variabilité de la notion d'ordre public.

Dans ses *Etudes*, Bartin constate que la jurisprudence française a, au fil du temps, au fur et à mesure qu'elle a pratiqué le mécanisme de l'ordre public, fait un usage toujours moins intensif et extensif de la notion et a ciblé davantage ses interventions : c'est ce que Bartin nomme, à la suite de René Boissarie, « la réduction progressive de la notion d'ordre public en droit international privé »²⁵⁹².

²⁵⁸⁷ Sur l'hypothèse de la rupture du défaut de communauté de droit, voir *eod. loc., op. cit.*, III, pp. 226-232.

²⁵⁸⁸ *Eod. loc.*, III, p. 235. Bartin fait, d'ailleurs, éloge à Savigny d'avoir effectué le même constat et d'avoir été le premier à analyser avec clairvoyance le fonctionnement des dispositions d'ordre public.

²⁵⁸⁹ Sur l'hypothèse de la rupture du défaut de communauté de droit, voir *eod. loc., op. cit.*, III, § I et II, où sont étudiées successivement les deux séries d'arrêts portant sur les rapports avec les Etats de moindre civilisation ou barbares (notamment Chine et Japon, et, à un moindre degré, les pays d'Orient, dont l'Empire ottoman).

²⁵⁹⁰ Sur le recours à l'équité et au droit naturel, voir *eod. loc., op. cit.*, III, § II, pp. 226 et 230-232. Voir le même constat chez Emmanuel DU PONTAVICE, « L'œuvre de Etienne Bartin », *op. cit.*, § 56, pp. 57-61.

²⁵⁹¹ *Eod. loc.*, III, p. 235. Bartin fait, d'ailleurs, éloge à Savigny d'avoir effectué le même constat et d'avoir été le premier à analyser avec clairvoyance le fonctionnement des dispositions d'ordre public.

²⁵⁹² *Eod. loc.*, IV, § II, pp. 252-267. Bartin fait référence à la thèse de René BOISSARIE, *De la notion d'ordre public, op. cit.*, notamment aux pp. 158-168.

Bartin, qui se félicite que la sagesse soit venue aux juges français et que ceux-ci n'en soient plus au point d'exclure la loi étrangère du bénéfice des règles de conflit au simple prétexte qu'ils préféreraient leur loi, relève deux marques concrètes de cette mobilité – il parle même de « fluidité » qui semble caractériser l'attitude des tribunaux à l'égard de l'ordre public²⁵⁹³. La première témoigne du caractère évolutif de la notion dans le temps, tandis que la seconde, plus connue sous le nom « d'effet atténué de l'ordre public », apporte la preuve de sa laxité vis-à-vis de la loi étrangère normalement compétente et de son respect des droits acquis :

Cette réduction de la notion d'ordre public s'est manifestée en jurisprudence de deux façons. Elle s'est manifestée tout d'abord à ce point de vue, que certaines dispositions de la loi étrangère normalement compétente, primitivement rejetées, comme contraires à l'ordre public de son pays, par le juge saisi du rapport de droit qu'elles concernent, ont fini par obtenir droit de cité devant ce juge et dans ce pays. Ce juge, après les avoir longtemps exclues du bénéfice des règles de conflit que la législation de son pays sanctionne, après les avoir longtemps écartées du rapport de droit qu'elles concernent, et qu'il soumettait artificiellement aux dispositions correspondantes de la loi interne de son pays, ce juge, dis-je, a fini par y voir des dispositions pleinement acceptables en elles-mêmes, dignes en un mot de bénéficier des règles de conflit que la législation de son pays professe. Le même phénomène de réduction de la notion d'ordre public s'est manifesté à cet autre point de vue, que des dispositions de la loi étrangère normalement compétente, considérées aujourd'hui encore par le juge comme contraires à l'ordre public de son pays, peuvent, du moins d'après la jurisprudence la plus récente, produire leurs effets dans ce pays, quand elles ont été régulièrement appliquées, dans le pays étranger qui les édicte, au rapport de droit qu'elles concernent, et qu'il ne s'agit dès lors pour le juge que de tirer les conséquences de la situation nouvelle que leur application régulière dans leur pays d'origine a créée.²⁵⁹⁴

La mobilité dans le temps, ou l'évolution des critères qui permettent de décider de la contrariété ou de la conformité à l'ordre public du for, est un phénomène qu'avaient déjà pu observer, peu de temps avant Martin, des auteurs comme Weiss et Pillet²⁵⁹⁵. Le changement progressif de sentiment du juge français à l'égard de la loi étrangère et le desserrement de l'étai qu'il a longtemps fait peser sur elle, au début du XIX^e siècle, n'ont pas échappé à ceux qui ont étudié de près la jurisprudence française en matière de droit international privé et qui ont tous conclu, dans le même sens que Martin, à un rétrécissement du champ d'action de l'ordre public corrélatif à l'ouverture du juge français au droit étranger²⁵⁹⁶.

La variabilité dans l'intensité de l'ordre public n'a pas, elle non plus, échappé aux jurisconsultes qui se sont penchés sur la délicate question de l'ordre public : à dire vrai, tant les idées personalistes que la théorie des droits acquis pouvaient se prêter à une analyse allant dans ce sens. Les exigences de l'ordre public sont ainsi invitées à se relâcher, à s'atténuer, dès lors que le droit légitimement acquis en vertu de la loi désignée par la règle de conflit demande à produire ses effets en France, quoiqu'ils fussent contraires à l'ordre public français. D'un point de vue conflictualiste, cela équivaut à respecter la désignation de la règle de conflit et à considérer que le

²⁵⁹³ *Eod. loc.*, IV, § II, pp. 252-253.

²⁵⁹⁴ *Eod. loc.*, IV, § II, p. 253.

²⁵⁹⁵ Sur l'opinion de ces auteurs quant au caractère mobile de l'ordre public, voir, *supra*, pp. 894-895 (pour André Weiss) et 941-942 (pour Antoine Pillet).

²⁵⁹⁶ René BOISSARIE, *De la notion d'ordre public, op. cit.*, et, de manière plus nuancée, Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française, op. cit.*, partagent le même constat, à une époque où l'essor de la personnalité du droit et des Conférences de La Haye semblent indiquer un même mouvement vers la réduction du domaine d'expression de l'ordre public de chaque Etat à la portion congrue. Mais la personnalité de la loi, envisagée de manière trop systématique, peut tout aussi bien exacerber cet ordre public et contribuer à son réveil.

degré de proximité en matière de communauté de droit est suffisamment fort pour autoriser le juge français à donner son assentiment. Même s'il n'est pas le premier à relever cette pratique, Bartin est le premier à insérer l'effet atténué de l'ordre public à l'intérieur d'une trame conflictualiste :

Le juge n'hésite plus aujourd'hui à reconnaître sur le territoire de l'État au nom duquel il rend la justice, les effets d'une disposition de la loi étrangère actuellement contraire à l'ordre public de son pays, quand on ne lui demande pas d'appliquer lui-même cette disposition au rapport de droit qu'elle concerne, ce rapport de droit ayant déjà reçu de la justice étrangère l'application régulière de cette disposition : il ne s'agit pour lui que de tirer les conséquences de cette application et de la situation nouvelle qui en résulte. Il consent aujourd'hui ordinairement à le faire, il s'y refusait autrefois.²⁵⁹⁷

La mobilité de la notion d'ordre public et sa régression en jurisprudence rendent vaines toute tentative de dresser une liste des dispositions qui s'y rattachent et, plus encore, toute volonté d'identifier le contenu de cette notion avec les dispositions soi-disant territoriales – règles de police, lois pénales, statut réel – parce que ces dernières demandent, dans l'intérêt de l'Etat et de la sécurité des personnes qu'elles prennent à leur charge, une continuité et une fixité que la volatilité de l'usage de l'ordre public n'autorise pas. En ce sens, Bartin s'inscrit en faux contre la vision mancinienne des lois de droit public et d'ordre public, qui présupposait l'existence, *in abstracto*, d'une catégorie de lois dans une législation nationale dotée de ce caractère impératif propre à préserver la souveraineté de l'Etat et des institutions. Or, pour lui, l'action de l'ordre public ne dépend pas de la matérialité de la législation du for, mais de la matérialité de la loi étrangère particulière qui demande à être appliquée. Bartin le souligne bien dans le long passage qu'il consacre à ce point dans les *Etudes* : « les dispositions d'ordre public d'une législation ne visent ni la sécurité des personnes, ni celles des intérêts sur le territoire que cette législation régit ; ce n'est pas leur objet qui les caractérise : ce qui les caractérise, abstraction faite de leur objet, c'est la différence trop grande que l'on relève entre elles et les dispositions correspondantes de la loi étrangère normalement appelée à régir le rapport de droit litigieux »²⁵⁹⁸. L'énumération des dispositions d'ordre public est tâche impossible, car cette qualification est toujours contingente et sujette à l'appréciation de la jurisprudence. Reprenant cette idée de manière synthétique dans ses *Principes*, l'auteur remarque, en effet, que :

Si l'on arrive à établir, par des exemples, que certaines dispositions de la loi du juge saisi, du juge français, prennent ou dépouillent alternativement le caractère de dispositions d'ordre public international, sans que leurs prescriptions elles-mêmes changent, de telle sorte que ce caractère, tantôt se fixe sur elles, tantôt s'en détache..., on aura, par là-même, établi qu'en fait, ce caractère mobile n'a aucun rapport avec l'objet et le but des dispositions sur lesquelles il se pose et qu'il est donc parfaitement vain de prétendre dès lors dresser une liste des dispositions qui sont d'ordre public international dans un pays donné...²⁵⁹⁹

De fait, en raison de la difficulté à restituer une image exacte des dispositions jugées d'ordre public par le for à un moment donné, la mobilité de l'ordre public entretient en étroite connexité avec son caractère actuel.

²⁵⁹⁷ Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, IV, § II, p. 255.

²⁵⁹⁸ Sur cette question, voir *eod. loc.*, IV, § II, pp. 263-265, spéc. pp. 264-265. Les exemples témoignant de cette évolution jurisprudentielle figurent aux pp. 255-263 et sont empruntés aux matières du divorce et de la filiation naturelle.

²⁵⁹⁹ Etienne BARTIN, *Principes, op. cit.*, tome 1^{er}, § 97, pp. 258-259, spéc. p. 259. L'exemple mis en avant et figurant au § 98, pp. 259-262, est celui de la prohibition du divorce avant et depuis la loi de 1884.

3) L'actualité de l'ordre public.

De son propre aveu, Bartin emprunte cette règle de l'actualité de l'ordre public à Antoine Pillet, telle que celui-ci l'avait exposée dans sa monographie sur *L'ordre public*²⁶⁰⁰. S'il se l'approprie, c'est afin de l'insérer dans sa délimitation du périmètre d'action de l'institution qu'il s'efforce de mener à bien dans ses *Etudes*, puis dans ses *Principes* :

Si... le juge ne peut emprunter qu'à sa propre législation les dispositions d'ordre public au profit desquelles il écarte la loi normalement applicable au rapport de droit qui lui est soumis, il ne peut, en outre, les emprunter qu'à sa propre législation à la date à laquelle il statue. Supposons que le rapport de droit qui lui est soumis, et qui doit normalement subir la prise de la loi étrangère, remonte assez haut dans le passé, pour que les dispositions correspondantes de sa propre législation aient changé, dans l'intervalle qui sépare la naissance de ce rapport de droit du litige qu'il soulève. Les seules dispositions de sa propre législation avec lesquelles il puisse confronter celles de la loi étrangère normalement compétente, pour écarter peut-être celles-ci au profit de celles-là, sont, non pas des dispositions de sa propre législation contemporaines de la naissance du rapport de droit, mais bien les dispositions de sa propre législation contemporaines du litige que ce rapport de droit soulève.²⁶⁰¹

La règle s'éclaire par l'exemple et l'exemple, en la matière, est des plus simples. En effet, à Pillet comme à Bartin, cette évidence est apparue lors du changement de législation opérée en France par la loi Naquet du 27 juillet 1884 sur le divorce. Antérieurement à cette date, la prohibition du divorce était d'ordre public international en France et elle faisait obstacle au divorce de deux époux allemands dont le mariage était antérieur à cette date et qui seraient venus réclamer des juridictions françaises la dissolution de leur union sur le fondement de leur loi nationale, seule compétente pour connaître de leur union et de ses effets, y compris des modes de dissolution. Nul effet atténué de l'ordre public n'aurait pu bénéficier aux époux demandeurs. En revanche, postérieurement à cette date, la prohibition étant levée, l'ordre public français n'entend plus opposer de fin de non-recevoir à la demande des époux allemands qui viendraient solliciter leur divorce devant les tribunaux français. Ceux-ci doivent prononcer le divorce par application de la loi allemande, contemporaine de l'union des époux, et avec l'assentiment de la loi française, contemporaine de la demande en justice : comme l'explique Bartin dans les *Etudes* comme dans les *Principes*, il n'y a pas, en droit, de synchronisme entre la détermination de la loi applicable en vertu de la règle de conflit et la détermination de la nécessité de faire intervenir ou non la substitution de la *lex fori* : le décalage temporel peut être suffisamment long pour qu'un changement de législation interdise ou refuse ce qui, auparavant, était possible ou impossible²⁶⁰². En résumé, pour mesurer le caractère choquant ou admissible d'une règle étrangère soumise à sa connaissance, le juge du for ne doit jamais se référer qu'aux principes reçus dans son propre ordre juridique – à l'esprit de sa législation – à la date où il est saisi du litige. Dans ses *Principes*, Bartin, revenant sur ce trait

²⁶⁰⁰ Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, V, p. 280 et, surtout, p. 284 : « Telle est cette règle fort simple de l'actualité de l'ordre public, que M. Pillet a, le premier, nettement aperçue, et que j'ai pu rattacher, sans efforts, à la théorie générale que je défends ». Sur la règle de l'actualité de l'ordre public chez Pillet, voir, *supra*, pp. 941-942.

²⁶⁰¹ *Eod. loc.*, V, pp. 280-281.

²⁶⁰² Sur cet exemple du divorce, voir Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, V, p. 281, et *Principes, op. cit.*, § 98, pp. 256-258.

caractéristique, conclut que : « les dispositions d'ordre public international sont, en tous cas, des dispositions *actuelles* »²⁶⁰³.

Déclinaison du caractère exceptionnel de l'intervention de l'ordre public, la règle de l'actualité souligne, incidemment, la dimension éminemment mobile de la notion, mais elle témoigne, au même titre, de son caractère national, indissociable de sa dimension territoriale : le juge ne raisonne qu'en vertu de sa propre loi, telle que la lui révèle son droit positif au jour du litige.

4) Le caractère national de l'ordre public et la territorialité de ses effets.

C'est un trait caractéristique qu'il convient d'éclaircir par la lecture des *Etudes* et des *Principes* de Bartin, car, pour leur auteur, il faut garder à l'esprit que la territorialité exceptionnelle des dispositions d'ordre public n'est pas de la même nature et n'a pas la même portée matérielle que la territorialité normale des dispositions qui ressortissent de la loi locale ou territoriale. Si leur application dans l'espace est parfaitement similaire, la territorialité *lege fori* est une particularité qui renvoie, sans discussion, à la seule exception d'ordre public. Pour Bartin, les effets matériels et territoriaux doivent être soigneusement circonscrits et se limiter, dans le premier cas, à une substitution qui n'opère qu'en faveur de la seule loi du for (d'où le caractère national du mécanisme) ; dans le second cas, à une application qui se borne aux limites de l'Etat du for (d'où son caractère territorial).

Le raisonnement s'effectue en deux temps : en effet, dans ses *Etudes*, Bartin commence par traiter du caractère national de l'ordre public, pour en déduire, par implication, son caractère territorial. Sa sensibilité particulariste le pousse à lier les deux, dans la mesure où il ne raisonne qu'à partir du point de vue de l'ordre juridique du for et que l'ordre public est l'une des manifestations les plus éclatantes de ce point de vue. Ces deux traits distinctifs sont autant constitutifs de la force exceptionnelle de cet ordre public qu'une restriction qui contient les portées matérielle et territoriale dans les limites de la raison.

Dans ses *Etudes*, Bartin introduit le caractère national de la manière suivante :

Une disposition légale n'est jamais d'ordre public que sur le territoire soumis à la loi civile qui la contient, et, pour le juge qui rend la justice au nom de cette loi. Si l'on ne peut déterminer limitativement quelles sont les dispositions légales qui sont d'ordre public sur le territoire d'un État donné, on peut, tout au moins, affirmer que ces dispositions n'appartiendront jamais à la loi civile d'un autre État.²⁶⁰⁴

L'action du juge du for doit ainsi se renfermer dans les limites de sa législation civile et il ne peut évaluer la contrariété à l'ordre public qu'en tenant compte de sa propre loi : l'ordre public se distingue des autres dispositions soi-disant territoriales par la substitution de la *lex fori* à la loi étrangère normalement compétente. En soi, cette solution s'inscrit directement dans la ligne des thèses de Savigny sur l'effet qu'induisait l'application des deux classes de lois absolues, fondant une exception à la communauté de droit. Mais, pour Bartin, le juge du for, *a contrario*, n'a pas à soucier de l'éventuelle contrariété de la loi étrangère avec l'ordre public d'un pays tiers et se substituer lui-même à un juge de ce pays tiers, qui aurait, pour sa part, toutes les raisons d'évincer la loi étrangère. En effet, et, sur ce point, Bartin s'éloigne de son célèbre aîné, l'écart qu'enregistrent, vis-à-vis de la

²⁶⁰³ Etienne BARTIN, *Principes, op. cit.*, § 96, p. 258.

²⁶⁰⁴ Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, V, § III, pp. 271-277, spéc. p. 271.

communauté de droit qui devrait les unir, la loi normalement compétente et la loi du for ne peut s'apprécier qu'au regard de « l'esprit des institutions civiles » de cette dernière loi, et elle seule. L'une des conséquences d'une telle position est que le particularisme bartinien, à la différence de l'universalisme de Pillet, lui ferme les portes de toute prise en considération de l'effet réflexe de l'ordre public²⁶⁰⁵.

Bartín se tourne alors vers le corollaire naturel du principe de nationalité de l'ordre public : la territorialité ou, pour mieux dire, l'intériorisation de ses effets, qu'il traduit par la règle suivante :

Quand le juge d'un pays, saisi d'un rapport de droit auquel il devrait normalement appliquer la loi étrangère, écarte cette loi pour des raisons d'ordre public international, et lui substitue les dispositions correspondantes de la sienne propre, cette substitution n'a de valeur que sur le territoire de l'État au nom duquel il rend la justice. Sur le territoire d'un autre État, pour le juge d'un autre État, la loi normalement compétente pourra très bien reprendre son empire, à supposer que le rapport de droit litigieux se trouve de nouveau soumis, sous une forme quelconque, au juge de ce nouvel État.²⁶⁰⁶

La rupture de la communauté de droit entre deux États est nécessairement relative : cette rupture peut, tout aussi bien, se vérifier dans un État tiers, auquel cas celui-ci, s'il était saisi, opposerait l'ordre public à la loi normalement compétente, ou y être parfaitement inexistante, du seul fait que les législations civiles des deux États sont en concordance et qu'il n'y a pas lieu de constater une contrariété à l'ordre public. Cette relativité est la conséquence nécessaire de l'idée que, dans chaque État, seule la législation civile interne et seul le juge qui rend la justice au nom de cet État ont qualité pour apprécier l'existence ou la rupture de tout lien fondé sur la communauté de droit.

La conséquence pratique est clairement exposée par Bartín dans ses *Principes*, lorsqu'il revient sur cette idée de territorialité de l'ordre public :

Le caractère exceptionnel des solutions de conflit fondées sur la notion d'ordre public international se traduit donc par la localisation des effets de ces solutions. Ces effets sont limités au territoire de l'État où cette solution a prévalu. Ce sont des effets rigoureusement territoriaux en ce sens, de telle sorte qu'ils s'opposent, de la façon la plus nette, à ceux qui résultent de la territorialité normalement et rationnement attachée à certaines catégories de dispositions légales... Ces dispositions légales sont territoriales, elles aussi, mais seulement en ce sens qu'elles dépendent de la loi du lieu de situation de la chose ou de la loi du lieu de perpétration du délit civil.²⁶⁰⁷

Bartín, empruntant des illustrations aux domaines du divorce et de la filiation naturelle, met en valeur un cas de figure, aussi bien dans les *Études* que dans les *Principes*, qui lui semble le mieux illustrer cette relativité des effets dans l'espace de l'ordre public : la faculté de divorcer, ouverte par le droit allemand, aux époux étrangers à qui leur loi nationale ne le permettrait pas, au prétexte qu'en Allemagne, cette faculté est considérée comme étant d'ordre public international. Bartín démontre, dans ses *Principes*, que le jugement de divorce ne peut valoir qu'en Allemagne et qu'il ne peut, en aucun cas, étendre ses effets dans le pays d'origine des époux (par exemple, un pays dont le droit matrimonial est régi par le droit canonique), ni davantage, d'ailleurs, en France, même après 1884, parce qu'au regard du droit international privé français, la question de la dissolution ou du

²⁶⁰⁵ Sur l'effet réflexe chez Antoine Pillet, voir, *supra*, pp. 960-961.

²⁶⁰⁶ *Eod. loc.*, V, § IV, pp. 277-280, spéc. p. 277.

²⁶⁰⁷ Etienne BARTIN, *Principes, op. cit.*, tome 1^{er}, § 95, pp. 254-256, spéc. pp. 255-256.

relâchement du lien matrimonial est une question qui regarde le statut personnel des époux²⁶⁰⁸. Un jugement étranger prononcé par exception ne peut prétendre renverser la règle de conflit du for.

5) La parenté de l'ordre public avec la fraude à la loi.

L'une des conséquences du caractère éminemment mobile de l'ordre public est que la loi étrangère peut, dans des conditions bien précises, être privée du bénéfice des règles de conflit de lois du for, dont elle jouit pourtant en temps ordinaire, parce que les résultats auxquels elle conduirait ne sont pas acceptables pour le juge du for. La force de l'ordre public est si exceptionnelle qu'elle peut corriger les effets pervers du jeu normal de la règle de conflit. Ce faisant, Bartin aborde, dans ses études, la question de la fraude à la loi qui lui semble participer du même esprit que l'ordre public, voire même se fondre purement et simplement en ce dernier. Il déplore que les jurisconsultes n'aient que si peu, avant lui, tenté d'en dresser la théorie, à la notable exception de François Laurent, dans son *Droit civil international*, dans la continuité duquel il entend placer ses considérations²⁶⁰⁹.

En cas de fraude à la loi, le juge ne déplore aucun manquement – ni rupture, ni défaut – à la communauté de droit de la part de la loi étrangère désignée par cette règle de conflit et il ne décèle rien qui s'inscrive directement en violation avec l'ordre public du for. Néanmoins, la substitution doit s'opérer, pour la raison suivante :

Il suffit, pour cela, de supposer que les règles de conflit, en vertu desquelles ce rapport de droit devrait subir la prise des dispositions de cette loi étrangère, n'ont été mises en jeu que par un acte volontaire et calculé de la personne que ce rapport de droit concerne. Cette personne a cherché, par cet acte, qui lui permet d'invoquer les dispositions de la loi étrangère en conséquence des règles de conflit que son pays d'origine professe, à éluder les dispositions de la loi interne de son pays d'origine. Elle a cherché à s'y soustraire, à les écarter artificiellement, parce que ces dispositions, moins favorables à ses vues que celles de la loi étrangère, étaient pour elles un obstacle et une gêne.²⁶¹⁰

Cette théorie de la fraude à la loi s'abreuve à la source jurisprudentielle et Bartin en livre plusieurs illustrations dans les *Etudes* et les *Principes* qui touchent aux domaines de la forme des actes (censure de la loi locale), de la forme de la célébration du mariage (censure de la *lex loci celebrationis*, comme c'est le cas pour les fameux mariages de Gretna Green), de la capacité civile (censure de la loi nationale obtenue par naturalisation), des droits de famille (censure de la loi nationale, y comprise acquise par naturalisation,²⁶¹¹ comme dans l'affaire *Princesse de Beauffremont*). De tout cela, il déduit que la fraude à la loi, comme l'exception d'ordre public, aboutit à « l'éviction

²⁶⁰⁸ *Eod. loc.*, § 96, pp. 256-258.

²⁶⁰⁹ Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, IV, § II, pp. 244-252, spéc., p. 245, note 1, où il se réfère à François LAURENT, *Droit civil international*, Bruxelles et Paris, 1880, tome II, § 294-301, pp. 535-545.

²⁶¹⁰ *Eod. loc.*, § IV, pp. 245-246.

²⁶¹¹ Sur l'affaire *Princesse de Beauffremont*, Cour de cassation, chambre civile, 18 mars 1878 (*Recueil Sirey*, 1878, I, p. 193, note Labbé, et *Clunet*, 1878, p. 505), voir Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, IV, § II, p. 251, note 1, où l'auteur a recensé consciencieusement tous les commentaires, ou presque, que cette célèbre affaire, qui a défrayé la chronique, a suscités dans le petit monde juridique, français comme étranger. Pour la postérité de l'affaire, devenue emblème de la fraude à la loi, voir Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *Grands arrêts*, n^o6, pp. 47-59.

de la loi normalement applicable aux yeux du juge par la sienne propre »²⁶¹². Mais Bartin prévient, par avance, tout risque de confusion entre les deux mécanismes²⁶¹³ :

Je n'aperçois qu'une seule différence entre les deux séries d'hypothèses ; quand l'idée d'ordre public est en jeu, l'éviction de la loi normalement applicable résulte invariablement de l'objet même de cette loi, tandis qu'elle résulte accidentellement, quand elle est due à l'influence de l'idée de fraude à la loi, de l'intention qu'a eue la personne engagée dans le rapport de droit litigieux d'éluider les dispositions de son statut personnel. Ces dispositions prennent alors, en fait, grâce à l'intention frauduleuse de la personne qui prétend s'y soustraire, le caractère de dispositions d'ordre public.²⁶¹⁴

Si, dans l'un et l'autre cas, le juge doit raisonner *ab effectu*, il se doit, en cas de fraude à la loi, de sonder l'intention de la partie litigante qui cherche à asservir la communauté de droit à ses intérêts, tandis qu'en cas d'intervention de l'ordre public, il doit juste constater la distorsion qui existe au sein même de cette communauté de droit, voire l'absence pure et simple de toute communauté.

Au terme d'un long parcours qui l'a conduit à défendre ses vues depuis son article sur les dispositions d'ordre public de 1897 jusqu'à son commentaire de l'article 3, alinéa 1^{er} pour le Aubry et Rau en 1936, Etienne Bartin a ainsi réussi à bâtir les théories des lois de police et de l'exception d'ordre public à partir et autour de la distinction cardinale entre ces deux mécanismes qui ont en commun leur caractère national, la territorialité de leurs effets et leur fondement légal dans l'article 3, alinéa 1^{er}, mais dont le fonctionnement respectif relève de logiques différentes. En effet, dans la perspective conflictualiste qui est celle de Bartin, la dichotomie entre les deux mécanismes s'impose comme une évidence.

D'une part, les lois de police de l'article 3, alinéa 1^{er}, *stricto sensu*, sont les héritières des lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires de Savigny. Mais, chez Bartin, elles regroupent un ensemble composite de règles de conflit : les dispositions de police civile *lato sensu*, relatives à la responsabilité délictuelle des articles 1382 et suivants du Code, qui s'accompagnent des règles relatives au régime des biens, par attraction de l'alinéa 2 de l'article dans l'orbite de l'alinéa 1^{er}. Cet ensemble de règles civiles, qui traduit la souveraineté de l'Etat et l'intérêt général, se signale par sa territorialité et son impérativité, parce que leur projection internationale repose sur leur désignation en qualité de *lex loci* ou de *lex rei sitae*. Dans ce cas, la simple survenance du fait ou la simple localisation du bien en France suffit à imposer au juge du for, français ou étranger, d'appliquer et de faire respecter la loi française. En cela, Bartin contribue à faire glisser la notion de police *lato sensu* dans le domaine du pur droit privé et, différence notable avec Mancini, à démarquer cette acception de toute proximité avec des règles de droit public et de droit pénal, qui sont rejetées vigoureusement hors du droit international privé. Toutefois, à la différence de Savigny, Bartin s'efforce au maximum de les traiter comme des règles de conflit et de les replacer dans la ligne de sa pensée conflictualiste, là où le maître berlinois les considérait comme des procédés dérogatoires à la communauté de droit. De ce point de vue, la théorie des lois de police doit sans doute moins à Bartin, qui s'efforce d'en atténuer la singularité pour protéger la règle de conflit, qu'à Pillet.

²⁶¹² Etienne BARTIN, 3^e article, *op. cit.*, IV, § II, p. 251. Par ailleurs, en raison de la nationalité de l'ordre public, ce juge ne peut pas sanctionner la fraude à une loi étrangère, l'eût-il détectée par ailleurs, car il n'en a pas le pouvoir.

²⁶¹³ Pour un approfondissement de la question soulevée par Bartin, voir Jacques MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente. L'ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.

²⁶¹⁴ *Eod. loc.*, p. 252.

D'autre part, par l'intermédiaire d'une étude approfondie de la jurisprudence, Bartin a dessiné les contours d'une véritable doctrine de l'ordre public international, qu'il articule autour de son caractère d'exception au jeu normal de la règle de conflit. Il prolonge, cette fois, fidèlement, les directives laissées par Savigny à propos des « institutions d'un Etat qui ne sont pas reconnues dans l'Etat du for » : Bartin n'hésite, d'ailleurs, pas à dire que l'exception d'ordre public agit *contra rationem juris*, reprenant, de la sorte, une expression de Savigny²⁶¹⁵. A partir de sa fonction d'éviction de la loi normalement compétente, il met en évidence un certain nombre de traits caractéristiques d'une notion qu'il conçoit d'abord comme fonctionnelle, destinée, non pas à abriter un certain nombre de règles législatives prédéterminées, mais à sanctionner la rupture ou le défaut de communauté de droit entre le pays du for et le pays étranger dont émane la loi désignée. L'ordre public est donc, par essence, mobile (c'est-à-dire contingent), actuel, national et territorial : ces caractères imposent la substitution par le juge saisi de sa propre loi, de sa *lex fori*. A certains égards, il s'apparente à la fraude à la loi, sans, pour autant, se confondre avec elle. Bartin construit, en définitive, une doctrine de l'ordre public, directement héritée de Savigny, qui s'adapte parfaitement à l'environnement conflictualiste qui s'annonce durant la seconde moitié du XX^e siècle et qu'il appartient à ses successeurs de reprendre à leur compte et de faire évoluer.

CONCLUSION DU CHAPITRE II :

A la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, les constructions doctrinales de Pillet et de Bartin, si différentes à maints égards, contribuent, de manière indépendante et parallèle, à façonner l'identité des lois de police et, par contraste avec le mécanisme de l'ordre public, qui demeure l'objet premier de leurs soins, à dégager, de manière encore imprécise et indistincte, les traits caractéristiques qui en font la singularité. S'ils ne sont pas directement les pères de la théorie moderne des lois de police, mérite qui revient aux générations qui leur ont succédé, du moins ont-ils le mérite d'en être à l'origine immédiate par leur réflexion continue sur le conflit de souverainetés et sur l'intérêt de l'Etat à définir, de lui-même, le cercle de sujétion territoriale dans lequel il entend appliquer ses lois indistinctement.

Attaché au respect des souverainetés et soucieux d'arbitrer leurs conflits de la manière la plus harmonieuse qui soit, Antoine Pillet articule sa réflexion sur le but social de la loi et sur l'intérêt prépondérant que celle-ci entend défendre et faire prévaloir sur les lois étrangères éventuellement en concurrence. Parmi ses catégories, il discerne tout particulièrement les lois territoriales, qu'il qualifie de « lois d'ordre public ou de garantie sociale », et qui sont celles qui prennent à leur charge un intérêt supérieur aux simples intérêts individuels, dans la mesure où il touche aux fondements même de l'ordre social tout entier. Parmi toutes ces lois territoriales, et si l'on descend encore d'un cran dans les subdivisions, il faut relever que certaines d'entre elles fonctionnent comme des lois d'application impérative parce qu'elles sont celles qui marquent l'intervention volontaire de l'Etat dans la vie civile, économique ou sociale. Si leur identification est un jeu subtil et complexe, leur fonctionnement est simple : parce qu'elles revendiquent un titre exclusif à s'appliquer, le conflit de lois est résolu *a priori*, puisque la prise en considération d'une loi étrangère n'est même pas envisagée. Mais, tout à sa volonté de donner à sa construction théorique toute la rigueur souhaitée et d'insister sur ce qui rassemble toutes ces lois plutôt que sur ce qui les distingue, Pillet a préféré les laisser au sein de la catégorie générale et elles voisinent donc avec ces

²⁶¹⁵ Etienne BARTIN, *Principes, op. cit.*, tome 2^{ème}, § 330, p. 392.

autres lois d'ordre public dont la fonction première consiste à évincer une loi étrangère, lorsque celle-ci est applicable, pour éviter qu'elle ne produise des effets indésirables sur le territoire. Si, du point de vue de la théorie des lois de police, il s'est arrêté à mi-chemin, n'estimant pas avoir besoin d'avancer plus, la confusion de ces lois au sein de la catégorie des lois d'ordre public qui semble ressortir, en apparence, de sa doctrine est davantage féconde en promesses qu'elle n'est frustrante par son inachèvement.

L'œuvre d'Etienne Bartin pourrait, sans en souffrir, supporter un jugement comparable. En disciple respectueux, mais très indépendant de Savigny, il est l'auteur qui participe le plus à revaloriser la théorie conflictualiste en France, tout en réajustant les directives savigniennes autour de ses propres conceptions particularistes et nationalistes. C'est ainsi qu'il bâtit l'ensemble de sa doctrine autour des règles de conflit et des différentes lois applicables qu'elles désignent selon les catégories du droit civil prédéfinies par l'ordre juridique du for. C'est aussi à Savigny que Bartin emprunte et transpose dans un environnement français dominé par le Code civil et son article 3 les mécanismes dérogoires à la règle de conflit, dont l'intervention, exceptionnelle, repose sur la primauté accordée par l'Etat du for à sa propre loi, afin d'en imposer les prescriptions impératives ou de repousser celles portées par la loi normalement applicables. Ces mécanismes dérogoires s'enracinent dans l'héritage statutiste auquel Savigny consent une portion congrue. Mais, allant plus loin que son maître, Bartin livre une analyse de l'article 3, alinéa 1^{er} qui le conduit à distinguer avec précision les différents cas de figure dans lesquels l'ordre juridique du for est appelé à intervenir : soit à titre normal, en vertu d'une règle de conflit, et, dans ce cas, les lois de police se confondent, selon les circonstances, avec les « lois locales » (dans l'esprit de Bartin, il s'agit essentiellement des règles sur la responsabilité civile délictuelle) ou les « lois territoriales » (relatives au régime des biens) ; soit à titre exceptionnel, avec le mécanisme d'éviction de la loi étrangère qu'est l'exception d'ordre public. Le travail de Bartin est essentiel, car il permet de séparer ce qui, jusqu'alors, était perçu de manière uniforme, mais il se ressent également trop de la volonté de l'auteur de fondre les lois de police *stricto sensu* dans le règlement de conflit bilatéral et de diminuer, par là, le rôle de l'interventionnisme d'Etat dans leur fonctionnement.

CHAPITRE III – L'EXCLUSIVISME PRETORIEN DES LOIS DE POLICE : LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE DE 1880 A 1918.

A partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, et, plus particulièrement à partir de 1860, lorsque la Cour de cassation se décide à bilatéraliser l'article 3, alinéa 3 du Code et décide d'ouvrir grand les portes aux statuts personnels étrangers sur le territoire, les juridictions françaises se montrent beaucoup plus portées à prendre en considération la loi étrangère et à en reconnaître les effets en France. Le principe de réciprocité entre les souverainetés et la théorie des droits acquis, héritage des Hollandais transmis par Story à Foelix, participent grandement de cette ouverture des tribunaux aux litiges comportant des éléments d'extranéité. Cette diffusion des lois étrangères s'effectue toujours sous le contrôle vigilant de l'ordre public porté par l'article 3, alinéa 1^{er}, qui n'hésite pas à intervenir dès lors que l'une d'entre elles met en péril la conservation de la société, voire lorsque son application risquerait de léser un intérêt français.

Après cette période d'inspiration « hollandaise », située entre 1840 et 1873 par Henri Donnedieu de Vabres, durant laquelle les magistrats français ont redécouvert et pratiqué, presque jusqu'à l'excès, les vertus de la règle *Locus regit actum*, la période qui s'ouvre à partir de 1873 et qui court jusqu'à 1904 et au-delà, date à laquelle se termine son étude, est marquée par l'apparition des idées personalistes en doctrine et en jurisprudence²⁶¹⁶. Cette dilection marquée pour les thèses de l'Ecole mancinienne se traduit par un courant dominant en faveur de l'application de la loi nationale, y compris dans des domaines où elle n'avait pas droit de cité jusqu'alors. Il s'en faut que la vague soit générale et certaines forteresses, comme celle du statut réel, qu'il s'agisse du régime des biens ou de la succession, ou celle de la forme des actes, se maintiennent de manière suffisamment stables pour démontrer la solidité des règles de conflit – *lex rei sitae* et *locus regit actum* – qui leur servent de fondations. Mais la présomption de personnalité du droit qui caractérise le personalisme après Mancini conduit les juges les plus sensibles à cet esprit nouveau – et tous ne le sont pas, loin de là – à user avec générosité de la loi nationale. Or, la fréquence de cet usage explique, par contrecoup, la multiplication des interventions de l'ordre public, entendue comme exception soulevée par le juge, dans les domaines envahis par cette même loi nationale : ainsi en est-il, en particulier, du mariage et de la filiation.

C'est à cette période, au tournant des XIX^e et XX^e siècles, que s'identifient plus nettement, d'une part, la fonction d'éviction de la loi étrangère dévolue à l'ordre public international, qui se manifeste dans des domaines du droit plus naturellement ouverts à l'extraterritorialité, et, d'autre part, la délimitation des questions de droit où les nécessités de l'intérêt général impliquent la prépondérance de la loi locale ou territoriale sur toute loi étrangère et, donc, l'action d'une loi de police. C'est aussi à cette période que les juridictions elles-mêmes commencent à employer, de manière un peu plus maîtrisée, les expressions « ordre public » et « loi de police » pour bien différencier l'attitude qu'elles entendent avoir envers la loi étrangère qu'elles veulent écarter, soit après application de la règle de conflit, soit *a priori*. C'est, d'ailleurs, au long de cette période que les juristes international-privatistes, grâce à la note d'arrêt que Jean-Emile Labbé porte à son degré de perfection, s'emparent de la jurisprudence pour construire leurs propres réflexions théoriques et aiguïser leur esprit critique. A cet égard, l'apparition des revues juridiques spécialisées doit être

²⁶¹⁶ Sur cette période, en matière de lois de police dans la jurisprudence française, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française, op. cit.*, pp. 452-461 et 485-489, et ID., « L'article 3 du Code civil et la jurisprudence française de 1804 à 1904 », *op. cit.*, pp. 848-849.

mesurée à sa juste valeur²⁶¹⁷. Le rôle joué par la *Revue de droit international et de législation comparée*, mais, surtout, par le *Clunet* et, à partir de 1905, par la *Revue de droit international privé*, est essentiel dans la diffusion et la connaissance des arrêts²⁶¹⁸. En effet, et sans priver de leur intérêt les traditionnels répertoires et périodiques généralistes, ces revues constituent un fonds commun de références venues de divers horizons et une ressource inestimable qui est mise à disposition des interprètes. C'est, enfin, à cette même époque qu'apparaissent les premières thèses sur la jurisprudence de droit international privé, dont certaines, s'inscrivant dans un débat d'actualité, portent directement sur l'ordre public²⁶¹⁹.

La période qui court en jurisprudence depuis les années 1870 jusqu'au début du XX^e siècle ne constitue pas une « régression continue » du champ d'expression de l'article 3, alinéa 1^{er}, comme il a pu l'être affirmé un peu cavalièrement²⁶²⁰, mais témoigne davantage d'une spécialisation et d'une diversification de son action. Si l'on fait abstraction de l'application de cet alinéa 1^{er} au nom de l'ordre public international, force est de constater que l'identité propre des lois de police, loin de perdre sa force, ressort avec davantage d'évidence encore. Ces lois tirent profit de ne plus être confondues avec les « lois d'ordre public », même si cette dernière expression perdure encore en pratique comme en théorie. Mais leur intervention demeure ponctuelle et circonscrite à certaines questions de droit sur lesquelles le juge français a cru bon, au nom de l'intérêt commun, de la déclencher. Or, la persistance de leur usage par les tribunaux montre bien que la jurisprudence a un temps d'avance sur la doctrine. Tandis que celle-ci peine à se dégager complètement du débat sur l'ordre public international et qu'elle lui assimile, avec plus ou moins de conviction, les lois de police, les magistrats ont bien cerné l'utilité de ces dernières, à chaque fois qu'il leur semble inutile de prendre le détour de la règle de conflit, la considération du résultat qu'ils désirent atteindre leur suffisant pour appliquer d'autorité et discrétionnairement la loi française. Leur hardiesse va même jusqu'à passer au-dessus de la lettre de l'alinéa 1^{er} et à aventurer l'action des lois de police jusqu'à l'étranger, afin qu'elles puissent suivre les Français qui sont absents du territoire.

A partir des années 1900 jusqu'à la fin de la Première Guerre Mondiale et, même, bien au-delà, période étudiée par Jacques Donnedieu de Vabres dans sa thèse, l'importance des lois de police s'accroît, non pas en fréquence d'apparitions, mais par leur appropriation des institutions nouvelles qui s'introduisent dans le droit français²⁶²¹. L'emprise de l'Etat sur la société se renforce et le sens de la collectivité, notamment à travers les lois sociales et les diverses manifestations de la sollicitude publique, monte en puissance, au détriment des prérogatives individuelles. Cette sensibilité pour la place sans cesse croissante des intérêts sociaux au sein du droit interne et du

²⁶¹⁷ Voir, entre autres, Jean-Louis HALPERIN, « La place de la jurisprudence dans les revues juridiques en France au XIX^e siècle », in Michael STOLLEIS et Thomas SIMON (dir.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, 2006, pp. 369-383 et Pierre-Nicolas BARENOT et Nader HAKIM, « La jurisprudence et la doctrine, retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°41, 2012, pp. 251-297.

²⁶¹⁸ Sur ces revues, voir Bertrand ANCEL, « La Grande Guerre et le droit international privé au travers des revues françaises », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°35, 2015, pp. 101-115.

²⁶¹⁹ Outre la thèse précitée de René Boissarie, parue en 1888 et première à porter sur l'ordre public, il faut citer une autre thèse contemporaine de notre période : Maurice MOUTIER, *Du conflit des lois étrangères avec les lois d'ordre public françaises*, Paris, 1891. Les autres thèses recensées datent des années 1920-1930 : voir, *infra*, note 2623. La première thèse, à notre connaissance, à porter sur les lois de police est celle précitée de Raymond Vander Elst, parue en 1956.

²⁶²⁰ Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du XX^e siècle*, Paris, 1937, p. 205. Fils de Henri Donnedieu de Vabres, l'auteur signale sa piété filiale en s'inscrivant dans la continuité de la thèse de doctorat de ce dernier en étudiant le même sujet de 1905 jusqu'aux années 1930.

²⁶²¹ Sur cette période, en matière de lois de police dans la jurisprudence française, voir Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, pp. 202-246. Ce travail sert de fil conducteur pour une grande partie de notre période.

droit international, dont les « lois de garantie sociale » de Pillet se font l'écho, entretient un lien intime avec l'interventionnisme étatique toujours plus important sur les institutions du droit privé. Ces catégories nouvelles, qui sortent parfois du droit civil pur, sont saisies par la territorialité de la loi française et rentrent dans la sphère d'influence de l'article 3, alinéa 1^{er}²⁶²². En effet, l'idée profonde qui sous-tend ces arrêts est d'assurer, par le moyen jugé le plus efficace, la sauvegarde des intérêts politiques, sociaux, économiques, politiques, essentiels aux yeux de l'Etat : l'organisation sociale dont celui-ci se dote, qui lui est propre, parce que définie par le biais de certaines politiques législatives volontaristes, n'a, de fait, plus grand chose en commun avec la communauté de droit chère à Savigny.

Dans ce contexte d'évolution et de maturité croissante de la discipline, la séquence jurisprudentielle qui va suivre et qui court des années 1870 jusqu'à 1918 se concentre, en priorité, si ce n'est exclusivement, sur les lois de police de l'article 3, alinéa 1^{er} proprement dites. Celles-ci se partagent entre continuité et innovation. La continuité est incarnée, en premier lieu, par la dimension de lois de police et de sûreté qui se rattachent aux lois pénales et à la compétence de la *lex loci delicti* (section 1^{ère}), tandis que l'innovation se fait sentir par l'extension desdites lois de police au domaine de la responsabilité civile et à ses multiples applications (section 2^{ème}) : l'article 1382 du Code ouvre, sur ce point, la porte à des champs encore inexplorés. Vestiges de l'affinité historique qu'elles entretiennent avec le statut réel, avec qui elles partagent la territorialité de principe, les lois de police ont également vocation à intervenir en matière réelle mobilière (section 3^{ème}). Le droit des personnes et de la famille, dans la très grande variété des matières que son spectre couvre, est, tout autant qu'auparavant, destiné à subir, de manière ponctuelle, l'irruption des lois de police, lorsqu'un intérêt particulier est jugé suffisamment digne d'être protégé par la société ou lorsque celle-ci entend maintenir son contrôle sur les institutions attachées à ce domaine du droit (section 4^{ème}). Signe des temps nouveaux, l'intérêt social se fait plus prépondérant encore en matière de droit du travail, domaine d'intervention législative s'il en est (section 5^{ème}). Enfin, l'action des lois de police perdure avec une certaine forme de stabilité dans le droit commercial, comme le témoigne l'exemple privilégié de la loi de 1872 sur les titres au porteur (section 6^{ème}). La diversité de ce panorama jurisprudentiel ne doit pas faire oublier que c'est en parcourant ces voies anciennes et nouvelles que les lois de police sont parvenues à se détacher du tronc commun qui les associait à l'exception d'ordre public²⁶²³ et qu'elles ont pu parachever leur émancipation, alors même que les deux mécanismes s'appuient sur un seul et même article du Code civil, dont la formulation vague et générale prête tant à ambiguïté qu'à discussion.

²⁶²² *Eod. loc.*, pp. 205-207.

²⁶²³ Les thèses portant sur l'ordre public international, directement ou indirectement, fleurissent à partir des années 1920-1930. Voir, entre autres, Jean MARMION, *Étude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, Paris, 1924 ; Roger BIREAUD, *Contribution à l'étude de l'ordre public en droit international privé*, Aix, 1932 ; Mircea MOLDOVAN, *L'ordre public en droit international privé*, Paris, 1932 ; Charles KNAPP, *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, Neuchâtel, 1933 ; W. LIENHARD, *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit interne et en droit international privé*, Dijon, 1934 ; Pierre SOLODOVNIKOFF, *La notion de l'ordre public dans le droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*, Paris, 1936.

Section 1^{ère}. Les lois de police et de sûreté, les dispositions de droit pénal et la compétence de la *lex loci delicti*.

L'affirmation en jurisprudence de la territorialité inhérente aux lois pénales françaises, en vertu de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil se fait de plus en plus rare à partir de 1880. Le principe en lui-même ne s'en trouve ni démenti, ni affaibli, mais la plupart des manifestations de l'application des dispositions du Code pénal aux étrangers sont relatives à des infractions spéciales et les juges ne ressentent plus guère l'utilité de s'appuyer sur un principe général qui n'est plus susceptible d'être mis en doute. En 1922, encore, Henri Donnedieu, traitant du droit positif de son époque en matière de droit pénal international, relève que le régime général consiste toujours en « l'application des règlements de police et des lois pénales qui gouvernent tous ceux qui habitent le territoire », sur le fondement de l'article 3 du Code civil²⁶²⁴. D'une manière générale, les questions de droit pénal passant à l'arrière-plan des préoccupations des international-privatistes, les arrêts ne sont plus recensés par les revues et répertoires spécialisés : de fait, la prise d'autonomie du droit international privé comme discipline universitaire semble consommer la rupture avec le droit pénal international.

Dans ce paysage d'ensemble d'une remarquable stabilité, certains arrêts, rares, semble-t-il, se distinguent en mettant directement en œuvre l'article 3, alinéa 1^{er} du Code et contribuent à faire perdurer, notamment en doctrine, le rattachement traditionnel des lois pénales au champ d'application des lois de police et de sûreté. C'est ainsi, en premier lieu, que la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt *Lobodzjinski* du 5 mars 1886, prononce une cassation partielle d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, en date du 14 janvier de la même année, pour avoir épargné la peine de relégation prévue par l'article 4 de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation à un délinquant récidiviste que cet arrêt avait condamné pour vagabondage, mendicité et infraction à un arrêté d'expulsion, au prétexte qu'il était étranger. Or, pour la chambre criminelle, les dispositions de la loi sur la relégation sont applicables aussi bien aux récidivistes étrangers que français :

Attendu que le législateur, en édictant, par l'article 4 de la loi du 27 mai 1885, la peine de la relégation jugée par lui nécessaire dans un intérêt de haute police et de sécurité sociale contre les diverses catégories de récidivistes qu'il spécifie, n'a établi aucune distinction entre les récidivistes de nationalité étrangère et ceux de nationalité française ; que les termes de la loi sont généraux et absolus ; qu'il est, d'ailleurs, de principe que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui sont sur territoire et les soumettent tous aux pénalités qu'elles édictent...²⁶²⁵

Peu de temps auparavant, le 8 février 1886, le Tribunal correctionnel de Paris avait jugé que « la loi sur la relégation, par la généralité de ses termes, s'applique aux étrangers »²⁶²⁶. Cette fois-ci, la chambre criminelle, en citant expressément les termes de l'article 3, alinéa 1^{er} dans un attendu de principe, signifie ainsi qu'elle tient cette règle de la territorialité absolue de la loi pénale pour un

²⁶²⁴ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, op. cit., pp. 441-445.

²⁶²⁵ Cour de cassation, chambre criminelle, 5 mai 1886, *Ministère public contre Lobodzjinski* : *Clunet*, pp. 203-204. L'annotateur du *Clunet* est des plus sobres : « La doctrine de la jurisprudence de la Cour de cassation ne peut faire de doute. C'est l'application nécessaire de l'art. 3 du Code civil ». En sens contraire, voir Cour d'appel de Limoges, 11 février 1886, *Gazette du Palais*, 1886, I, p. 456.

²⁶²⁶ Tribunal correctionnel de Paris, 9^e chambre, *Mayer*, 8 février 1886 : *eod. loc.*, p. 204.

principe intangible. Elle persiste et signe dans un arrêt *T'kint* du 2 juin 1893, qui reprend quasi textuellement la règle posée par l'arrêt de 1886²⁶²⁷.

Dans le même ordre d'idées, et dans la continuité des débats portant sur le traitement à réserver aux délinquants récidivistes²⁶²⁸, la loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines, dite « Loi Bérenger », « constitue, évidemment, une loi de police et de sûreté ; elle est donc, de ce chef, applicable aux étrangers dans chacune de ses dispositions ; l'article 3 du Code civil est formel dans ce sens », selon son commentateur anonyme au *Clunet*²⁶²⁹. L'institution du sursis, répondant à l'idée moderne, portée par cette loi, de l'individualisation de la peine, justifierait sans doute que son bénéfice ne soit réservé qu'aux délinquants de nationalité française, mais la jurisprudence semble plutôt opiner en sens contraire. C'est ce que démontre, en tout cas, le jugement rendu par le Tribunal de la Seine, le 2 novembre 1894, dans l'affaire *Chiloff*, où les dispositions favorables de la loi Bérenger sur le sursis ont pu bénéficier à une ressortissante russe, Mme Chiloff, qui avait été « condamnée à un mois de prison pour vol dans un grand magasin de nouveautés ». Il est alors sursis à l'exécution de sa peine²⁶³⁰.

C'est ainsi, en second lieu, que les époux étrangers résidant en France sont soumis aux juridictions et à la loi pénale françaises pour la répression du délit d'adultère, au titre des lois de police et de sûreté de l'article 3. Dans un arrêt de rejet *Dame Trezza di Musella*, en date du 17 mai 1900, la chambre criminelle de la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré, sur le fondement de l'article 3, alinéa 1^{er}, que la juridiction correctionnelle française est compétente pour connaître de la poursuite pour délit d'adultère exercée contre un étranger et d'avoir rangé les articles 336 et 339 du Code pénal parmi les lois de police et de sûreté. Ainsi que le résume le conseiller Dumas dans ses observations, l'intérêt privé qui appelle à la répression du délit doit être défendu comme une « atteinte à l'ordre social » et celui-ci est tout autant troublé par la perpétration du délit par un étranger que par un Français :

L'état de subordination relative dans lequel se trouve placée l'action publique en matière d'adultère montre assurément que, pour la répression de ce délit, l'intérêt privé doit être considéré comme prédominant, mais il n'en résulte pas moins de sa perpétration une atteinte à l'ordre social ; c'est ce qu'a déterminé le législateur en rangeant l'adultère dans le code pénal parmi les délits commis envers les particuliers. Les dispositions du code pénal sont au premier chef des lois de police et de sûreté ; or, aux termes de l'art. 3 du code civil, ces lois obligent *tous ceux* qui habitent le territoire. Cela veut dire que quiconque sur notre territoire enfreint la loi pénale doit subir les peines portées par cette loi et que la loi pénale s'étend sans exception à toutes les personnes qui résident ou se trouvent momentanément dans notre pays. Il ne saurait, à cet égard, exister de différence entre les régnicoles

²⁶²⁷ Cour de cassation, chambre criminelle, 2 juin 1893, *Ministère public contre T'kint* : *Gazette des Tribunaux*, *Journal de jurisprudence et des débats*, 3 juin 1893, p. 559 : « La loi de 1885 édictant la peine de la relégation fait partie des lois de police et de sûreté qui obligent tous ceux qui sont sur le territoire. Le législateur n'ayant établi, d'ailleurs, aucune distinction entre les récidivistes de nationalité étrangère et ceux de nationalité française, la peine de la relégation est justifiée, même lorsqu'elle est prononcée contre un étranger expulsé de France ». Comme le signale Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, *op. cit.*, p. 44, note 2, à propos de cet arrêt : « La solution se justifie par le caractère *objectif* de la loi qui vise un but de *défense sociale*, et veut éliminer du *territoire* certaines catégories de malfaiteurs dangereux ».

²⁶²⁸ Sur cette double question de la récidive et, via la loi Bérenger, du sursis, voir Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n°246, pp. 450-451.

²⁶²⁹ Questions et solutions pratiques, n°73 : « Crimes et délits. – Etrangers. – Loi du 26 mars 1891, dite Loi Bérenger. – Applicabilité. – Conditions. – Difficulté de nature internationale », *Clunet*, n°20, 1893, pp. 109-113.

²⁶³⁰ Tribunal de la Seine, 10^e chambre, *Mme Frederika Chiloff*, 2 novembre 1894 : *Clunet*, n°22, 1895, p. 231. Voir aussi André WEISS, *Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, 2^{ème} édition, tome II, Paris, 1908, p. 101.

et les étrangers ; la qualité d'étranger ne peut, en effet être un titre pour violer impunément la loi du territoire sur lequel on se trouve.²⁶³¹

Le délit d'adultère ne fait pas exception et n'échappe pas à la généralité de la disposition contenue à l'article 3, alinéa 1^{er}. Contrairement à ce que soutient la demanderesse au pourvoi, le droit pour un époux de dénoncer l'adultère ne fait pas partie intégrante du statut personnel des époux et n'est pas régi par la loi matrimoniale, qui, en l'occurrence, aurait été la loi italienne. Un tel raisonnement aurait, d'ailleurs, conduit à réserver la saisine des juridictions françaises aux seuls citoyens français. Or, poursuit le conseiller, « il s'agit d'une loi qui considère comme nécessaire à l'ordre public le respect de la foi conjugale et qui en réprime la violation comme une atteinte portée à cet ordre ».

C'est ainsi, en troisième lieu, que, dans le cadre d'une extorsion de fonds, l'expédition par le prévenu, depuis le sol français, de lettres comminatoires tendant à obtenir la remise des sommes réclamées suffit à localiser en France et caractériser, selon le droit français, un délit commis par un étranger à l'encontre d'un autre étranger. Le Tribunal correctionnel de la Seine ne se fait pas faute, dans son jugement en date du 5 novembre 1903, de relever que « la loi pénale française est incontestablement applicable aux étrangers, quant aux délits commis par eux en France, à l'égard de toute personne, même étrangère ». Dans cette affaire, la règle de conflit mise en œuvre par les juges parisiens est la *lex loci delicti*, mais sur le fondement de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil²⁶³².

C'est ainsi que, en quatrième lieu, les circonstances de guerre justifient un durcissement de la législation criminelle à l'encontre des étrangers présents sur le territoire et suspectés de faire le jeu de l'ennemi. Les dispositions du Code pénal qui répriment les attentats à la sûreté extérieure ou intérieure de l'Etat, aux articles 75 à 85 du Code pénal et 204 à 208 du Code de justice militaire, et qui punissent le fait d'entretenir des intelligences avec l'ennemi, rentrent dans la catégorie des textes dont l'application territoriale et personnelle est absolument générale. Cette série d'articles, confortés par l'article 269 du Code de justice militaire et la loi du 26 avril 1916 (article 6, § 9), investissent les juridictions militaires du pouvoir de connaître ces crimes. C'est sur ce fondement que, le 16 novembre 1916, la chambre criminelle de la Cour de cassation décide de rejeter le pourvoi formé par un ressortissant allemand, Rodeck, contre les sentences des Conseils de guerre et de révision qui l'avaient condamné à mort pour intelligences avec l'ennemi. La Cour relève que les articles 77 du Code pénal, de même que l'article 205 du Code de justice militaire, punissent de la peine capitale de telles intelligences avec l'ennemi et que « cet article est applicable à l'étranger qui met à profit son séjour en France pour favoriser l'armée ennemie »²⁶³³. L'annotateur au *Clunet* remarque que Rodeck, s'il n'était pas domicilié en France, opérait sur le territoire au moment où il a commis les agissements qui lui sont reprochés et que cette circonstance a été décisive dans l'appréciation des juges français. L'arrêt *Rodeck*, qui s'inscrit dans un contexte de guerre, se situe dans le prolongement de l'arrêt *Jacob* de 1874 et élargit encore les critères autorisant la poursuite de l'étranger qui se rend coupable d'un attentat à la sûreté de l'Etat. En vertu de l'arrêt *Jacob*, René Garraud, dans son *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, considère encore que seul l'étranger « habitant la France » était tenu par les lois de sûreté qui y ont cours : « De même qu'il est protégé par les lois françaises de police et de sûreté, de même, il doit obéir à ces lois (C. Civ., art. 3). Il

²⁶³¹ Cour de cassation, chambre criminelle, *Dame Trezza di Musella*, 17 mai 1900 : *Dalloz périodique*, I, pp. 401-402, et, sur l'ensemble de l'affaire, *Clunet*, n°28, 1901, pp. 120-126.

²⁶³² Tribunal correctionnel de la Seine, 9^e chambre, *M. contre P.*, 5 novembre 1903 : *Clunet*, n°31, 1904, pp. 379-382.

²⁶³³ Cour de cassation, chambre criminelle, *Rodeck*, 16 novembre 1916 : *Clunet*, n°44, 1917, pp. 1741-1744, note F. T.

commet donc un fait personnel, de trahison envers un pays qui sauvegarde sa sûreté, sa propriété et ses droits, quand il se livre à l'un des actes incriminés par les articles 77 et suivants »²⁶³⁴. Mais les circonstances de guerre et, surtout, la prise en compte de la commission de l'acte incriminé sur le territoire même d'un des pays belligérants sont de nature à encourager une redéfinition des conditions de mise en œuvre de ces règles répressives et à frapper de manière plus absolue les prévenus étrangers des peines qu'elles édictent.

C'est ainsi que, en cinquième lieu, un sujet étranger, condamné en France, à titre principal, à une peine de cinq ans de travaux forcés pour viol sur une Française, doit être soumis à la peine accessoire de l'interdiction légale, sur le fondement de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, sans qu'il soit nécessaire de rechercher quelles sont les dispositions de son statut personnel. La Cour d'appel de Grenoble, dans l'arrêt *Raynaud*, le 14 juin 1892, relève que la question de la capacité ou de l'incapacité éventuelle du condamné n'a pas à entrer en considération, car, à la peine afflictive et infamante qui le frappe, est irrémédiablement attachée l'interdiction légale.

Attendu qu'aux termes de l'article 3 du Code civil, les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire français ; que Clapier, sujet italien, mais condamné en France pour un crime commis sur le territoire français, est soumis aux lois répressives françaises ; que, si bien (*sic*) les lois qui forment le statut personnel des étrangers régissent ceux-ci en France, cette règle ne s'entend que des lois civiles, mais que les lois pénales françaises s'imposent par une nécessité de défense sociale à tous ceux qui habitent le territoire français...²⁶³⁵

C'est ainsi que, en dernier lieu, la chambre criminelle de la Cour de cassation refuse, dans l'arrêt *Lagorio* rendu le 20 juin 1919, de faire droit à la demande de l'Italien qui, après avoir été condamné pour escroquerie en France puis expulsé du territoire en 1909, sollicite sa réhabilitation des autorités judiciaires françaises, mais qui ne satisfait pas les conditions de résidence sur le territoire dont la loi du 14 août 1885 fait dépendre le bénéfice de la réhabilitation judiciaire. Le fait d'avoir été empêché, entretemps, de revenir en France pour y établir son domicile sur le territoire français ne peut être considéré comme un cas de force majeure : « si rien ne s'oppose à ce qu'un étranger condamné en France soit admis à poursuivre sa réhabilitation, aucune disposition de loi ne le dispense des justifications imposées aux Français pour obtenir le même bénéfice »²⁶³⁶. Cette lecture intransigeante de la loi du 14 août 1885 contribue à la ranger, d'autorité, sous la bannière des lois de police et de sûreté.

Section 2nde. L'extension du champ d'application des lois de police à la responsabilité civile délictuelle.

La jurisprudence française de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle témoigne des liens très forts qui perdurent entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile, par la manière dont est mise en œuvre la règle de conflit soumettant les délits et quasi-délits à la *lex loci delicti*. C'est également à cette époque qu'une part de plus en plus importante est faite aux conflits de lois portant sur la responsabilité civile délictuelle et sur ses différentes déclinaisons. Or, davantage que

²⁶³⁴ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 1^{ère} édition, tome deuxième, Paris, 1888, § 335, p. 542 (cité par l'annotateur au *Clunet* de l'arrêt *Rodeck*).

²⁶³⁵ Cour d'appel de Grenoble, première chambre, *Raynaud contre Martel ès qualités*, 14 juin 1892 : *Clunet*, n°19, 1892, pp. 1143-1144 (Martel est le tuteur de Clapier, sujet italien).

²⁶³⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, *Lagorio*, 20 juin 1919 : *Revue du droit international privé*, 1920, pp. 472-475 et *Clunet*, 1920, pp. 219-222.

la solution, qui n'est guère contestée, c'est sa justification et sa portée qui suscitent une variation d'interprétations parmi les arrêts qui sont recensés. Le problème qui se pose peut être résumé de la manière suivante : faut-il considérer que la loi relative aux questions de responsabilité civile délictuelle s'applique en tant que loi d'ordre public, c'est-à-dire en tant que *lex fori*, ou en tant que « loi de police », *lex loci delicti* fondée sur l'article 3, alinéa 1^{er}, éventuellement corrigée par l'action contraire d'une exception d'ordre public ? L'incidence pratique de cette distinction n'est pas fortuite. Dans le premier cas, la loi qui est désignée par la règle est nécessairement la loi locale qui, par son application immédiate sur le territoire, fait l'économie de tout recours à l'ordre public. Si le juge saisi est le juge français, le caractère exclusif qui s'attache à la territorialité de la loi française est incontesté. Dans le second cas, la loi qui est appliquée sur le territoire est soit la loi locale, soit la loi étrangère, qui n'est admise qu'à condition de ne pas heurter l'ordre public du for. Dans ce cas, la loi qui est investie étant susceptible d'être une loi étrangère, le caractère exclusif qui s'attache à la territorialité de la loi française s'en trouve fortement relativisé.

Dans les faits, l'analyse de la jurisprudence permet d'entrevoir une tendance lourde des juges français, suivis en cela par une partie non négligeable de la doctrine, à identifier, voire à assimiler *lex loci delicti* et loi de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er}. Les lois de police et de sûreté deviennent, ainsi, l'expression du droit intangible de l'ordre juridique local, celui du lieu de commission de l'infraction, à demander réparation pour les troubles que le fait générateur a suscités dans la société sur laquelle il veille. Elles n'ont plus ce caractère d'exclusivité qui les définissait originellement : elles se rangent parmi les règles de conflit. Or, le domaine de cet alinéa 1^{er}, rédigé de manière unilatéraliste, mais bilatéralisé par sa mise au service de la *lex loci delicti*, s'étend non seulement à la matière classique de la responsabilité civile délictuelle (§ 1), mais aussi à la responsabilité maritime et à la question des abordages (§ 2), ainsi que, traduisant une préoccupation nouvelle du législateur, à la loi de 1898 sur les accidents du travail (§ 3).

§ 1. La responsabilité civile délictuelle.

La jurisprudence française de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle a eu, à de nombreuses reprises, l'occasion de se prononcer sur de multiples questions relatives à la responsabilité civile et d'affiner une position prétorienne qui n'avait eu, jusqu'ici, que peu d'occasions de s'affirmer, en dehors des litiges touchant à la responsabilité pénale. C'est par mimétisme avec cette dernière que les tribunaux ont commencé par raisonner, faisant passer les obligations délictuelles sous l'empire de l'article 3, alinéa 1^{er}²⁶³⁷. La lecture des arrêts de cette époque autorise ainsi Henri Donnedieu de Vabres à en tirer la règle suivante : « les lois qui déterminent les conséquences civiles ou pénales d'un délit sont territoriales »²⁶³⁸. D'un point de vue formel, pour justifier leur recours à la *lex loci delicti*, à savoir à la règle de conflit traditionnelle, aussi bien en matière civile que pénale, les tribunaux français et belges ont fixé son siège dans l'article 3, alinéa 1^{er}, mais, pour ce faire, ils ont dû en forcer la lettre et bilatéraliser cet alinéa, dont la

²⁶³⁷ Sur cette jurisprudence, voir Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, op. cit., pp. 456-457, Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, op. cit., pp. 207-211 et, sur la jurisprudence belge, voir Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté*, op. cit., tome II^e, n°69, pp. 226-227. Les deux premiers assimilent *lex loci delicti*, loi de police et loi territoriale.

²⁶³⁸ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, op. cit., p. 456.

formulation est, d'un point de vue littéral, unilatéraliste, en acceptant d'appliquer la loi étrangère aux délits civils commis en territoires étrangers²⁶³⁹.

Si l'application de la *lex loci delicti* domine la jurisprudence de cette époque, les arrêts qui font explicitement référence aux lois de police et de sûreté en tant que fondement de la règle de conflit sont, à l'examen, peu nombreux. En dehors des questions nouvelles que sont l'abordage maritime ou les dispositions de la loi de 1898 sur les accidents du travail, les cas de figure plus classiques mettant en jeu la responsabilité civile délictuelle sont soumis à l'empire de ces lois de police bilatéralisées qui assurent la plénitude de compétence de l'ordre juridique où s'est produit le fait litigieux et dont l'ordre social a été troublé par sa survenance. La pratique des tribunaux est suffisamment constante pour en faire une vérité. C'est, d'ailleurs, cette évidence que rappelle, en des termes choisis, la Cour d'appel de Besançon, dans son arrêt *Edouard Pernod* du 5 août 1903, lorsque, saisi par un commerçant français qui cherchait à faire reconnaître la responsabilité pour concurrence déloyale de l'un de ses concurrents « français ou suisse », en raison de la manœuvre qu'aurait constitué le procès prétendument téméraire soutenu par ce concurrent devant les juridictions de New York contre un commerçant américain pour usurpation de marque de fabrique, les juges bisontins déclarent que c'est valablement et « de bonne foi » que ledit concurrent a introduit son instance aux Etats-Unis, au motif que :

1. Les lois de police s'étendent au territoire de chaque Etat. Il suffit qu'un pays ait été le théâtre d'une infraction pour attribuer compétence aux juridictions de ce pays.²⁶⁴⁰

Dans le même ordre d'idées, les deux arrêts *Morley Unwin*, rendus par la Cour d'appel d'Aix le 19 décembre 1892, puis par la chambre des requêtes de la Cour de cassation, le 29 mai 1894, ont jugé que l'action en dommages-intérêts intentée en France par le sieur Unwin contre la Banque populaire de Menton, pour avoir, par des opérations de banques commises sur le territoire de la Principauté de Monaco, violé le monopole concédé par le Prince au premier nommé, se heurtait, pour des raisons d'ordre public, à une fin de non-recevoir, en vertu du principe de la liberté du commerce, proclamé en France par le décret-loi du 2-17 mars 1791, plus connu sous le nom du « Décret d'Allarde ». Les juges du droit ont suivi en cela les juges du fond, en considérant que la liberté du commerce était un principe supérieur susceptible d'écarter une loi impérative étrangère, alors même que les deux juridictions admettent, par implicite, que c'est à la loi du lieu où le fait – en l'occurrence, la concurrence déloyale, par violation du monopole – a été commis de décider de son caractère délictueux ou non. L'argumentation retranscrite dans l'arrêt de la Cour d'Aix présente, de ce point de vue, un grand intérêt, car elle souligne la grande plasticité qu'entretiennent, par interpénétration, les notions de « loi de police » et de « loi d'ordre public » :

Considérant que, sans doute, l'appelant [*Unwin*], qui procède devant les tribunaux français en vertu de l'art. 15, C. civ., peut leur demander d'appliquer l'ordonnance en question comme rentrant dans la catégorie des lois de police et de sûreté obligatoires pour tous les habitants, nationaux ou étrangers, du pays où elles ont été édictées ; qu'à ce titre, et par voie de réciprocité avec l'art. 3, C. civ., on doit considérer, s'agissant en l'espèce d'un quasi-délit, que cette disposition législative, émanée du souverain du lieu où a pris naissance le fait prétendu dommageable duquel Unwin entend faire découler l'obligation qu'il invoque, régit les parties en cause au point de vue de la contestation qui les

²⁶³⁹ Sur cette tendance, voir et Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, pp. 29-31 (« L'article 3 et la jurisprudence »).

²⁶⁴⁰ Cour d'appel de Besançon, première chambre, *Edouard Pernod contre Segler Pernod*, 5 août 1903 : *Clunet*, 1904, p. 671 et *Gazette judiciaire et commerciale de Lyon*, 8 mars 1904.

divise, et que, partant, la justice française serait en droit de la prendre pour base de sa décision ; — Mais, considérant qu'une loi étrangère ne peut recevoir son application en France qu'à la condition de ne porter aucune atteinte aux principes d'ordre public qui dominent notre législation ; que, depuis le décret-loi des 2-17 mars 1791, la liberté du commerce, déjà proclamée, est définitivement devenue l'une des assises fondamentales de notre état social ; que la mesure prise par l'autorité monégasque va directement à l'encontre de ce principe éminemment fécond ; qu'elle constitue, non une simple restriction ou une réglementation, mais une prohibition absolue ayant pour conséquence d'entraver et de paralyser de la manière la plus complète l'essor des transactions ; que, sans qu'il y ait à rechercher les considérations qui ont pu porter le chef d'un Etat... à monopoliser une des branches les plus importantes de l'activité humaine, il faut reconnaître que la règle par lui posée ne saurait recevoir la consécration du pouvoir judiciaire institué en terre française, et décider par suite que l'appelant ne peut se prévaloir devant les magistrats auxquels il a déferé sa prétention du privilège qui lui a été octroyé...²⁶⁴¹

Dans sa prétention, Unwin s'était porté sur le terrain des lois de police et de sûreté pour tenter de faire admettre le caractère contraignant du privilège de monopole qui lui a été conféré par le Prince de Monaco et d'en faire admettre la portée extraterritoriale, dont dépendait le succès de sa demande. La Cour d'Aix reconnaît, sur le fondement d'un article 3, alinéa 1^{er} qu'elle bilatéralise à dessein, que la loi monégasque est compétente pour connaître du quasi-délit qui s'est produit sur le territoire de Monaco et que la justice française est disposée à en faire application, en vertu de la *lex loci (quasi) delicti*. Elle ne remet pas en cause le caractère de « loi de police » qui s'attache à la loi étrangère, précisément parce que l'acception qu'elle donne à cette expression équivaut à l'assimiler à la règle de conflit en matière délictuelle et quasi-délictuelle. Fait remarquable, ce point n'est, d'ailleurs, discuté par personne, y compris par les commentateurs de l'arrêt. En revanche, la Cour d'Aix, approuvée par la juridiction suprême, oppose à cette loi de police étrangère « les règles de notre ordre public » qu'elle soulève par voie d'exception, mais qu'elle décrit dans les termes qui conviennent parfaitement à une loi de police au sens moderne.

La question qui se pose au moment d'apprécier la valeur et la portée de la décision est de déterminer si les magistrats ont eu raison de soulever l'exception d'ordre public pour contrariété à un principe supérieur posé par une loi française ou si ce principe supérieur ne pouvait pas, sans blesser l'ordre de la société, souffrir une exception en accueillant un droit de monopole qui, pour être illicite en France, n'en était pas moins licite dans l'Etat où il est né de manière légitime. Si le professeur aixois Eliacin Naquet, qui commente, pour le *Sirey*, la décision de la Cour d'appel, ne peut nécessairement qu'en approuver les termes, puisqu'il était le procureur général commis à cette affaire, ses observations substantielles suscitent le désaccord du célèbre commercialiste Charles Lyon-Caen, qui, dans sa note sous l'arrêt de la chambre des requêtes de 1894, lui oppose, toujours au *Sirey*, des observations nourries en sens contraire. Pour développer leurs vues adverses, les deux professeurs se fondent, respectivement, sur les principes généraux du droit international privé et sur leur interprétation de l'action de l'ordre public international français, car là réside le nœud de leur dissentiment. Naquet estime que le décret d'Allarde est une loi d'ordre public qui établit un principe dont l'importance impose de s'appliquer aux Français et aux étrangers, en écartant toute prise en considération de la loi étrangère ; Lyon-Caen s'offusque que les juges n'aient pris en compte que le seul point de vue français, sans avoir eu d'égards pour la loi monégasque, son opinion étant que le décret d'Allarde ne rentre pas parmi les dispositions d'ordre public. En cela,

²⁶⁴¹ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, première chambre, *Morley Unwin contre Banque populaire de Menton*, 19 décembre 1892, et Cour de cassation, chambre des requêtes, *Morley Unwin contre Banque populaire de Menton*, 29 mai 1894 : *Recueil Sirey*, 1893, II, pp. 202-204, note Eliacin Naquet, et *Recueil Sirey*, 1894, I, pp. 481-483, note critique Charles Lyon-Caen.

les deux annotateurs se font l'écho des discussions qui agitent la doctrine à leur époque.

Les juridictions françaises n'ont pas toujours fait preuve d'une maîtrise très assurée de la justification de la règle de conflit donnant compétence à la *lex loci delicti* et certaines décisions hétérodoxes empruntent des détours dans leur raisonnement qui les éloignent sensiblement du terrain des lois de police. Parmi ces jugements et arrêts isolés, figurent ceux qui appliquent la *lex loci delicti* en s'appuyant sur la maxime *Locus regit actum*, confondant ainsi la forme et le fond du droit, la règle de conflit relative aux formes de l'acte et celle qui prévaut pour la commission d'un « acte » délictueux, alors qu'il s'agit d'un fait. Pourtant, cela n'empêche pas Henri Donnedieu de Vabres de ranger le jugement du Tribunal commercial de la Seine, en date du 27 mai 1896, dans les décisions qui consacrent l'article 1382 du Code civil parmi les lois de police²⁶⁴². La chambre civile de la Cour de cassation a, par ailleurs, eu l'occasion de clarifier sa position à ce sujet en écartant tout fondement basé sur la maxime *Locus regit actum* dans des affaires où, de toute évidence, la compétence de la *lex loci delicti* s'imposait à tous²⁶⁴³.

Au regard du principe qui assimile la *lex loci delicti* à l'alinéa 1^{er} de l'article 3 du Code civil, les juridictions ont, de manière exceptionnelle, ressenti la nécessité de suivre la logique de cet alinéa jusqu'à ses plus extrêmes limites et de l'appliquer, directement au titre de loi de police, à certains cas de figure où tout les appelait à confier le règlement de la responsabilité à une loi étrangère. Henri Donnedieu de Vabres en fait état en suggérant, sans doute à raison, que ces décisions ont pu être inspirées par « le désir de sauvegarder un intérêt français ». Les juges français dérogent ainsi à la *lex loci delicti* pour lui préférer une application directe de la *lex fori*, certainement avec la conviction qu'un délit poursuivi devant les tribunaux français, même commis à l'étranger, fonde nécessairement la vocation de la loi française à s'appliquer. En pareil cas, les juges français font, le plus souvent, fi de la loi étrangère normalement applicable et substituent à celle-ci – en imposant, le plus souvent, d'autorité, la compétence juridictionnelle française (ramenant ainsi le délit commis à l'étranger à un délit commis en France) – les dispositions d'ordre public de la loi française.

Dans le fameux arrêt *Ackerman-Laurance*, les juges de la Cour d'appel d'Angers, le 15 septembre 1891, ont considéré que le fait, pour un commerçant français, de faire la réclame, depuis la France, de vins mousseux de Saumur à destination de l'Angleterre, sous la fausse appellation de « vins de Champagne », suffit à localiser le délit sur le territoire français et à en justifier la répression selon la loi française, sans avoir à se soucier de la loi anglaise. Celle-ci aurait dû être normalement compétente si l'on estimait que le délit de concurrence déloyale était commis en Angleterre, mais les magistrats angevins ont cherché, tout à la fois, à motiver la double compétence judiciaire et législative française, en retenant que le préjudice subi était principalement ressenti en France. Etienne Bartin, lorsqu'il commente cet arrêt dans ses *Etudes de droit international privé* afin de l'ériger en exemple de l'intervention de l'exception d'ordre public en matière d'obligations délictuelles, s'efforce de démontrer que les juges français n'ont cherché qu'à évincer la loi anglaise normalement compétente pour y substituer la loi française à titre exceptionnel. La lecture de l'arrêt

²⁶⁴² Tribunal commercial de la Seine, *Choquet et c^{ie} contre Leipziger Bank*, 27 mai 1896, approuvé par Cour d'appel de Paris, première chambre, 23 juin 1899 : *Clunet*, n°24, 1897, pp. 124-128, et n°28, 1901, pp. 128-132, pour avoir décidé que le « tribunal ayant à se prononcer sur les conséquences d'un acte survenu à l'étranger doit, en vertu de la règle *locus regit actum*, s'inspirer de la loi du pays où l'acte s'est produit ». Voir aussi Tribunal de commerce de Marseille, *Bernardi contre C^{ie} générale Transatlantique*, 5 juillet 1904 : *Clunet*, n°33, 1906, p. 424.

²⁶⁴³ Cour d'appel de Paris, 2^e chambre, *C^{ie} la Baloise contre Wallemborg et la C^{ie} la Foncière*, 7 décembre 1885, approuvé par Cour de cassation, chambre civile, même affaire, 16 mai 1888 : *Clunet*, n°13, 1886, pp. 713-718 et *Clunet*, n°16, 1889, pp. 664-665 : selon les juges du fond, « la règle *locus regit actum* ne doit s'entendre que des formes de procédure dont le caractère plus ou moins onéreux appartient souverainement à la législation du pays où les actes se poursuivent ».

semble davantage conduire à incliner vers une volonté délibérée d'y faire intervenir des considérations de police pour préserver les intérêts des victimes françaises – le syndicat du commerce de vins de Champagne – des aléas auxquels aurait pu les exposer l'application de la loi anglaise, qui déclare de tels agissements licites. L'affirmation de la Cour selon laquelle elle « n'a point à rechercher si certains actes prohibés en France sont tolérés ou permis en Angleterre » ne tend pas à indiquer une prise en considération de la loi anglaise²⁶⁴⁴.

La Cour d'appel de Rouen, le 10 août 1892, décide de manière discrétionnaire de se fonder sur le privilège de juridiction institué par l'article 14 du Code civil, jugé exorbitant par l'ensemble de la doctrine, pour s'octroyer la compétence d'un quasi-délit commis en pleine mer par un étranger sur la personne d'un Français, à bord d'un navire étranger, faisant fi de toute localisation du fait délictueux et faisant retomber la faute sur l'armateur anglais poursuivi par la victime. Liant l'article 14 à l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, les juges rouennais affirment péremptoirement que : « les tribunaux français, étant compétents pour connaître de l'action intentée par un Français contre un étranger, à raison d'un quasi-délit commis par celui-ci, doivent nécessairement appliquer la loi française »²⁶⁴⁵.

Enfin, le Tribunal civil de la Seine, le 23 janvier 1911, rend un jugement qui déclare que la justice française est compétente pour connaître d'une action en dommages-intérêts à l'encontre du comte de Groeben intentée par son ancien valet de chambre, Dunker, tous deux de nationalité allemande, et basée sur les allégations jugées diffamatoires du premier à l'encontre du second ayant causé le renvoi de celui-ci de son nouvel emploi. Pour ce faire, les juges parisiens se fondent exclusivement sur l'article 3, alinéa 1^{er}, qui est, pourtant, relatif à la loi applicable et non pas, comme ils semblent l'avoir pensé, attributif de compétence juridictionnelle. Le seul constat que les faits se sont déroulés à Paris suffit aux magistrats pour les soumettre discrétionnairement à l'empire exclusif de la loi française :

Attendu que l'art. 3 du Code civil porte que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ; que le sens des mots « lois de police » est très étendu ; — Que le fait que Dunker reproche à Groeben serait une diffamation, dont la répression importerait nécessairement au bon ordre ; — Que, par suite, l'étranger qui s'en serait rendu responsable serait justifiable (*sic*) des tribunaux français ; — Qu'il n'y a pas lieu de distinguer sur ce point entre le délit et le quasi-délit ; — Que l'ordre public y serait également intéressé et que le tribunal est donc compétent.²⁶⁴⁶

La prétention d'appliquer la loi française à des délits commis, le plus souvent, à l'étranger relevait, en l'occurrence, d'une lecture unilatéraliste de l'article 3. Cette lecture est motivée par une faveur pour la loi française, considérée comme la plus juste et la plus à même d'assurer une réparation équitable, dans des affaires où un Français était souvent impliqué en qualité de victime. Les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen précité sont, à cet égard, révélateurs de cette considération d'équité pour l'intérêt français partie au litige²⁶⁴⁷. On ne saurait mieux exprimer que

²⁶⁴⁴ Cour d'appel d'Angers, *Syndicat du commerce des vins de Champagne contre Ackerman-Laurance*, 15 décembre 1891 : *Clunet*, n°19, 1892, pp. 1144-1147. Sur l'interprétation d'Etienne Bartin, voir, *supra*, pp. 983-984.

²⁶⁴⁵ Cour d'appel de Rouen, 1^{ère} chambre, *Suart contre Clément*, 10 août 1892 : *Clunet*, n°19, 1892, 1151-1155.

²⁶⁴⁶ Tribunal civil de la Seine, 3^{ème} chambre, *Dunker contre de Groeben*, 23 janvier 1911, troisième chambre : *Clunet*, n°39, 1912, pp. 185-186 et note Jean Perroud.

²⁶⁴⁷ La Cour d'appel de Rouen poursuit son argumentation en ces termes : « qu'il n'a pu entrer dans la pensée du législateur, lorsqu'il a édicté l'article 14 du Code civil, que les juges seraient tenus de se conformer à une législation qui n'est pas l'objet de leur institution et qu'ils ne sont pas obligés de connaître ; — Que si telle eût été son intention, il l'aurait expressément déclaré ; — Att., dans l'espèce, que d'après les articles 1382 et suivants du Code civil, la faute et la responsabilité de Suart sont incontestables, ainsi que cela a été ci-dessus établi ».

ne l'ont fait les juges rouennais l'idée que la loi applicable doit être, dans ces cas, la *lex fori*. Mais le fait que ces décisions émanent, en grand nombre, de juges du fond permet peut-être d'expliquer cette inclinaison par les circonstances mêmes des espèces dont ils étaient saisis.

La plupart des arrêts et jugements rapportés montrent bien que le fait de qualifier une disposition de « loi de police » n'induit pas nécessairement, contrairement à ce que postulaient les juges de Rouen, l'application de la *lex fori*, mais celle de « la loi du lieu où le fait qui nécessite l'intervention s'est produit ». Là où la première exigerait du juge français qu'il appliquât la loi française, au mépris des autres lois en concurrence, et avec des considérations de souveraineté sous-jacentes, la seconde se conforme à l'idée de territorialité, et admet parfaitement qu'une loi étrangère doive connaître du fait (délict ou non) survenu sur son territoire et que les juges français puissent l'appliquer²⁶⁴⁸. Les décisions en faveur de la *lex fori*, sur le fondement de l'équation selon laquelle la territorialité équivaut à l'application de la loi française, se sont donc fondées sur l'article 14 pour s'assurer la compétence juridictionnelle des tribunaux français et sur l'article 3 pour appliquer la loi française à des faits primitivement localisés en dehors du territoire. En effet, on voit mal comment l'on peut raisonnablement justifier autrement qu'une loi territoriale s'applique à des faits survenus hors de son territoire : il faut donc en déduire que le seul fait qu'un ressortissant national fût impliqué et réclamait réparation justifiait, dans l'esprit des juges, qu'il soit fait application de la loi du for. Comme le souligne à juste titre Henri Donnedieu de Vabres pour cette période, « la compétence judiciaire, résultant de l'article 14, entraîne la compétence législative »²⁶⁴⁹.

Cette prise de position en faveur de la *lex fori*, qui semble, au premier abord, purement circonstancielle, n'est, toutefois, pas demeurée sans lendemain : c'est sur la base de tels arrêts que Henri et Léon Mazeaud vont, dans leur *Traité de la responsabilité*, défendre l'idée selon laquelle les conflits de lois sur la responsabilité civile devraient plutôt être régis par la *lex fori*, en considérant que les dispositions qui y sont relatives appartiennent aux lois de police et de sûreté et en invoquant la lettre même de l'article 3, alinéa 1^{er}, qui implique la compétence exclusive de la loi française²⁶⁵⁰. Mais ce n'est qu'en 1948, avec l'arrêt *Lautour*, que la Cour de cassation va clore la discussion en prenant ouvertement position en faveur de la *lex loci delicti* et trancher le dernier lien qui rattachait la responsabilité civile à l'alinéa 1^{er}²⁶⁵¹.

L'investissement de l'article 3, alinéa 1^{er} par les articles 1382 et suivants du Code civil s'est donc confirmé à maintes reprises dans la jurisprudence de la fin du XIX^e et du XX^e siècle, implicitement ou ouvertement, de manière détournée ou par application directe. La tendance se confirme, notamment, dans les questions de responsabilité maritime et, plus particulièrement, dans les litiges relatifs aux abordages, qui se multiplient à cette époque.

²⁶⁴⁸ Pour une confirmation *a contrario*, voir le cas du protectorat de Tunisie, où il est décidé que les lois de police françaises purement territoriales n'y sont pas applicables, parce qu'elles sont remplacées par des lois de police locales qui s'appliquent à tous, y compris aux Français et autres ressortissants européens : voir Tribunal de première instance de Tunis, 3^{ème} chambre, *Terras*, 14 mars 1908 : *Clunet*, n°36, 1909, pp. 203-204.

²⁶⁴⁹ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, p. 457.

²⁶⁵⁰ Henri et Léon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e édition, n°2238 et suivants, pp. 268 et suivantes. Voir aussi Henri MAZEAUD, « Conflits de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle », *Revue critique*, n°1, 1934, pp. 377-402, spéc. pp. 383-385. Voir aussi les critiques formulées par Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, pp. 208-211. Sur la bilatéralisation tardive (Cour de cassation belge, 1^{ère} chambre, *Bologne*, 17 mai 1957) de l'article 3, alinéa 1^{er} sur une question de responsabilité délictuelle, voir *Revue critique*, n°47, 1958, pp. 339-345, note Yvon Loussouarn et François RIGAUX et Gerassimos ZORBAS, *Grands arrêts de la jurisprudence belge : droit international privé*, Bruxelles, 1981, pp. 254-261.

²⁶⁵¹ Cour de cassation, chambre civile, section civile, *Lautour*, 25 mai 1948 : *Grands arrêts*, n°19, pp. 164-176.

§ 2. La responsabilité maritime et l'abordage.

L'abordage est, sans doute, l'une des sources de litiges les plus importantes dans le domaine de la responsabilité civile à cette époque et, non content d'accaparer régulièrement l'attention des tribunaux français, il donne lieu à de nombreux écrits doctrinaux : les multiples décisions rapportées par les répertoires de jurisprudence et les revues spécialisées, ainsi que le nombre d'articles consacrés à ce sujet attestent à suffisance de l'ampleur du phénomène. Si le régime général de la responsabilité civile en droit international privé se construit également à partir des décisions portant sur ces questions d'abordage et, plus généralement, de responsabilité maritime (comme la responsabilité de l'armateur), il n'en demeure pas moins que cette matière s'ouvre, par la même occasion, au champ d'application de la loi de police et de sûreté, au sens de *lex loci delicti*, et qu'elle nécessite de remettre en perspective leur périmètre d'action dans l'espace. En effet, le trait particulier de l'abordage est que la notion de territoire, relativement facile à déterminer en cas de frontières terrestres officiellement reconnues, devient beaucoup plus élastique dès lors que les frontières se font maritimes. S'il est encore possible de s'accorder sur la délimitation des eaux territoriales propres à chaque pays possédant une façade maritime, la difficulté de localiser le fait dommageable se fait bien plus aiguë dès lors que le bateau assailli l'est en haute mer. Le *locus delicti* étant toujours établi en fonction de la loi censée s'y appliquer, que doit-on décider si le délit est commis dans un lieu où aucune loi ne règne ? Ce n'est que l'une des nombreuses questions qui se sont posées aux juridictions, françaises et étrangères, et qui ont contribué à façonner un régime spécial à la responsabilité maritime.

D'une manière générale, le principe qui s'est dégagé en jurisprudence française est de soumettre à la loi française les cas de responsabilité qui se produisent au sein des eaux territoriales françaises, qui sont une extension du territoire terrestre, et d'appliquer cette loi dans sa généralité, c'est-à-dire indépendamment de la nationalité du navire (déterminée par la loi du pavillon). Sa compétence s'étend aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité, à la détermination des personnes responsables et à l'étendue des réparations occasionnées par le dommage. *A contrario*, si l'accident se produit en haute mer, là où aucune loi n'est compétente, la solution la plus raisonnable est d'appliquer la *lex fori*, en raison de sa compétence subsidiaire générale²⁶⁵². L'affrontement principal, au sein de ce conflit de lois, tourne, une nouvelle fois, autour de la dialectique entre *lex loci delicti* et *lex fori*.

De manière exceptionnelle, les juges du fond ont pu ressentir le besoin de substituer d'eux-mêmes à la loi étrangère normalement applicable la loi française dans le but d'accorder des réparations à la victime du dommage, parce que la loi étrangère ne prévoyait rien à cet égard. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, le 7 décembre 1885, a jugé qu'était recevable l'action en dommages et intérêts pour saisie indue d'un navire français en territoire américain, alors même que la législation américaine ne prévoyait rien à cet égard. Mais la Cour de cassation, saisie de cette affaire par un pourvoi, s'est prononcée en faveur de la compétence de principe de la *lex loci delicti* et a écarté très vite la compétence concurrente de la *lex fori*²⁶⁵³.

²⁶⁵² Voir Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, op. cit., pp. 211-215 et Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté*, op. cit., tome II^e, chapitre II, n°84-85, pp. 271-278, avec une jurisprudence franco-belge détaillée.

²⁶⁵³ Cour d'appel de Paris, 2^e chambre, *Wallemberg contre C^{ie} La Foncière, etc.*, 7 décembre 1885 : *Clunet*, n°13, 1886, pp. 713-718. Cour de cassation, chambre civile, *C^{ie} la Bâloise contre Wallemberg et la C^{ie} la Foncière*, 16 mai 1888 : *Dalloz Périodique*, 1888, I, p. 305 ; *Gazette du Palais*, 1888, I, p. 819 ; *Clunet*, n°16, 1889, pp. 664-665 ; *Recueil Sirey*, 1891, I, p. 509.

La règle de principe qui confie le sort du conflit de lois à la *lex loci delicti* repose tout entière sur l'article 3, alinéa 1^{er} et c'est une jurisprudence constante pour l'ensemble de la période. Dans un arrêt important en date du 18 juillet 1895, qui statue également sur la loi applicable à la responsabilité de l'armateur et celle applicable à la faculté d'abandon du navire, la chambre civile de la Cour de cassation, traitant de l'abordage, dans les eaux de la Seine, donc en territoire français, par un navire anglais, la *Fanny*, d'un navire français et d'un steamer suédois, pose en règle que « le fait générateur du litige constitue... un quasi-délit commis dans les eaux territoriales de France, tombant comme tel, aux termes de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, sous l'application des lois françaises, quelle que soit la nationalité des trois navires »²⁶⁵⁴. Plus explicite peut-être encore sont les attendus de principe de la Cour d'appel de Rouen, souvent sollicitée dans ce genre d'affaires, qui n'hésite pas, dans son arrêt *The Stokesley et capitaine Touzel contre C^e générale transatlantique* du 28 janvier 1903, à affirmer :

Attendu, en effet, qu'aux termes de l'article 3 du Code civil, les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire français ; qu'il faut entendre par lois de police et de sûreté toutes celles qui ont pour objet la sûreté des personnes et des biens, qu'elles soient prohibitives ou impératives, que leurs dispositions soient ou non assorties d'une sanction pénale ; qu'il ne paraît pas douteux que la législation même civile sur les abordages concerne la sûreté des personnes et des biens, et qu'elle rentre, par suite, dans la catégorie des lois visées par l'article 3.²⁶⁵⁵

En l'occurrence, la motivation est d'autant plus décisive qu'il s'agissait de l'abordage survenu dans les eaux du Havre entre deux navires anglais. Suivant la logique de l'article 3, alinéa 1^{er}, les magistrats rouennais décident, de même, que la responsabilité indirecte de l'armateur – malgré la consultation de Charles Lyon-Caen en faveur de ce dernier – est engagée par le fait du lien de commettant à préposé qui le lie au capitaine fautif et qu'il ne peut s'en exempter du seul fait de son absence sur les lieux. La chambre des requêtes de la Cour de cassation, saisie par l'armateur, rend un arrêt le 15 février 1905, qui reprend à son compte l'argumentation des juges du fond et qui déclare que : « le fait générateur du litige, constituant un quasi-délit commis dans les eaux françaises, tombe, à ce titre, sous l'application de l'article 3 du Code civil, aux termes duquel les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire »²⁶⁵⁶. Ce faisant, la haute juridiction reconduit l'attendu de principe qu'elle avait déjà posé en 1895, mais en faisant explicitement mention de l'article 3, alinéa 1^{er}. L'armateur étranger est donc civilement responsable des dommages causés aux tiers, non seulement, d'après l'arrêt, en raison du mandat, mais également sur le fondement de l'article 1384 du Code civil.

La Cour d'appel de Rouen, qui s'est accordée avec les vues de la Cour de cassation, n'a de cesse, lors de cette période, de persister dans son argumentation, continuant à interpréter l'alinéa 1^{er}, non plus de manière unilatérale comme le fondement de la *lex fori*, mais de manière bilatérale, en y voyant le siège de la *lex loci delicti*. Elle reconduit sa solution dans un arrêt *Captain Ellis contre*

²⁶⁵⁴ Cour de cassation, chambre civile, *Burnett and son c. Aubian, capitaine Roux et capitaine Bengtson*, 18 juillet 1895 : *Recueil Sirey*, 1895, I, p. 305, note Charles Lyon-Caen ; *Clunet*, n°23, 1896, pp. 130-138 et les observations du procureur général Durand ; *Dalloz Périodique*, 1897, I, 585, note Levillain.

²⁶⁵⁵ Cour d'appel de Rouen, première chambre, *The Stokesley et capitaine Touzel contre C^e générale transatlantique*, 28 janvier 1903 : *Clunet*, n°30, 1903, pp. 584-592, consultation de Charles Lyon-Caen.

²⁶⁵⁶ Cour de cassation, chambre des requêtes, *The Stokesley Steamship Company Limited contre C^e Transatlantique*, 15 février 1905 : *Revue du droit international privé*, n°1, 1905, pp. 114-130, observations du conseiller rapporteur Letellier et note, et *Clunet*, n°32, 1905, pp. 347-349.

Booth Steamship Company, du 26 juin 1907²⁶⁵⁷, et, plus encore, dans un arrêt *Looff contre Peter* du 24 décembre 1912, plus connu sous le nom d'« affaire du steamer *Corcovado* », dans lequel la Cour approuve le Tribunal de commerce du Havre d'avoir considéré que le décret du 29 août 1854, qui régit le pilotage pour le port du Havre, est une loi de police et de sûreté qui étend son empire sur tous les navires se présentant devant un port français. Elle ajoute, à l'intention du capitaine étranger qui prétendait s'être trouvé en dehors des eaux territoriales françaises au moment du fait qui lui est reproché, que cette législation « est applicable à tous les navires arrivant dans les ports français, sans distinction de nationalités » et que, « par le seul fait de leur destination, les capitaines deviennent passibles des règlements établis pour l'entrée de ces ports, alors même qu'ils édicteraient pour le pilotage... des obligations préalables à remplir en dehors des eaux territoriales de la République, voire même à l'étranger »²⁶⁵⁸. Cette série d'arrêts, qui s'appuie, en termes plus ou moins explicites, sur l'article 3, alinéa 1^{er}, confirme que, dans l'esprit du droit français de l'époque, la notion de « loi de police » tend à se confondre avec celle de *lex loci delicti* et qu'à cette époque, il n'était plus question de l'interpréter à la lettre.

§ 3. La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

La jurisprudence et la doctrine françaises s'accordent à reconnaître à la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail le statut de « loi de police et de sûreté » et ouvrent, de la sorte, à l'article 3, alinéa 1^{er} un champ d'expression inconnu de lui à ce jour. Par ce régime spécial de responsabilité, qui déroge au régime de droit commun défini par l'article 1382 du Code civil et qui délaisse le recours, jusqu'ici, et notamment dans l'arrêt *Teffaine* de 1896, fait aux termes généraux de l'article 1384, alinéa 1^{er}, le législateur français accueille la notion de responsabilité pour risque professionnel et met, en principe, à la charge de l'employeur, qui fait courir un risque, du fait de son activité, aux salariés, la réparation forfaitaire de l'accident, sans exiger qu'il soit prouvé qu'il y ait eu faute de sa part²⁶⁵⁹. Répondant à l'utilité publique et à la montée croissante de l'intérêt social, correspondant à un état d'esprit plus interventionniste, remettant en cause, par ses directives particulières et dérogoires, le droit commun de la responsabilité, la législation protectrice des travailleurs entre, presque naturellement, dans le périmètre de ces dispositions légales internationalement impératives dont le bénéfice doit être ouvert aux ouvriers français et étrangers. En pratique, le régime international de la loi de 1898, tel qu'il est défini par la jurisprudence, demeure conçu sur le modèle général de la responsabilité civile et du fonctionnement de la *lex loci delicti*. Pour entraîner l'application de cette loi et déclencher les modalités de réparation qu'elle a fixées, il suffit que l'accident se soit produit sur le territoire français, indépendamment de la nationalité de la victime, de la nationalité du patron ou de la société, ou de l'établissement à demeure ou provisoire de l'exploitation sur le sol français²⁶⁶⁰.

Pour satisfaire aux impératifs d'une loi dont nul ne discute le caractère d'ordre public

²⁶⁵⁷ Cour d'appel de Rouen, 1^{ère} chambre, *Captain Ellis contre Booth Steamship Company*, 26 juin 1907 : *Clunet*, n°35, 1908, p. 776-777.

²⁶⁵⁸ Cour d'appel de Rouen, 1^{ère} chambre, *Looff contre Peter*, 24 décembre 1912 : *Clunet*, n°40, 1913, pp. 1257-1264, note Galibourg.

²⁶⁵⁹ Sur l'arrêt *Teffaine* et la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, voir Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français*, op. cit., n°187, pp. 270-271 ; Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n°642, p. 920 ; David DEROUSSIN, *Histoire du droit privé (XVI^e-XXI^e siècle)*, Paris, 2010, n°651, pp. 414-415.

²⁶⁶⁰ Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, op. cit., pp. 215-222, spéc. pp. 216-217 sur le choix du lieu de l'accident comme critère de rattachement : « Considérée de ce... point de vue, la loi de 1898 a donc les mêmes titres de compétence et la même incidence internationale que l'article 1382 du Code civil ».

interne, les tribunaux français, rapidement saisis de nombreux contentieux impliquant un élément d'extranéité (ouvrier ou employeur étranger, etc.), vont s'efforcer, postérieurement à 1898, de projeter ce caractère sur le plan international en dessinant les contours d'un régime de loi de police purement territoriale, qui étend son empire sur les Français comme sur les étrangers.

Dès le 8 novembre 1900, le Tribunal civil de Narbonne répondait au demandeur français, qui se prévalait des dispositions de l'article 3, instituant des exceptions en faveur des salariés français, pour refuser à son ancien salarié italien l'indemnité déterminée par la loi, que : « la loi sur les accidents du travail traite avec une égale faveur l'ouvrier français et l'ouvrier étranger » et « qu'en effet, l'article 1^{er} de cette loi ne tient aucun compte de la nationalité de la victime », les exceptions de son article 3 devant être entendues dans un sens étroit, dont les faits de l'espèce ne justifiaient pas l'application²⁶⁶¹.

Le 16 novembre 1903, dans l'arrêt *Veuve Giovale*, la Cour de cassation refuse, tout à la fois, à la mère d'un maçon italien, décédé en France alors qu'il travaillait pour des entrepreneurs français, le droit de prétendre, d'une part, aux indemnités prévues par les dispositions spéciales de la loi de 1898, et, d'autre part, à titre supplétif, de se prévaloir des dispositions de droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil. Elle rappelle le principe selon lequel : « la loi du 9 avril 1898 a institué un droit nouveau concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail » et « que, par la généralité des termes de son art. 1^{er}, elle s'applique aussi bien aux ouvriers étrangers qu'aux ouvriers français ». Or, en vertu du principe *specialia generalibus derogant*, seul le régime de la loi de 1898 est ouvert aux représentants des ouvriers victimes d'accident en France. En l'espèce, la Cour relève, avec les juges du fond, que la veuve Giovale ne pouvait pas bénéficier d'une « disposition toute spéciale, assurément rigoureuse, mais d'une rigueur voulue et réfléchie, qui exclut de toute attribution d'indemnité, quand ils ne résident pas sur le territoire français au moment de l'accident, les représentants de l'ouvrier étranger »²⁶⁶².

La jurisprudence postérieure confirme systématiquement la généralité de l'application de la loi et y soumet, sans exception, Français et étrangers dès lors que le fait matériel de l'accident est survenu en France, abstraction faite des éléments d'extranéité qui seraient invoqués²⁶⁶³. Dans le contentieux *Société de la Chiers contre Lambert*, soumis au Tribunal civil de Briey, le 2 novembre 1905, puis à la Cour d'appel de Nancy, le 10 février 1906, la société luxembourgeoise est contrainte d'indemniser son ouvrier belge, résidant en France et victime d'un grave accident sur son lieu de travail, en France. Les magistrats nancéens, approuvant le jugement de première instance, résumant ainsi le motif qui les a décidés à trancher en ce sens : la loi de 1898, « qui touche à l'ordre social économique, régit, comme les lois de police et de sûreté, tous les habitants du territoire »²⁶⁶⁴.

Malgré l'incontestable caractère d'ordre public qu'elle revêt dans l'ordre public interne,

²⁶⁶¹ Tribunal civil de Narbonne, *Tournier contre Bossola*, 8 novembre 1900 : *Clunet*, n°28, 1901, pp. 108-110.

²⁶⁶² Cour de cassation, chambre des requêtes, *Veuve Giovale contre Fougerolles frères*, 16 novembre 1903 : *Clunet*, n°31, 1904, pp. 353-354.

²⁶⁶³ Tribunal civil de la Seine, 7 novembre 1900, *Veuve Renard*, 7 novembre 1900, et, sur appel, Cour d'appel de Paris, 16 mars 1901 : *Recueil Sirey*, 1901, II, p. 223, et 1902, II, p. 143, et *Dalloz Périodique*, 1904, II, 92 ; Tribunal civil de Nice, *Bergesio*, 14 décembre 1903 : *Recueil Sirey*, 1905, II, p. 310 et *Dalloz Périodique*, 1905, II, p. 23. Voir les termes du Tribunal de simple police de Luzarches, *Ministère public contre Filon*, 5 janvier 1906 : *Revue de droit international privé*, n°2, 1906, pp. 705-706, exprimant, en termes clairs, ce caractère de loi de police et de sûreté : « Attendu que les prescriptions édictées par la loi du 9 avril 1898 sont d'ordre public ; — Que l'article 11, par la généralité de ses termes, s'applique à tous les accidents survenus par le fait ou à l'occasion du travail aux ouvriers énumérés dans l'article 1^{er}, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il s'agit de nationaux ou d'étrangers ; que l'assimilation est complète, quant à l'application de la loi, pour tous les cas qu'elle régit, l'extranéité ne motivant une différence que dans l'attribution de l'indemnité ».

²⁶⁶⁴ Tribunal civil de Briey, *Société des Hauts-fourneaux de la Chiers contre Lambert*, 2 novembre 1905, et Nancy, *id.*, 10 février 1906 : *Clunet*, n°34, 1907, pp. 1056-1059 et *Revue de droit international privé*, n°3, 1907, pp. 541-545, et note.

cette loi de 1898 n'est pas d'ordre public international, dans la mesure où elle ne fait pas obstacle à l'application d'une loi étrangère ou à l'exécution d'une décision étrangère qui s'est fondée sur la loi étrangère normalement applicable²⁶⁶⁵. Elle n'impose donc pas l'éviction de toute autre loi étrangère, du moment que les critères de rattachement lui semblent remplis. Là réside une des différences, dans les conceptions de l'époque, entre l'exception d'ordre public international et les lois de police calquées sur le modèle de la *lex loci delicti*.

Si la loi du 9 avril 1898, tout comme l'article 1382 du Code civil, est considérée comme une loi de police régissant tous les faits survenus sur son territoire, son statut de régime dérogatoire au droit commun a conduit la jurisprudence à s'interroger sur les problèmes liés à l'exécution du contrat de travail et à son éventuelle extraterritorialité. Dans l'acception rigoureuse de la loi de police, elle est censée se restreindre dans la territorialité la plus pure. Mais la jurisprudence, à une époque où elle est de plus en plus gagnée à l'idée d'accorder, lorsque nécessaire, l'extraterritorialité aux lois de police²⁶⁶⁶, accepte volontiers d'en étendre les effets dans tous les pays où s'exécutent le contrat de louage de services – un contrat de travail – formé selon la loi française. La chambre civile de la Cour de cassation adopte cette position extensive dans un arrêt du 8 mai 1907, dans l'affaire *Vandenbeude contre Walker et Cie*, dans les termes suivants : « L'obligation que la loi du 9 avril 1898, dans un intérêt d'ordre public, impose aux chefs d'entreprise d'indemniser, dans la mesure qu'elle détermine, les ouvriers et employés victimes d'un accident du travail, et à ceux-ci de ne se prévaloir contre leurs patrons d'aucune autre disposition légale, est la conséquence nécessaire du contrat de louage de services intervenu entre les parties ; partout où s'exécute ce contrat, la loi de 1898 doit recevoir son application ». La plupart des juridictions suivent le même mouvement et n'hésitent pas à accorder le privilège de l'extraterritorialité à la loi de 1898, en tant que loi de police²⁶⁶⁷. Mais la Cour de cassation doit composer avec une tendance dissidente qui, interprétant littéralement la lettre unilatérale de l'article 3, alinéa 1^{er}, s'obstine à y voir une réglementation impérative d'application purement territoriale : c'est le cas de la Cour de Douai, dont l'arrêt *Vandenbeude contre Walker et Cie*, rendu le 4 avril 1905, est précisément cassé par la Cour en 1907, et qui défend le principe dans toute sa rigueur, en imposant, pour le déclenchement des dispositions de la loi, la survenance de l'accident sur le sol français. L'argumentaire, relativement nourri, des juges du Tribunal civil de Lille, confirmé par adoption de motifs par les magistrats douaisiens, fait appel aux intentions du législateur :

Attendu que, parmi les lois d'application territoriale qui obligent exclusivement tous ceux qui habitent le territoire et qui atteignent de même tous les immeubles situés sur ledit territoire, se trouvent (art. 3, § 1^{er}, Code civil), les lois de police et de sûreté ; - Attendu que les lois de police et de sûreté sont celles qui sont considérées dans chaque pays comme des lois constitutives de l'ordre social et économique ; - Attendu que la loi de 1898, qui modifie les caractères et les effets légaux de la responsabilité patronale, en matière d'accidents du travail, étant, d'après les travaux préparatoires, une loi d'ordre social et économique intéressant même au premier chef l'ordre public, puisqu'aux termes de l'art. 30, toute convention contraire est nulle, ce qui est, d'après l'art. 6 du

²⁶⁶⁵ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, *Léonard contre Fontanès*, 1^{er} juin 1911 : *Revue de droit international privé*, n°8, 1912, pp. 751-754.

²⁶⁶⁶ Jean PERROUD, « De l'extension extraterritoriale des lois de police, comme conséquence de l'autonomie de la volonté. Application à la loi relative aux accidents du travail et à la loi sur les titres au porteur », *Clunet*, n°33, 1906, pp. 633-638. Voir la discussion, sur ce point, de Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, op. cit., pp. 219-222.

²⁶⁶⁷ Cour de cassation, chambre civile, *Vandenbeude contre Walker et Cie*, 8 mai 1907 : *Revue de droit international privé*, n°3, 1907, pp. 539-541, et la note. Voir aussi, de la même juridiction, l'arrêt *Antipoul contre Hersent*, du 10 mars 1913 : *Revue de droit international privé*, n°19, 1914, pp. 425-426, qui reproduit le même attendu de principe.

Code civil, la caractéristique des lois d'ordre public, le législateur en a fait, par voie de conséquence, une loi de police...²⁶⁶⁸

Les juges lillois livrent, en l'espèce, une relecture des lois de police et de sûreté qui ne manque pas d'intérêt. Par rapport au futur, elle permet de mesurer le chemin parcouru par la notion depuis 1804 et de constater, grâce, notamment, à la loi de 1898, qui en apparaît comme le symbole, la prise en considération croissante des intérêts d'ordre « social et économique » dans le champ matériel des dispositions qui sont gratifiées de cette impérativité particulière. Elle demeure toujours, cependant, attachée à l'héritage du passé, puisque les juges lillois font de sa territorialité une composante essentielle de sa définition, en refusant d'en étendre les dispositions au-delà de la France métropolitaine, conformément à l'intention (supposée telle) du législateur : l'accident évoqué dans l'arrêt s'étant déroulé à Termonde, en Belgique, le sieur Vandenhede est exclu du bénéfice de la loi de 1898. Par rapport au présent, cette définition traduit une assimilation presque parfaite entre les lois d'ordre public interne, visées par l'article 6 du Code civil, et les lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er}, qui n'en seraient que la projection sur le plan international, toujours par interprétation téléologique de la volonté du législateur. La fameuse distinction entre ordre public interne et ordre public international, acceptée par la doctrine (dans sa majorité) et la jurisprudence, comme l'a démontré Bartin dans ses *Etudes*, ne fait pas sens aux yeux des juges du Tribunal civil.

Le Tribunal civil de Grasse, dans son jugement du 3 mai 1911, *Société anonyme Deco contre Lebrun*, prolonge le raisonnement des juges lillois et douaisiens en se fondant, dans sa sentence, tout à la fois, sur le mécanisme de la loi de police et sur des considérations d'ordre public international. La loi de police permet aux juges grassois de veiller particulièrement à protéger l'intérêt de l'ouvrier français, qui, agissant pour le compte de la société suisse Deco, avait été victime d'un accident du travail à Cannes. L'ordre public international est soulevé, d'office, par les juges pour leur permettre d'écarter la Convention franco-suisse du 25 juin 1869, dont l'application était réclamée par la Société Deco, en ce qu'elle généralisait le principe *actor sequitur forum rei* et aurait, ainsi, permis de confier le contentieux aux juridictions suisses :

Attendu que la loi française du 9 avril 1898 présente le caractère d'une loi de police et de sûreté aux termes de l'article 3 du Code civil ; qu'elle est d'ordre public au point de vue de la compétence, de la procédure, de la dérogation aux principes généraux posés par les articles 1382 et suivants du Code civil et de l'indemnité forfaitaire ; qu'elle est impérative... ; qu'en résumé, cette loi touche à l'ordre social et économique ; qu'elle régit, en conséquence, tous les habitants du territoire ; - Attendu que la Convention du 25 juin 1869 ne vise uniquement que des intérêts privés ; qu'elle n'a pu ni voulu méconnaître les principes posés par l'article 3 du Code civil ; que, si on appliquait le traité de 1869 en matière d'accidents du travail, on arriverait aux résultats les plus choquants ; qu'ainsi, un ouvrier français, embauché en France, victime d'un accident du travail, ne pourrait bénéficier de la loi de 1898 contre un patron suisse, tandis que les ouvriers suisses travaillant en France pour des patrons français bénéficieraient de la loi ; que les ouvriers français n'auraient pas le bénéfice de l'assistance judiciaire en Suisse, que les ouvriers suisses l'auraient en France.²⁶⁶⁹

Si les juges grassois semblent substituer la double compétence juridictionnelle et législative française à la juridiction suisse en raison des « résultats les plus choquants » que la décision suisse

²⁶⁶⁸ Tribunal civil de Lille, *Vandenhede contre Walker et C^{ie}*, 29 décembre 1904 et Cour d'appel de Douai, 1^{ère} chambre, *id.*, 4 avril 1905 : *Clunet*, n°32, 1905, pp. 667-668 et *Revue de droit international privé*, n°1, 1905, pp. 131-140, avec d'autres décisions en sens contraire.

²⁶⁶⁹ Tribunal civil de Grasse, *Société anonyme Deco contre Lebrun*, 3 mai 1911 : *Clunet*, n°39, 1912, pp. 814-817.

risquerait de provoquer pour les intérêts français, et s'ils ne semblent pas envisager que les juges suisses auraient très bien pu appliquer la loi de 1898 en constatant la survenance de l'incident en France, il semble plus exact de dire que l'exception d'ordre public, à proprement parler, n'est pas en cause. En réalité, ce n'est pas la loi suisse, en sa qualité de loi normalement applicable, qui est évincée par les juges français : c'est la Convention de 1869 qui se trouve ainsi écartée d'autorité, et, par-là même, la compétence spéciale de la juridiction suisse, qui ne préjugeait en rien de la loi applicable, mais qui a pu faire craindre aux juges de Grasse que l'application de la loi de 1898 puisse être écartée. Même si ces derniers usent d'expressions qui laissent à penser à l'action d'une exception d'ordre public, la loi de 1898 est bien appliquée en tant que loi de police, au sens le plus fort du terme, et elle l'est même si bien appliquée qu'elle en vient à écarter tout élément d'extranéité pour soumettre entièrement l'ensemble de l'affaire à la double compétence française. En l'occurrence, « l'ordre social et économique » de la France a bien davantage importé, dans cette décision, que l'arbitrage des seuls intérêts privés entre la Suisse en la France, qu'aurait dû prendre à sa charge la Convention de 1869.

Le domaine de la responsabilité civile et de ses extensions constitue, certainement, à la charnière des XIX^e et XX^e siècles, un terrain d'expression privilégié pour l'idée de loi de police, par la fréquence des occurrences et des applications qui en sont faites par la jurisprudence française. Cependant, l'ensemble aboutit à un paradoxe : la notion s'en trouve, tout à la fois, étreinte et élargie. D'un côté, l'opinion majoritaire, dans la doctrine comme en jurisprudence, considère les lois de police de l'article 3, alinéa 1^{er}, comme le siège légal de la *lex loci*, à savoir la *lex loci delicti* et de toutes les règles de conflit qui en dérivent, y compris la loi du lieu de l'accident de travail, retenu par les tribunaux français comme facteur d'application de la loi de 1898 sur les accidents du travail, qui déroge au droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil. Par cette assimilation constante des lois de police avec les règles de conflit relatives à la responsabilité civile, la notion, envisagée de la sorte, ne peut plus prétendre s'inscrire en dehors de la communauté de droit et tend à perdre son autonomie conceptuelle pour devenir, en fin de compte, un simple marqueur de souveraineté et de territorialité, un marqueur à qu'il n'est même plus permis, désormais, de mettre à l'écart les lois étrangères, puisque cette fonction est désormais dévolue à l'ordre public. Au fond, les lois de police sont mises au service de la *lex loci delicti* et de ses dérivés, en leur fournissant, à la fois, un siège légal et une justification. D'un autre côté, faisant dissidence, certaines juridictions demeurent attachées à la formulation originelle de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil et interprètent ce dernier comme un véhicule pour l'application inconditionnelle de la *lex fori*. A l'ère du développement du droit international privé et du respect accru pour la loi étrangère, cette position apparaît, aux yeux de beaucoup, comme une position de repli nationaliste. Pourtant, c'est celle qui est promise au meilleur avenir et qui porte le mieux l'esprit de la notion, telle qu'elle sera redécouverte au cours du XX^e siècle. L'arrêt *Lautour*, de 1948, sous la plume de Paul Lerebours-Pigeonnière, abandonne toute référence à l'article 3, alinéa 1^{er} pour justifier l'application de la *lex loci delicti* et consacre l'existence autonome de la règle de conflit, conformément aux principes généraux du droit international privé et à l'héritage de l'Histoire²⁶⁷⁰. Déserté par la *lex loci delicti*, le

²⁶⁷⁰ Pour mieux comprendre l'histoire tortueuse des lois de police et les détours qu'elle a dû emprunter pour accéder à la reconnaissance, il est permis de faire un parallèle avec la jurisprudence belge. Au plus fort de la vague qui, en France, assimile quasi complètement les lois de police à la *lex loci delicti*, la Cour de cassation belge, par un arrêt célèbre *Gérard* du 26 novembre 1908, prend le contrepied de la position jurisprudentielle dominante en France et décide d'exclure l'article 3, alinéa 1^{er}, du domaine du conflit de lois. La haute juridiction belge refuse d'y voir le siège légal de la règle de conflit de la *lex loci delicti*. Or, il faut attendre l'arrêt *Dame Bologne*, rendu en audience plénière, le 17 mai 1957, pour que la Cour de cassation rallie la position française qui était antérieure à l'arrêt *Lautour* de 1948 et effectue, ainsi, un

champ d'application matériel des lois de police est laissé librement ouvert au fonctionnement exclusif de la *lex fori* et ce réinvestissement, bientôt exploité par la doctrine, est une manière de donner raison, *a posteriori*, aux décisions dissidentes de la fin du siècle précédent et du début du siècle.

Section 3^{ème}. Les lois de police et le statut réel : le statut réel mobilier.

C'est à la fin du XIX^e siècle que la jurisprudence française est amenée à se prononcer sur le sort des droits réels mobiliers et sur la règle de conflit qui leur est applicable²⁶⁷¹. La question de la constitution d'un régime juridique propre aux conflits de lois sur les meubles *ut singuli* n'est pas nouvelle et elle a pu traverser, occasionnellement, les discussions doctrinales, mais jamais, jusqu'alors, elle n'avait été positivement tranchée par la haute juridiction. Malgré des débats en ce sens lors des travaux préparatoires, le Code civil de 1804 s'était retenu de prendre une disposition trop générale à ce sujet, refusant de faire du titre préliminaire le siège de règles de conflit bilatérales qui auraient contraint les Rédacteurs à se prononcer sur le traitement à réserver à la loi étrangère, et les rares discussions, à ce sujet, n'évoquaient, au mieux, qu'une règle unilatérale soumettant les meubles possédés par les Français à la loi française²⁶⁷². Dans l'exposé qu'il donne de ses principes en matière de conflit de lois dans son *Répertoire de jurisprudence*, Merlin se fait l'avocat des thèses hollandaises : s'il admet bien que la loi française doit céder à la loi étrangère à propos du statut réel mobilier, parce que la tradition veut que cela soit davantage à la « loi domiciliaire » du possesseur (la maxime *mobilia sequuntur personam*) qu'il convient de régler le sort des meubles davantage qu'à la *lex rei sitae*, il ne l'admet qu'en limitant très étroitement la portée du principe et en s'appropriant l'opinion de Jean Voet : cette faculté de pur droit civil, fruit d'une simple fiction juridique, se restreignant, de droit strict, au seul territoire, son extraterritorialité n'est admise que par courtoisie internationale. Alors même que Merlin isole soigneusement, dans le régime juridique relatif aux meubles, ce qui est concédé à la loi du domicile pour mieux conserver le bénéfice de la loi territoriale pour certaines questions de droit qui peuvent se poser à leur sujet, il n'y voit là qu'affaire de statut réel et n'y fait pas entrer en considération les lois de police et de sûreté²⁶⁷³. Dans un tout autre ordre d'idées, Savigny lui-même est partisan d'unifier l'ensemble du statut réel, mobilier et immobilier, par l'idée de soumission volontaire du propriétaire à la loi du lieu de situation effective, de préférence à celle de loi du domicile²⁶⁷⁴. Portée par deux courants d'ordinaire plutôt antagonistes, mais réunis par une même foi placée dans l'idée de soumission volontaire, la tendance qui semble se dessiner tout au long du XIX^e siècle incline vers la soumission des meubles à la même loi que celle qui régit les immeubles : la *lex rei sitae*.

C'est par le célèbre arrêt *Craven*, rendu le 19 mars 1872, que la Cour de cassation consacre

revirement complet de jurisprudence en déclarant que l'article 3, alinéa 1^{er} consacre bel et bien la règle de conflit bilatérale relative à la responsabilité civile. Ce « synchronisme dans le décalage » entre deux pays partageant la même culture juridique (et un même article 3), s'il a, au fond, peu d'incidences pratiques, témoigne de la difficulté qu'il y a eu à cerner les contours de chacun de ces mécanismes du droit international privé lors de sa période de croissance. Sur la jurisprudence belge, voir Raymond VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté*, *op. cit.*, tome II^e, n°70-71, pp. 228-231.

²⁶⁷¹ Sur cette question, voir les développements historiques substantiels que lui consacre Louis D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Paris, 2006, spéc. pp. 163-170.

²⁶⁷² Sur l'absence de prise en compte du statut des meubles par le Code civil, voir Armand LAINE, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, pp. 452-455.

²⁶⁷³ Sur l'opinion de Merlin, voir, *supra*, pp. 724-725.

²⁶⁷⁴ Friedrich-Karl VON SAVIGNY, *Système de droit romain*, *op. cit.*, tome VIII, § 376, pp. 167-168. Sur l'opinion de Savigny, voir Louis D'AVOUT, *Sur les solutions*, *op. cit.*, n°119, pp. 164-165.

officiellement la soumission, au moins partielle, des droits réels mobiliers à la loi du lieu de situation, opérant ainsi un tournant majeur qui devait conduire cette nouvelle solution jusqu'au premier tiers du XX^e siècle. Pour parvenir à ses fins, elle recourt à l'article 3, alinéa 1^{er} du Code. En effet, dans l'affaire *Craven*, la chambre des requêtes est saisie du pourvoi formé par les sieurs Craven, qui réclamaient contre l'arrêt de la Cour d'appel de Caen, du 12 juillet 1870, qui avait approuvé la vente judiciaire d'un navire anglais, la « Caroline », alors situé dans le port de Honfleur, en vertu du droit français, au détriment de la convention de mort-gage, soumise au droit anglais, qui était censée garantir l'emprunt consenti par les Craven au commissionnaire de transport anglais qui avait construit le navire en question. La chambre des requêtes leur répond par une motivation de principe, fondée sur l'exégèse de l'article 3 :

En ce qui concerne l'article 3 : — Attendu que si cet article, en disant expressément que les immeubles possédés par des étrangers sont régis par la loi française, garde le silence sur les meubles, rien n'autorise à en conclure que ces derniers, dans la pensée du législateur, doivent être toujours et nécessairement soumis à la loi étrangère ; qu'il ne saurait en être ainsi, tout au moins, dans les questions de possession, de privilège et de voies d'exécution ; que l'article 3, qui considère l'étranger comme soumettant sa personne par le seul fait de sa présence en France à toutes les lois de police et de sûreté, n'a pu vouloir mettre les meubles de cet étranger hors de l'atteinte des créanciers français, dans tous les cas où ces derniers pourraient agir si ces meubles appartenaient à un Français...²⁶⁷⁵

La Cour de Caen a, en infirmant en appel la décision de première instance, avancé des arguments suggestifs. Elle affirme, d'abord, que, si le navire anglais présent en France ne peut se soustraire aux lois françaises sur la faillite, « la raison en est que les meubles sont régis par la loi du lieu où ils se trouvent » et « qu'il est vrai que l'art. 3 C. civ. ne parle que des immeubles situés en France et appartenant à des étrangers, mais que, les motifs de décider étant identiques relativement aux meubles et aux immeubles, la même règle doit être appliquée par analogie aux uns et aux autres ; que, d'ailleurs, à moins de traités internationaux qui n'existent pas, l'application en France des lois étrangères au préjudice de citoyens français est contraire à l'esprit général de notre législation ». Poussant plus loin leur logique, les juges caennais, s'appuyant sur les articles 3, 546, 2123 et 218 du Code civil, ajoutent que « cet ensemble de dispositions législatives se justifie par la nécessité de protéger nos nationaux contre les effets des lois étrangères, toutes fois qu'il n'y a pas de traités établissant la réciprocité, parce que là où cette réciprocité n'existe pas, il y aurait véritablement du péril à subir en France l'application de lois étrangères qui sont en opposition avec nos propres lois ». Ils concluent, enfin, qu'un acte conclu à l'étranger ne saurait méconnaître les formalités prescrites par loi française pour l'opposabilité aux tiers, car « ce serait... violer le principe d'égalité écrit dans l'art. 2092 et toutes les règles de l'équité que d'accorder aux étrangers un droit de préférence qu'elle refuse aux Français »²⁶⁷⁶. L'argument principal tient à ce que les dispositions évoquées par la juridiction normande ont été prises par le législateur dans l'intérêt général et que leur respect le plus

²⁶⁷⁵ Cour de cassation, chambre des requêtes, *Craven et autres contre syndic Lethbridge*, 19 mars 1872 : *Recueil Sirey*, 1872, I, pp. 238-240, qui reproduit le pourvoi, et *Dalloz Périodique*, 1874, I, pp. 465-468, et la note approbative. Celle-ci, tout en rappelant les solutions traditionnelles en matière mobilière, justifie l'attitude des juridictions françaises par la nature des lois françaises sur les sûretés, qui sont soumises à la loi territoriale française. Les lois étrangères portées par l'extraterritorialité du statut réel mobilier ne sont applicables sur le territoire que pour « des raisons de convenance réciproque [qui l']ont fait admettre par les peuples », dit-il en citant expressément Ulrich HUBER, *De jure civitatis, op. cit.*, livre III, section IV, chapitre Ier, § 31. Cet indice donne à penser qu'en 1872, le droit international privé français est encore fortement imprégné des thèses hollandaises.

²⁶⁷⁶ Cour d'appel de Caen, *Craven*, 12 juillet 1870, sous l'arrêt de la Cour de cassation, in *Dalloz Périodique*, 1874, I, pp. 466-467. Voir aussi *Recueil Sirey*, 1871, II, pp. 57-61, et note critique Joseph-Emile Labbé.

strict s'impose à tous, Français comme étrangers. Il apparaît, toutefois, en creux que c'est l'intérêt français qui prédomine dans l'esprit des juges d'appel et qui justifie, à leurs yeux, la subordination des droits créés à l'étranger envers la loi française.

L'argumentaire des juges du fond a, semble-t-il, fait effet auprès des magistrats de la Cour de cassation, qui reprennent, en substance, et avec quelques nuances, les motifs de l'arrêt d'appel. En effet, les juges de la chambre des requêtes sont convaincus par l'idée de protéger les intérêts des créanciers français et que le moyen plus adéquat pour satisfaire cet impératif est d'appliquer la loi française aux meubles situés en France. C'est également pour cette raison que, modérant les affirmations de principe des juges caennais, ils restreignent l'empire de la loi française aux « questions de possession, de privilèges et des voies d'exécution ». La Cour de cassation participe, par cette décision, à la constitution, au moins partielle, d'un statut réel mobilier régi par la *lex rei sitae*, en reconnaissant la dimension impérative qui s'attache à certaines dispositions législatives ayant en vue l'intérêt général, et des tiers en particulier et s'imposant à tous, Français comme étrangers²⁶⁷⁷.

Le recours aux lois de police de l'article 3, alinéa 1^{er} fournit à la Cour de cassation un fondement solide pour justifier la mise à l'écart, sur certaines questions particulières, de la loi du domicile et l'application de la loi du lieu de situation à titre de « loi de police ». La prise en compte de l'intérêt français ressort du texte même de l'arrêt *Craven* de 1872, mais elle peut se tempérer si l'on garde à l'esprit que les magistrats de la haute juridiction s'exprimaient en adoptant le seul point de vue de l'article 3 du Code civil, qui n'envisage la situation que du seul point de vue français. Le choix de recourir à la loi de police et de sûreté implique de ne pas restreindre la protection offerte par la loi du lieu de situation aux seuls nationaux, mais d'en faire bénéficier les étrangers, si, par exemple, ils sont eux-mêmes des créanciers soucieux de préserver l'assiette de leur créance. En décidant que la loi française, quant aux meubles situés en France, même possédés par des étrangers, revêt un caractère de loi de police et de sûreté, au moins sur certains points précis, la haute juridiction ne fait qu'étendre aux meubles une des interprétations possibles de l'article 3, alinéa 2 relatif aux immeubles. Mais elle confirme son adhésion à une solution des plus traditionnelles : celle qui veut que le statut réel, envisagé en général, est doué d'un caractère de « police » qui permet ainsi de protéger les tiers et, en particulier, des créanciers français²⁶⁷⁸. Cette solution n'est pas passée non plus inaperçue des auteurs personnalistes, comme Weiss ou Laurent, qui, tout à leur volonté de réduire au maximum l'empire de la loi territoriale (notamment, en proposant de soumettre la soumission des droits réels mobiliers à la loi nationale du propriétaire ou encore en plaçant l'unité de la succession sous l'empire de la loi nationale du défunt), ont toujours considéré comme nécessaire de préserver le jeu des dispositions qu'ils qualifient d'ordre public, au sens de loi de police. L'interprétation que donne Weiss de l'article 3, alinéa 2, par l'association qu'il noue entre les deux premiers alinéas de l'article, va dans ce sens²⁶⁷⁹.

²⁶⁷⁷ Louis D'AVOUT, *Sur les solutions, op. cit.*, n°120, pp. 165-167.

²⁶⁷⁸ L'arrêt *Craven* de 1872 démontre que le juge peut faire intervenir l'alinéa 1^{er} de l'article 3 en matière mobilière, puisque l'alinéa 2 fait défaut, en ne se préoccupant que des immeubles. En vérité, les deux alinéas, démembrés d'une conception du statut réel qui a évolué, au XVIII^e siècle, en France, comme l'expression de la souveraineté/territorialité des coutumes (sans nécessairement renier ses fondements les plus anciens), entendent exprimer, littéralement et pratiquement, la territorialité de la loi française. Mais seul l'alinéa 2 a conservé son caractère réel, teinté d'impérativité, tandis que l'alinéa 1^{er}, en se détachant du tronc commun, a généralisé l'impérativité de la loi souveraine et territoriale à tous les champs du droit privé qui lui étaient ouverts et a fini, pour cela, par assumer cette dimension de police ou d'« ordre public » international qui lui a été diagnostiquée aussitôt.

²⁶⁷⁹ Sur les positions de Laurent et de Weiss, voir, *supra*, pp. 881-882 et 890-892. Voir aussi les références avancées par Louis D'AVOUT, *ibid. loc.*, p. 167, note 1, qui joint aux deux auteurs l'opinion de Pasquale FIORE (1837-1914), professeur

La jurisprudence *Craven* s'est maintenue en droit français jusqu'au début des années 1930. Ainsi, le Tribunal civil de la Seine a eu l'occasion de reprendre à son compte la solution posée par la Cour de cassation, à propos de l'affaire *Duc de Frias contre baron Pichon*, dans laquelle le premier, ressortissant espagnol, revendiquait un ciboire d'une valeur inestimable ayant appartenu à la cathédrale de Burgos, dans les mains du second, amateur d'art français qui avait fait l'acquisition de ce vase précieux à Paris. Les juges parisiens repoussent la demande du duc dans un jugement rendu le 17 avril 1885. Tout en admettant que les meubles situés en France ne sont pas, de ce seul fait, soumis à la loi française, ils estiment qu'il faut distinguer entre les universalités mobilières, soumis à la loi personnelle, et les *meubles ut singuli*. Or, pour ceux-ci, il ne fait aucun doute :

Qu'en ce qui concerne les meubles proprement dits, s'il s'agit, comme dans l'espèce, d'une question de possession, l'intérêt d'ordre social qui a dicté la règle posée par l'art. 2279 du Code civil, exige que la loi française soit seule appliquée ; qu'en pareil cas le statut réel s'impose et constitue, à vrai dire, une loi de police obligeant, suivant l'art. 3 du Code civil, tous ceux qui habitent sur le territoire français...²⁶⁸⁰

Installée en jurisprudence comme en doctrine, la solution *Craven* a fini, de manière insensible, par signifier la soumission de l'ensemble du régime juridique applicable aux meubles *ut singuli* à la *lex rei sitae*. Mais le pas n'est véritablement franchi par la jurisprudence française qu'avec l'arrêt *Kantoor de Maas*, rendu par la chambre des requêtes de la Cour de cassation, le 24 mai 1933, dans une formule appelée à faire date : « La loi française [est] seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France »²⁶⁸¹. Par cet arrêt, la Cour de cassation affirme la pleine autonomie de la règle de conflit, qui entre dans le droit positif français, et abandonne la référence à un article 3, alinéa 1^{er} devenu inutile et encombrant.

Section 4^{ème}. Les lois de police et le statut personnel : l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille.

A une époque où les thèses personalistes connaissent, en France, un accueil favorable parmi la doctrine et dans la jurisprudence, la force extraterritoriale que véhicule la présomption de personnalité du droit et la faveur marquée pour la loi nationale ont pour conséquence inéluctable de confronter l'ordre juridique français à l'intrusion sur son territoire de nombreuses lois nationales étrangères, qui transportent avec elles non seulement leurs institutions juridiques, mais aussi leur vision de la personne humaine et des liens de famille. Etant admis que chaque législateur national a pris un soin particulier à régler et à encadrer les droits des personnes et de la famille afin de les conformer aux caractères de la société sur laquelle il veille, la diversité des législations

de droit des gens à l'Université de Pise, puis à Turin et Naples, connu pour être un personaliste à l'esprit très indépendant, et dont la pensée a été relayée en France, dès cette époque, grâce à son ouvrage *Droit international privé, ou Principes pour résoudre les conflits entre les législations diverses en matière de droit civil et commercial*, traduit par Paul Pradier-Fodéré et publié dans une version annotée par l'auteur à Paris, en 1875. L'avis de Fiore figure au n°195, p. 329. Rappelons que Bartin fait de l'aliénation totale ou partielle d'un immeuble ou d'un meuble *ut singuli* une des conditions d'application impérative de la loi territoriale à tous, nationaux comme étrangers, au titre des lois de police de l'article 3, alinéa 1^{er}. Sur cette thèse de Bartin, voir, *supra*, pp. 986-987.

²⁶⁸⁰ Tribunal civil de la Seine, *Duc de Frias contre baron Pichon*, 17 avril 1885, *Clunet*, n°13, 1886, pp. 593-596.

²⁶⁸¹ Cour de cassation, chambre des requêtes, *Kantoor de Maas*, 24 mai 1933 : *Recueil Sirey*, 1933, I, p. 253, note Batiffol, et *Revue critique*, n°1, 1934, p. 142, note Niboyet. Sur l'évolution de la jurisprudence française sur la loi applicable aux meubles *ut singuli*, voir Cour de cassation, première chambre civile, *Société Diac*, 8 juillet 1969, in *Grands arrêts*, n°48, spéc. pp. 433-435, n°3-4, et Louis D'AVOUT, *eod. loc.*, pp. 167-168.

nationales, même lorsqu'elle ne se fait sentir que par quelques nuances, retentit de manière aiguë au moment d'accueillir, au sein de l'ordre juridique du for, un droit né dans un pays étranger et, parfois même, un droit qui lui est absolument inconnu. L'exception d'ordre public a pour mission première d'arbitrer ces conflits de législation et de renforcer ou desserrer ses exigences en fonction de l'incidence perçue sur le territoire du for et sur le trouble, ou non, que peuvent y apporter les effets d'une loi étrangère. Mais il arrive que ce mécanisme ne suffise pas à pallier les insuffisances, déficiences ou malfaçons de la loi étrangère et que la loi du for doive se substituer ou, si l'on préfère, imposer sa compétence *a priori* pour éviter de laisser se produire une situation qui romprait de façon dommageable l'égalité souhaitée entre les citoyens et les étrangers. Alors que les conflits de lois relatifs aux droits des personnes et de la famille sont, d'ordinaire, un terrain de prédilection pour l'exception d'ordre public, les lois de police de l'article 3, alinéa 1^{er} ont, à la discrétion du juge français, un rôle important à jouer à chaque fois que l'intérêt social des personnes et des familles impose à l'Etat de prendre à sa charge, à part égal, l'intérêt particulier des étrangers comme celui des Français. Le fait se vérifie encore plus dans un contexte d'individualisme déclinant et de préoccupation sociale croissante, faisant ainsi de la loi, non plus une simple limite à la liberté de chacun, mais le vecteur de l'expression collective²⁶⁸².

Le spectre des intérêts qui sont susceptibles d'être l'objet de l'intervention des lois de police est suffisamment large pour faire apprécier la fréquence de leur emploi par les tribunaux français. En pratique, ces lois se signalent dans les matières les plus graves que sont le mariage (§ 1), la filiation (§ 2), l'obligation alimentaire et autres mesures provisoires en faveur d'une personne (§ 3) ou, encore, les incapacités (§ 4).

§ 1. Les lois de police en matière de mariage.

Signe de la montée en puissance de la loi nationale en matière de statut personnel, les lois de police en matière matrimoniale se font discrètes, pour ne pas dire inexistantes. Dans un domaine où l'exception d'ordre public se suffit à elle-même, le caractère impératif, qui est laissé à la discrétion des ordres juridiques internes, ne se fait pas sentir avec la même vigueur sur le plan international et l'ordre juridique français ne se sent pas investi de la mission d'imposer aux mariages contractés à l'étranger sa propre législation, par rapport aux conditions de forme et de fond qui déterminent la validité de telles unions. La régularité d'un mariage étranger ne semble pas devoir dépendre de la vision que se fait le droit français de l'institution, vision qui n'est, d'ailleurs, pas, à cette période, exempte de mobilité, comme le prouve, entre autres, le rétablissement du divorce par la loi de 1884.

Une seule, mais importante, décision relative à la célébration du mariage s'inscrit dans le cadre délimité par l'article 3, alinéa 1^{er} et elle est le fait du Tribunal correctionnel de Toulouse qui, dans un jugement en date du 7 mai 1890, *Ministère public contre Cros*, punit d'une amende, en vertu de l'article 199 du Code pénal, l'abbé Cros, qui a procédé au mariage religieux de deux sujets espagnols, sans justification d'un acte de mariage reçu de l'officier d'état civil :

Attendu que le ministre du culte ne peut pas s'arroger le pouvoir conféré seulement à l'officier de l'état civil ; que, s'il agit autrement, il se rend coupable d'un trouble apporté à l'ordre public dans l'exercice de son ministère, comme cela résulte du titre sous lequel est placé l'article 199 du Code pénal ; - que cet article n'est que la sanction des articles précités de la loi organique du Concordat

²⁶⁸² Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française, op. cit.*, pp. 205-207.

régulant les rapports de l'État avec l'Église ; - attendu qu'il s'agit, dans ce cas, d'une loi de police obligeant même les étrangers qui habitent le territoire, selon l'article 3 du Code civil ; - qu'en effet, il est certain en droit qu'on doit comprendre dans les lois de police celles qui concernent l'état civil, et qu'il importe de remarquer que l'article 199 du Code pénal est placé sous le paragraphe intitulé : « Des contraventions propres à compromettre l'état civil des personnes » ; qu'il est non moins certain et d'intérêt général que les infractions aux lois de police n'autorisent pas les excuses qui rendraient difficile l'application de ces lois, s'il fallait admettre les exceptions qui pourraient être déduites de l'intention, de l'ignorance particulière et de la bonne foi...²⁶⁸³

La décision du tribunal toulousain vise à faire respecter l'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux sur le territoire français, en vertu de l'article 199 du Code pénal. La solution en elle-même ne prête pas à la critique, mais la justification recherchée par les juges dans l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil pour appliquer ledit article 199 au prêtre coupable de contravention, est éminemment discutable. Si le jugement ne fait pas état de la nationalité du prêtre, il semble que celui-ci soit français. Dans ce cas, le recours à l'article 3, alinéa 1^{er}, qui se serait parfaitement compris s'il s'était agi d'un prêtre espagnol, à qui l'autorité des lois françaises aurait été étendue d'autorité, ne se justifie aucunement : par définition, si l'abbé Cros est français, alors, il est naturellement soumis aux prescriptions du Code pénal français. L'élément d'extranéité présent dans cette affaire est la nationalité espagnole des conjoints, qui a fait déduire, de manière erronée, à l'abbé Cros l'obligation de les marier conformément aux lois espagnoles, c'est-à-dire aux lois canoniques (auxquelles s'ajoutent, pour la célébration, la nécessité de faire retranscrire l'extrait paroissial du mariage canonique sur les registres de l'état civil pour officialiser l'union aux yeux de l'Etat). Or, si les conditions de fond de leur mariage sont bien régies par la loi espagnole, le fait qu'ils se marient en France prive de tout effet la loi espagnole fixant les modalités de la célébration religieuse et de l'inscription à l'état civil, puisque la *lex loci celebrationis* est nécessairement la loi française. Le mariage civil devait, alors, précéder obligatoirement la célébration *in facie Ecclesiae*²⁶⁸⁴.

Si, en l'espèce, les juges toulousains ont rivalisé de précaution en déclarant que l'article 199 du Code pénal était une loi de police, ils n'en ont pas moins établi une règle qui est digne de considération : à supposer que le prêtre célébrant soit étranger, il est tout autant tenu de respecter l'obligation inscrite dans le Code pénal qu'un prêtre de nationalité française. Le principe de l'antériorité du mariage civil peut être régulièrement rangé parmi les lois de police.

En matière matrimoniale, les magistrats français ont également eu à se prononcer sur certains de ses effets, comme l'obligation de cohabitation et d'entretien, et à en déduire des règles d'ordre public qui s'appliquent tant aux époux étrangers que français. Dans un jugement du Tribunal civil de la Seine, *Stoops contre Stoops*, en date du 31 août 1878, qui prolonge certains arrêts antérieurs déjà rendus sur ce point, les juges parisiens constatent, au vu de la domiciliation des époux belges à Paris, que :

Des considérations d'ordre public obligent les étrangers résidant en France à se soumettre à certaines prescriptions de la loi française; une femme belge est donc fondée à invoquer le bénéfice des dispositions de l'art. 214 C. civ., dispositions qui d'ailleurs se retrouvent dans la législation

²⁶⁸³ Tribunal correctionnel de Toulouse, *Ministère public contre Cros*, 7 mai 1890 : *Clunet*, n°18, 1891, pp. 223-227.

²⁶⁸⁴ Etienne BARTIN, *Etudes, op. cit.*, 3^e article, II, § IX, pp. 211-213, discute d'une telle hypothèse, sans se référer à cette décision, dans le cadre de son étude sur les dispositions d'ordre public, afin de bien marquer la différence entre l'application territoriale et impérative des lois pénales et l'application exceptionnelle de l'ordre public international.

belge.²⁶⁸⁵

C'est en vertu d'un tel raisonnement, qui assimile volontiers ordre public international et loi de police, que l'obligation faite au mari de recevoir sa femme dans son domicile et de subvenir à ses besoins est tenue pour une loi de police et de sûreté qui étend ses effets sur l'ensemble du territoire, sans considération de la nationalité des époux.

§ 2. Les lois de police en matière de filiation.

Evoluant en miroir de l'évolution progressive de la société française, à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, sur la question des rapports entre parents et enfants qui aspire à un meilleur contrôle de l'autorité des pères et qui encourage juges et législateurs à encadrer la puissance paternelle, non pas dans son principe, mais dans son exercice, les prises de position de la jurisprudence française en matière de droit international privé se font l'écho – lointain et encore étouffé – d'une « judiciarisation de la puissance paternelle »²⁶⁸⁶. La filiation faisant partie intégrante du statut personnel, et la plupart des législations, au moins celles qui sont censées être en communauté de droit avec la France, ne manquant pas de dispositions protectrices de l'intérêt de l'enfant, la loi nationale est la mieux placée pour déterminer l'étendue et les limites que cette puissance paternelle est appelée à recevoir, sans parler du correctif permanent que représente l'exception d'ordre public. L'Etat s'immisce ainsi dans le cercle familial, non pour se substituer aux parents, mais pour limiter les abus dont ils pourraient se rendre coupables²⁶⁸⁷.

Dans la mesure où le droit international privé français pouvait s'estimer suffisamment armé, avec l'ordre public international, pour répondre aux situations les plus graves dans lesquelles des législations moins soucieuses de l'intérêt de l'enfant auraient pu laisser des mineurs étrangers présents sur le sol de France, l'intervention des lois de police aurait dû demeurer anecdotique en la matière. Mais la loi du 24 juillet 1889 « sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés »²⁶⁸⁸, qui n'hésite pas à prononcer, dans certains cas, la déchéance de la puissance paternelle, présente, par la généralité de ses termes et par la gravité de l'intérêt qu'elle défend, tous les caractères d'une loi de police et de sûreté, qui étend ses effets sur les Français comme sur les étrangers présents en France. Elle est un exemple de loi française qui manquerait son but social, pour reprendre les termes d'Antoine Pillet, qui a consacré un commentaire sur les dispositions de la loi de 1889 au *Clunet*, si elle restreignait son champ d'application personnel aux seuls Français et si elle n'envisageait pas son application impérative à l'ensemble du territoire : comme le remarque le professeur grenoblois dans son article, « l'article 3, § 1, du Code civil ne comprend pas seulement les lois pénales dans sa disposition, elle l'étend à toutes les lois de police et de sûreté, à toutes les lois, généralement nommées lois d'ordre public. Or, tel est bien le caractère de notre loi »²⁶⁸⁹.

L'arrêt de la Cour d'appel de Douai, *Ministère public contre Epoux Lévêque-Guêter*, rendu le 10 décembre 1895, semble être la décision qui affirme pour la première fois ce principe en

²⁶⁸⁵ Tribunal civil de la Seine, 1^{ère} chambre, *Stoops contre Stoops*, 31 août 1878 : *Clunet*, n°6, 1879, pp. 66-67, et la note pour les décisions antérieures.

²⁶⁸⁶ Sur cette notion, voir David DEROUSSIN, *Histoire du droit privé, op. cit.*, n°392-400, pp. 252-257.

²⁶⁸⁷ Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française, op. cit.*, p. 229.

²⁶⁸⁸ Sur la loi de 1889, voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, § 305, pp. 390-391 et David DEROUSSIN, *Histoire du droit privé, op. cit.*, § 396, pp. 254-255.

²⁶⁸⁹ Antoine PILLET, « De la déchéance de la puissance paternelle considérée au point de vue international », *Clunet*, n°19, 1892, pp. 5-33, spéc. p. 9. Comparer avec Yves LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, 1976, n°354, pp. 272 et suivantes.

jurisprudence, et de la manière la plus explicite qui soit, en décidant que la déchéance prévue par la loi du 24 juillet 1889 est applicable à des père et mère étrangers, belges en l'espèce :

Qu'il résulte, d'autre part, de l'historique de la loi et des travaux préparatoires, que la préoccupation primordiale, on peut dire exclusive, du législateur, a été, dans un but de préservation sociale, d'assurer la protection des enfants ; - Qu'il s'ensuit que, si la déchéance est une sanction de la loi civile, une atteinte directe au statut personnel, la loi qui l'institue est, au premier chef, une loi de police et de sûreté ; - Qu'il est de principe certain que les lois de police et de sûreté ne comprennent pas seulement les lois pénales ou de justice répressive, mais aussi toutes celles qui ont pour objet la sûreté des personnes et le maintien du bon ordre, sans qu'il y ait à distinguer si les sanctions de leurs dispositions sont pénales ou civiles ; - Que, tel étant le caractère de la loi du 24 juillet 1889, il s'ensuit qu'aux termes de l'art. 3 du C. civ. elle est applicable aux étrangers et que la déchéance de la puissance paternelle peut ou doit, suivant les cas, être prononcée contre eux ; - Qu'en décider autrement serait admettre notamment que des enfants, qui sont nés en France de parents étrangers et qui sont Français sous condition résolutoire, seraient privés de la protection de la loi française et pourraient se trouver abandonnés sans remède à des parents indignes qui les corrompent...²⁶⁹⁰

Si cette position semble recueillir l'assentiment de la doctrine, y compris des auteurs personnalistes²⁶⁹¹, elle ne fait pas, à l'époque, encore l'unanimité, comme en témoigne ce jugement du Tribunal civil de la Seine, du 20 juin 1896, qui refuse d'étendre les bienfaits de la loi de 1889 aux enfants étrangers, par la considération qu'il résulte de l'examen de la loi qu'elle n'a jamais entendu s'adresser qu'aux enfants français :

Attendu que la puissance paternelle appartient essentiellement au statut personnel ; - Que, sans doute, les lois de police et de sûreté régissent tous ceux qui habitent le territoire, et que l'on entend par cette dénomination, outre les lois répressives proprement dites, toutes celles qui ont pour but d'assurer l'ordre public. - Mais attendu que ce caractère n'apparaît pas suffisamment dans la loi de 1889 pour autoriser une dérogation au respect du statut personnel, alors surtout qu'il ne s'agit pas de la protection des Français...²⁶⁹²

²⁶⁹⁰ Cour d'appel de Douai, 1^{ère} chambre, *Ministère public contre Epoux Lévêque-Guêter*, 10 décembre 1895 : *Clunet*, n°23, 1896, pp. 1055-1060 (1^{ère} espèce). Les magistrats douaisiens semblent très attachés à une loi dont ils louent, dans le même arrêt, l'« esprit empreint d'humanité et sa préoccupation dominante qui est l'intérêt des enfants » et à propos de laquelle ils ajoutent, martelant une nouvelle fois leur solution, que : « si, comme il est dit ci-dessus, cette loi s'applique nécessairement aux étrangers, il y aurait une sorte de contradiction à admettre que, supprimant leur puissance paternelle dans l'intérêt des enfants, elle laisserait ces enfants dans une situation peut-être pire, c'est-à-dire abandonnés à eux-mêmes et sans protection, ce qui serait évidemment méconnaître son caractère de loi de police et par suite de préservation sociale ».

²⁶⁹¹ Outre Pillet, cette position est également défendue par Fernand SURVILLE et Francis ARTHUYS, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4^e édition, Paris, 1904, n°319 (la référence à la loi de 1889 apparaît dès la deuxième édition) : « Il n'y a pas à hésiter, à notre avis. Il faut dire qu'on doit appliquer cette loi en France aux étrangers qui s'y trouvent comme aux familles françaises. Il s'agit là, en effet, d'une loi de police et de sûreté qui, aux termes de l'article 3, 1^{er} de notre Code civil, s'impose à tous dans notre pays. Si l'on en doutait, en considérant qu'elle se réfère à l'organisation de la famille française et dépend, par conséquent, du statut personnel, il suffirait, pour lever ce doute, de songer que, à côté de ce caractère, elle a celui de s'imposer comme une nécessité sociale dans l'intérêt du bon ordre dans l'Etat. La loi de 1889 nous fournit un exemple d'une de ces dispositions législatives... qui sont à la fois de statut personnel et d'ordre public. Mais, en tant qu'elle a le caractère d'ordre public, cette loi ne produit pas d'effet en pays étranger : cela va de soi ». Voir aussi Eugène AUDINET, *Principes élémentaires du droit international privé*, 1^{ère} édition, Paris, 1894, n°584-585, pp. 431-432.

²⁶⁹² Tribunal civil de la Seine, chambre du conseil, *Ministère public contre Dame V.*, 20 juin 1896 : *Clunet*, eod. loc. (2^{ème} espèce). A noter la présence, à cette instance, du juge rapporteur Georges BONJEAN, spécialiste des questions de correction paternelle, et plus connu pour être l'auteur du livre *Enfants révoltés et parents coupables, étude sur la désorganisation de la famille et ses conséquences sociales*, paru en 1895.

C'est l'arrêt infirmatif de la Cour d'appel d'Aix, *Ministère public contre dame di Meglio*, en date du 8 mars 1897, qui se charge de fixer la ligne directrice de la jurisprudence française en retenant la qualification de loi de police pour la loi du 24 juillet 1889 :

Attendu qu'aux termes de l'art. 3 c. civ., les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent, ne serait-ce qu'en passant, le territoire français, alors même qu'ils en ignoraient les dispositions ; — Que la même règle est inscrite dans la législation de tous les peuples civilisés ; — Attendu qu'on entend par *lois de police et de sûreté*, toutes celles qui ont pour objet la sûreté des personnes et des propriétés et le maintien du bon ordre ; — Que la loi de 1889 rentre exactement dans cette définition... [*La Cour rappelle les principales dispositions de la loi*] — Qu'il est donc difficile de dire que cette loi ne concerne pas la sécurité des personnes, qu'elle n'intéresse pas l'ordre public, qu'elle ne s'impose pas au respect de l'étranger, alors qu'on ne saurait méconnaître son caractère de nécessité sociale... ; — Attendu que là n'est point la question ; que, si l'étranger entrant en France, est soumis à nos lois de police, il encourt toutes les peines quelles qu'elles soient, édictées par ces lois, même celles qui consistent dans la privation de certains droits civils...²⁶⁹³

La Cour reproche aux premiers juges de s'être laissés guider par la conviction que la puissance paternelle, étant de statut personnel, était entièrement de la compétence de la loi nationale – en l'occurrence, pour les parents comme pour l'enfant, la loi italienne – et qu'il appartenait à cette loi, et à elle seule, de statuer sur les restrictions à apporter à l'exercice de la puissance paternelle, voire sur la déchéance à prononcer à l'encontre du ou des parents coupables. La décision du Tribunal civil d'Aix nourrissait des scrupules à l'égard de l'empire de la loi italienne et s'inquiétait des conséquences de la décision française de déchéance pour une enfant italienne. A l'inverse, les magistrats de la Cour d'appel estiment, à propos du père, Italien marié à une Française, qu'il « n'est pas douteux qu'il doit subir les déchéances qui sont l'accessoire des peines prononcées en ces matières, et il n'a jamais été prétendu qu'il puisse y échapper à la faveur de son statut personnel » et « que l'effet de ces condamnations expirera, il est vrai, à la frontière ; mais le but de la loi n'en aura pas moins été atteint ; le devoir vis-à-vis de l'enfant aura été rempli sur toute l'étendue de notre territoire ».

L'importance de la position prise par la Cour d'Aix dans l'arrêt *Di Meglio* se mesure au fait que, la même année 1895, le 15 novembre, elle rend un second arrêt infirmatif du jugement du Tribunal civil de Marseille, dans l'affaire *Ministère public contre Crudeli*, dans laquelle elle réaffirme avec vigueur son analyse de la loi de 1889 :

...Elle est essentiellement, aussi bien par son intitulé et son contexte, que par la pensée qui l'a inspirée et le but qu'elle se propose, une loi de police et de sûreté, dont le propre est d'être territoriale ; — Qu'on doit, en effet, ranger dans cette catégorie toutes les lois, tant civiles que pénales, ayant pour objet la sûreté des personnes ou des propriétés, et le maintien du bon ordre et, telles sont parmi les premières, d'après les commentateurs les plus autorisés du Code civil, celles qui règlent les pouvoirs du mari sur la personne de sa femme, des pères et mères ou tuteurs sur la personne de leurs enfants ou pupilles ; que telle sera bien *a fortiori*, par conséquent, celle qui, mue par des considérations d'ordre supérieur, supprime, pour les transporter à l'Etat, certains de ces droits, dont mésusent ceux qui les détiennent...²⁶⁹⁴

²⁶⁹³ Cour d'appel d'Aix, 1^{ère} chambre, *Ministère public contre dame di Meglio* (ou : *Epoux di M...*), 8 mars 1897 : *Dalloz Périodique*, 1897, II, pp. 157-159, et la note approbative De Loynes ; *Clunet*, n°24, 1897, pp. 569-574 ; *Recueil Sirey*, 1899, II, pp. 57-62 (note approbative Audinet sur l'arrêt de Douai précité et les deux arrêts de la Cour d'Aix rendus en 1895 sur la question) ; *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, pp. 219-222 (panorama jurisprudentiel Surville).

²⁶⁹⁴ Cour d'appel d'Aix, 1^{ère} chambre, *Ministère public contre Crudeli*, 15 novembre 1897 : *Dalloz Périodique*, 1898, II, pp. 233-236, avec note approbative De Loynes et *Recueil Sirey*, 1899, précité à la note précédente.

Au-delà de la définition prétorienne des lois de police et de sûreté, l'enseignement le plus notable de cet arrêt *Crudeli* est que la loi de police est, par excellence, « celle qui, mue par des considérations d'ordre supérieur, supprime, pour les transporter à l'Etat, certains de ces droits, dont mésusent ceux qui les détiennent ». Prolongeant la lecture d'un ordre public interne qui encadre et limite le pouvoir reconnu aux particuliers dans la gestion de leurs intérêts, les juges aixois envisagent un ordre supérieur qui autorise l'Etat à prendre à sa charge les intérêts des particuliers, quand ceux-ci sont inaptes à en user de façon réglée, et, mieux encore, un ordre supérieur qui dépasse le cadre de l'ordre juridique interne pour se projeter dans le domaine du conflit de lois et repousser avec force la loi étrangère, quand celle-ci menace d'empiéter sur le domaine réservé du législateur. La protection de l'enfance n'est pas, selon cette conception, une pure affaire d'intérêts privés : elle est, avant tout, désormais, l'une des fonctions essentielles de l'Etat.

La Cour d'appel de Paris, le 25 avril 1899, adopte la même démarche téléologique dans son arrêt *Ministère public contre van Eckhoudt*, afin d'aboutir à une conclusion similaire :

Considérant, en effet, que la loi de 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, laquelle a pour but de soustraire les enfants à l'autorité de parents indignes qui compromettent leur santé, leur sécurité et leur moralité, et par là de faire disparaître une cause de trouble ou de scandale public, est au premier chef une loi de police et de sûreté dans le sens de l'art. 3 du Code civil ; que, par suite, elle oblige tous ceux qui habitent le territoire et que les étrangers ne sont pas reçus, pour s'y soustraire, à invoquer leur statut personnel.²⁶⁹⁵

La consécration de la loi du 24 juillet 1889 en loi de police et de sûreté, si l'idée est apparue très rapidement dans la jurisprudence, semble définitivement installée auprès des juges français à partir des arrêts *Di Meglio* et *Crudeli* de 1897 et ne se dément pas par la suite²⁶⁹⁶. Elle s'impose dans un domaine du droit international privé où la préférence pour la loi nationale demeure très marquée et où la protection de l'enfant, si elle est considérée comme l'essence même de l'autorité paternelle, semble être un intérêt que toute législation nationale devrait avoir à cœur de réglementer avec soin²⁶⁹⁷. Toutefois, pour des raisons d'urgence et d'exécution des décisions, il apparaît aux juges que les autorités publiques du lieu de la situation effective de l'enfant étranger soient mieux à même de faire intervenir l'administration adéquate pour prendre celui-ci en charge²⁶⁹⁸.

§ 3. Les lois de police, l'obligation alimentaire et les mesures provisoires.

En matière d'obligation alimentaire et des mesures provisoires motivées par un intérêt social, qui sont deux questions qu'elle traite avec le même esprit, la jurisprudence française s'inscrit dans la parfaite continuité de la période précédente. La montée en puissance du personnalisme tend, certes, à contester la prise en charge discrétionnaire par les juges français de situations

²⁶⁹⁵ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, *Ministère public contre van Eyckhoudt*, 25 avril 1899 : *Clunet*, n°26, 1899, pp. 823-825.

²⁶⁹⁶ Comparer avec Cour d'appel de Paris, 28 avril 1967 : *Revue critique*, n°57, 1968, p. 446, note Jacques Foyer, et *Clunet*, 1968, p. 98, observation Philippe Kahn, ainsi que Yves LEQUETTE, *Protection familiale*, *eod. loc.*

²⁶⁹⁷ Fernand SURVILLE, « Du conflit des lois personnelles », *Clunet*, n°39, 1912, pp. 5-25 et 395-412, spéc. pp. 404-406.

²⁶⁹⁸ Différente est la situation des conflits de lois relatifs à la tutelle : la jurisprudence française, sans doute en l'absence de loi aussi contraignante que la loi de 1889, recourt au balancement habituel du statut personnel (c'est-à-dire de la loi nationale de l'incapable qui bénéficie de cette institution) par l'effet de l'exception d'ordre public : voir Tribunal civil de la Seine, *Homborg*, avril 1884 : *Clunet*, n°11, 1884, pp. 521-523.

familiales qu'il est de règle, en temps ordinaire, de laisser à la compétence du statut personnel, que ce soit la loi personnelle de l'un des membres de la famille ou celle qui régit les rapports de famille. Mais, le plus souvent, la situation de détresse matérielle du demandeur à l'action à laquelle les juridictions se trouvent confrontées, les pousse à suspendre le cours ordinaire du traitement international du litige et à privilégier, une nouvelle fois, l'efficacité des décisions et leur exécution effective sur le territoire en court-circuitant la règle de conflit au profit de la *lex fori*, intervenant en qualité de loi de police. Il arrive, en effet, que la loi nationale n'apporte pas de réponse ou, en tout cas, de réponse satisfaisante par rapport aux exigences minimales du for.

La tendance, déjà marquée au cours de la période précédente, se vérifie toujours à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, à une époque où, désormais, l'intérêt de la société dans son ensemble pèse davantage et tend à concurrencer les intérêts privés : les tribunaux français n'hésitent pas à recourir à l'article 3, alinéa 1^{er} pour imposer une obligation alimentaire en faveur d'un époux et/ou des enfants, obligation alimentaire qui peut être satisfaite par la prise de mesures provisoires, de la part de ces tribunaux, lors des instances en divorce ou en séparation de corps (A.), ou pour imposer des mesures conservatoires dans le cadre d'une succession (B.).

A. Les lois de police, les obligations alimentaires entre époux et en faveur des enfants et les mesures provisoires en cas de divorce ou de séparation de corps.

Les juges français inclinaient déjà, avant 1880, à faire prévaloir les considérations d'humanité – qui n'étaient pas indemnes, dans leur esprit, d'impératifs d'ordre public – et, donc, l'action de la loi de police française sur la loi personnelle du débiteur d'aliments, qui, d'ailleurs, pouvait se trouver en concurrence, sur ce point encore indécis en doctrine comme devant les tribunaux français, avec la loi personnelle du créancier. En effet, l'audience rencontrée par les thèses personnalistes, y compris dans une partie de la jurisprudence, a eu pour effet de relancer la discussion sur les rôles respectifs de la loi du for et de la loi nationale, mais sans parvenir à fixer définitivement le critère de rattachement sur la personne du débiteur ou du créancier²⁶⁹⁹. La majeure partie des tribunaux semble n'avoir pas été sensible aux argumentations présentées en faveur de la soumission de l'obligation alimentaire au statut personnel et a préféré persister dans sa faveur pour les lois de police. Ce mouvement, aperçu durant une grande partie du XIX^e siècle, se poursuit donc après 1880, qui ne marque, sur cette question, aucune véritable rupture. En prenant en compte les situations concrètes devant lesquelles ils étaient placés, les juges du fond ont, régulièrement, pris le parti de l'effectivité des décisions en se fondant sur la présence sur le sol français du créancier pour justifier leur compétence et, par l'application de la *lex fori*, la soumission de la dette d'aliments à la loi de police de l'article 3, alinéa 1^{er}²⁷⁰⁰.

Les litiges portant directement sur l'obligation alimentaire étant plutôt rares, il convient de les envisager de concert avec les décisions qui portent sur l'octroi des mesures provisoires au cours d'un procès, car ils en partagent l'esprit et les solutions. En effet, le parti-pris des juges français se révèle, principalement, à l'occasion des très nombreux contentieux qui portent sur l'octroi de mesures provisoires, notamment à finalité alimentaire, notamment lorsque ces juges sont saisis par des plaideurs étrangers au principal pour obtenir un divorce ou une séparation de

²⁶⁹⁹ Voir, par exemple, l'opinion de Fernand SURVILLE, « Du conflit des lois personnelles », *op. cit.*, pp. 410-412.

²⁷⁰⁰ Sur la jurisprudence relative aux questions d'obligation alimentaire et de mesures provisoires, voir Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, *op. cit.*, pp. 227-229, spéc. p. 228, note 2 et les références citées à la note.

corps. En fin de compte, l'ensemble dessine les contours d'une politique jurisprudentielle clairement assumée dont le but avoué est d'imposer la double compétence juridictionnelle et législative de l'ordre juridique français. La cohorte impressionnante de jugements et d'arrêts émanant des juges du fond qui, s'égrenant de 1880 à 1903, suivent ce mouvement, suffirait sans doute à s'en convaincre, mais ce n'est qu'en 1903 qu'intervient la consécration officielle de la Cour de cassation.

Le raisonnement tenu par les tribunaux repose toujours sur la même logique. Bien que, dans leur ensemble, et à de très rares exceptions, ils persistent à déclarer leur incompétence sur les demandes principales en séparation de corps²⁷⁰¹, en divorce²⁷⁰², ou en nullité²⁷⁰³, formées en France entre époux étrangers, ils se reconnaissent, simultanément et systématiquement, le pouvoir d'accorder, à titre provisoire, toute mesure destinée à subvenir aux besoins, et à la conservation des biens, de l'époux demandeur ou des enfants du couple, comme, par exemple, une pension alimentaire ou l'attribution de la garde des enfants. A côté des décisions qui se fondent sur la « loi naturelle et le droit des gens »²⁷⁰⁴ ou sur l'équité, voire sur un précédent²⁷⁰⁵, il faut s'intéresser, plus précisément, à celles qui cherchent leur motivation dans les lois de police, voire dans l'ordre public international, dont elles sont encore, dans leur esprit, le véhicule.

Quelques décisions se détachent, en effet, de cet ensemble monocorde en mettant en avant ces deux justifications. Pour être le premier de la liste, le jugement du Tribunal civil de la Seine, prononcé le 10 mai 1876 dans l'affaire *Boucharde contre Quest ès noms*, est, sans doute, le plus explicite de tous, puisqu'il déclare que :

L'obligation de se fournir des aliments est une loi de police qui oblige, à la fois, le Français et l'étranger.²⁷⁰⁶

Le Tribunal civil de la Seine, le 13 janvier 1883, saisi d'une demande de pension alimentaire par la *Dame Martínez de Campos*, ressortissant espagnole, dont la procédure en annulation du mariage était pendante devant la juridiction ecclésiastique, rappelle le principe prétorien, même si celui-ci est formulé encore de manière prudente :

Attendu que, s'il appartient aux tribunaux français, tout en déclarant leur incompétence sur le fond d'un litige entre étrangers, de statuer en vue de sauvegarder les personnes ou les biens des parties,

²⁷⁰¹ Tribunal civil de la Seine, 4^e chambre, *van Overbecke*, 13 avril 1880 : *Clunet*, n°7, 1880, pp. 303-304 ; Tribunal civil de la Seine, *Dame P. contre P.*, précité ; Tribunal civil de Vesoul, *Michelsen contre Michelsen*, 29 décembre 1886 : *eod. loc.*, n°16, 1889, pp. 474-475 ; Cour d'appel de Paris, 4^e chambre, *Dame Caramello contre Caramello*, 3 février 1892 : *eod. loc.*, n°19, 1892, pp. 1020-1021 ; Tribunal civil de la Seine, 3^e chambre, *Dame Tirveillot contre son mari*, 23 février 1898 : *eod. loc.*, n°25, 1898, pp. 927-931.

²⁷⁰² Tribunal civil de la Seine, 4^e chambre, *Dame Stern contre Stern*, 18 août 1881 : *eod. loc.*, n°8, 1881, pp. 526-528 ; Tribunal civil de la Seine, 4^e chambre, *Dame Hart contre Hart*, 23 janvier 1883 : *eod. loc.*, n°10, 1883, pp. 292-294.

²⁷⁰³ Tribunal civil de la Seine, 1^{ère} chambre, *Dame Jasienski contre Jasienski*, 22 mars 1890, *eod. loc.* : n°17, 1890, pp. 860-862 (deux jugements) ; dans la même affaire, Cour d'appel de Paris, chambres réunies, 12 mars 1891 : *eod. loc.*, n°18, 1891, p. 535.

²⁷⁰⁴ Cour d'appel de Paris, *Ullmann*, 20 avril 1880 : *eod. loc.*, n°7, 1880, pp. 300-301.

²⁷⁰⁵ Tribunal civil de la Seine, 4^e chambre, *Dame P. contre P.*, 28 février 1885 : *eod. loc.*, n°12, 1885, pp. 679-681 ; Tribunal civil de la Seine, 4^e chambre, *Dame Bennet contre son mari*, 27 janvier 1892 : *eod. loc.*, n°19, 1892, pp. 439-440.

²⁷⁰⁶ Tribunal civil de la Seine, 6^e chambre, *Boucharde contre Quest ès noms*, 10 mai 1876 : *eod. loc.*, n°3, 1876, pp. 184-185, avec l'approbation de l'annotateur du *Clunet* selon lequel : « cette doctrine, qui a de la peine à prévaloir dans la jurisprudence, ne tardera pas à l'emporter. S'il existe une loi de police à laquelle les étrangers doivent être astreints par les tribunaux français, c'est assurément l'obligation alimentaire ; il y a là un devoir que le droit naturel impose aux membres d'une même famille dans tous les pays civilisés. Nos tribunaux sont certainement compétents pour connaître d'une telle demande dirigée par un étranger contre un autre étranger ; peu importe la nationalité des plaideurs, il y a là un intérêt d'ordre public à satisfaire ».

ils ne peuvent prescrire que des mesures urgentes, indispensables et intéressantes, dans une certaine mesure, l'ordre public...²⁷⁰⁷

Dans le même esprit, cette juridiction, dans son jugement rendu, le 18 janvier 1889, dans l'affaire *Epoux Beer*, relève que :

La condamnation par le juge français [n'est] qu'une mesure essentiellement provisoire, destinée à régler, dans l'intérêt de l'ordre public, la séparation de fait des époux Beer.²⁷⁰⁸

Dans toutes les affaires portées devant les tribunaux français, la compétence judiciaire entraîne la compétence législative et il semble bien que cela soit le but recherché par les magistrats. Ménageant leur juste part aux juridictions et aux lois étrangères, ils se réservent le droit de soumettre la situation provisoire sous l'empire de la loi française afin d'apporter un remède à la situation délicate dans laquelle se trouve le demandeur. Mais le substrat juridique n'est jamais véritablement mis en avant dans leurs décisions, à part quelques allusions à l'ordre public.

C'est donc à la Cour de cassation qu'il est revenu, dans un important arrêt rendu par la chambre des requêtes le 22 juillet 1903, *Epoux Guerrier-Capstick*, de consacrer la solution prétorienne, en reconnaissant, enfin, à l'obligation alimentaire le statut de loi de police et de sûreté que les juges du fond lui avaient accordé en fait, à défaut de l'avoir fait *expressis verbis*. La haute juridiction avait à se prononcer sur une affaire qui a longuement sollicité la sagacité des juges douaisiens et qui portait sur la demande de pension alimentaire formée par Arthur Guerrier, Anglais domicilié à Boulogne-sur-Mer, à l'encontre de ses parents, tous deux de nationalité anglaise, les conjoints Guerrier-Capstick, domiciliés dans la même ville. Dans un premier arrêt, en date du 18 novembre 1901, la Cour d'appel de Douai avait confirmé la sentence des juges de première instance qui s'étaient reconnus compétents et avaient accordé la pension alimentaire au demandeur. En effet, d'après les magistrats douaisiens, en pareil cas, et eu égard à la domiciliation, au moins de fait, des parties en France, il convenait de soumettre ces dernières :

... à la juridiction des tribunaux français dans les litiges qui, n'intéressant pas l'état des personnes, paraissent devoir être retenus et solutionnés par eux au point de vue d'une bonne et prompt administration de la justice sur le territoire français ; qu'il en doit surtout être ainsi dans l'espèce, puisque la demande, présente, par sa nature même, un caractère d'urgence ; que l'obligation invoquée est à exécuter, non à l'étranger, mais en France, où le défendeur comme le demandeur ont leur domicile de fait ; qu'enfin, l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants comporte une faveur particulière, si bien que le refus systématique de mettre fin à des différends de cette nature existant entre habitants du territoire français constituerait un véritable trouble dans l'ordre social.²⁷⁰⁹

En décidant ainsi que l'obligation alimentaire est moins une affaire d'état des personnes qu'un devoir qui intéresse l'ordre social et qui constitue une faveur particulière au sein de l'ordre des familles que son caractère d'urgence ne fait qu'exacerber, la Cour d'appel se place, sans le dire, sur le terrain des lois de police, appelées à la rescousse pour repousser toute contestation fondée sur la compétence de la loi anglaise, loi nationale des parties. C'est alors que l'instance se sépare en

²⁷⁰⁷ Tribunal civil de la Seine, 1^{ère} chambre, *Martínez de Campos contre Serrano de San Antonio*, 13 janvier 1883 : *eod. loc.*, n°10, 1883, pp. 167-170.

²⁷⁰⁸ Tribunal civil de la Seine, 4^{ème} chambre, *Epoux Beer*, 18 janvier 1889 : *eod. loc.*, n°18, 1890, pp. 297-298.

²⁷⁰⁹ Cour d'appel de Douai, 1^{ère} chambre, *Epoux Guerrier-Capstick contre Arthur Guerrier*, 18 novembre 1901 : *eod. loc.*, n°29, 1902, pp. 1043-1044.

deux temps. D'un côté, le Tribunal civil de Boulogne ayant statué sur le fond, dans la foulée de l'arrêt douaisien, et condamné les parents à s'acquitter de leur pension alimentaire envers leur fils, les époux Guerrier–Capstick interjettent appel de ce jugement auprès de la Cour d'appel de Douai, sous réserve du pourvoi en cassation formé au même moment. D'un autre côté, en effet, ils portent un pourvoi en cassation contre l'arrêt du 18 novembre 1901, rendu par cette même Cour d'appel de Douai.

La Cour d'appel de Douai rend alors son second arrêt, le 26 mars 1902, dans lequel elle prend le temps de développer le fond de sa pensée et d'expliquer à quel intérêt sont censées répondre les lois de police et de sûreté. Les motifs en méritent d'être rappelés :

Attendu que ces dispositions de la loi [*anglaise*] étant, en fait, inapplicables en France, le trouble social qu'a voulu prévenir la jurisprudence à laquelle l'arrêt du 18 novembre s'est conformé persisterait indéfiniment si les tribunaux français statuaient en appliquant la loi anglaise comme le demandent les époux Guerrier ; que, s'agissant d'éviter un trouble social dans l'Etat français, il est naturel et logique de prévenir ce trouble en appliquant les dispositions de la loi qui ont été prises à cet effet dans ledit Etat ; que celui-ci est d'ailleurs seul et souverain juge dans les matières d'ordre public vis-à-vis de tous les individus qui ont trouvé convenable, utile ou agréable, de fixer leur résidence sur son territoire ; qu'il y a là, en quelque sorte, une loi de police et de sûreté primant les intérêts personnels et privés des étrangers ; que ceux-ci ne peuvent se prévaloir à son encontre des lacunes ou des insuffisances de la législation de leur pays d'origine, et tenir en échec des lois d'intérêt général ; — Attendu, s'il en était autrement, que les pères et mères étrangers seraient plus favorisés que les parents français, qu'il leur serait loisible, en cas de mécontentement, de laisser leurs enfants sans ressources et dans le dénûment (*sic*), ce qui mettrait ceux-ci à la charge d'autrui et augmenterait le nombre des indigents, créant ainsi un trouble social que le législateur a interdit à ses nationaux.²⁷¹⁰

Cette argumentation, qui propose une véritable définition des lois de police et de sûreté et de la mission qui leur est assignée au nom de « l'ordre public » et de l'intérêt général, ne manque pas de séduire les juges de cassation, qui, ayant à répondre au pourvoi contre l'arrêt du 18 novembre 1901, la reprennent à leur compte pour mieux ciseler des motifs destinés à se cristalliser en véritable règle prétorienne :

Attendu que les dispositions légales qui imposent à certaines personnes l'obligation de se fournir des aliments se rattachent aux lois de police et de sûreté ; que la bonne police du pays est intéressée à ce qu'elles ne soient méconnues par aucun de ceux qui l'habitent.²⁷¹¹

L'arrêt *Epoux Guerrier-Capstick* traduit, en ses termes, le transfert de l'intérêt de la famille, commandant à la justice française d'assurer l'exécution du devoir alimentaire entre parents et enfants, vers l'intérêt de la société, qui exige que les familles veillent au bon entretien de leurs membres afin éviter que ceux-ci ne soient livrés à la charité publique, comme semblent le craindre les magistrats douaisiens. Les juges français, dans leur ensemble, sont beaucoup plus enclins à entendre cet impératif d'intérêt général et à voir dans la loi française, investie de son pouvoir de police et de sûreté, le meilleur moyen d'assurer l'ordre public au sein du territoire²⁷¹² : telle est la

²⁷¹⁰ Cour d'appel de Douai, 1^{ère} chambre, *Epoux Guerrier-Capstick contre Arthur Guerrier*, 26 mars 1902 : *eod. loc.*, n°30, 1903, pp. 599-601.

²⁷¹¹ Cour de cassation, chambre des requêtes, *Epoux Guerrier-Capstick contre Arthur Guerrier*, 22 juillet 1903 : *eod. loc.*, n°31, 1904, pp. 355-356.

²⁷¹² Justice de paix de Paris (XVI^e arrondissement), *Moret contre Ryan*, 10 juillet 1903 : *eod. loc.*, n°31, 1904, pp. 356-358. Devançant de quelques jours la Cour de cassation, le juge de paix parisien, après avoir soigneusement soupesé les

raison qui inspire la volonté de soumettre les étrangers résidant sur ce territoire au même ensemble de droits et de devoirs qui est imposé aux Français.

C. Les mesures provisoires et les successions.

Reproduisant le même raisonnement que celui qui les avait poussés à s'attribuer compétence pour ordonner des mesures provisoires en matière personnelle, les tribunaux français ont pu, occasionnellement, transposer cette attitude à la matière réelle. C'est pour ces raisons que le Tribunal civil de la Seine, le 31 mars 1876, dans l'affaire *Falvez contre de Souza*, décide que, malgré l'incompétence de principe qui l'empêche de trancher une contestation entre étrangers, il lui revient de veiller à « l'exécution de mesures purement conservatoires sur lesquelles une décision est urgente pour la sauvegarde des intérêts en présence » : en l'occurrence, « il ne s'agit de statuer que sur une demande de scellés et d'inventaire »²⁷¹³. En l'espèce, davantage qu'un intérêt social caractérisé, c'est le souci d'une bonne administration de la justice qui inspire la décision des juges parisiens.

§ 4. Les lois de police en matière de capacité : les incapacités d'intérêt social.

La règle de conflit en matière de capacité ou d'incapacité de la personne est que celle-ci, suivant une tradition bien établie, et que l'érosion de l'autorité reconnue par le conflit de coutumes au statut réel a contribué à renforcer, est soumise à sa loi nationale. Si l'intervention de la loi territoriale confinait déjà, dans la jurisprudence du XIX^e siècle, à l'exception, motivée pour des considérations d'intérêt national ou d'intérêt politique, il aurait semblé logique de voir ces derniers îlots de résistance emportés par la vague personaliste qui a gagné la doctrine et, de manière plus diffuse, la jurisprudence en cette fin du XIX^e et en ce début du XX^e siècle. La lecture des décisions permet de constater qu'il n'en a rien été. La jurisprudence *Lizardi*, dite de « l'intérêt français », s'est maintenue avec une constance qui n'a pas fléchi sous les attaques incessantes de l'ensemble de la doctrine française et les juges, que l'on ne saurait accuser de méconnaître l'importance du statut personnel, ont continué de prendre en considération l'intérêt du ressortissant français lésé par la majorité apparente de son cocontractant étranger, voire par sa tempérance apparente dissimulant, en réalité, un état de prodigalité (A). Ensuite, la faculté de recevoir ou de disposer à titre gratuit peut être, à la discrétion des juges français, et sous couvert des lois de police, déniée lorsque le légataire est une personne morale étrangère (B).

A. La jurisprudence de l'intérêt français : la limite imposée au statut personnel

Même si la question de droit à laquelle il est attaché depuis l'arrêt *Lizardi* apparaît peu fréquemment dans la jurisprudence de la fin du XIX^e et du début XX^e siècle, le système de l'intérêt

arguments en faveur de la loi personnelle et ceux en faveur des lois de police et de sûreté, indique se rallier à cette dernière opinion, car c'est en sa faveur » que paraît, en définitive, se prononcer la jurisprudence ». En effet, il constate que « les principes indiscutables s'imposent, dans l'espèce, au point de vue de l'équité, d'une façon plus impérieuse encore ; que, d'autre part, l'obligation alimentaire entre parents intéresse trop directement l'ordre public pour que les tribunaux français ne se déclarent pas compétents à en connaître et ne l'imposent pas même aux étrangers qui en seraient affranchis d'après leur loi personnelle ; que c'est un cas où le respect dû à la loi nationale de l'étranger doit céder devant un intérêt d'ordre supérieur ».

²⁷¹³ Tribunal civil de la Seine, *Falvez contre de Souza*, 31 mars 1876, *ead. loc.*, n°4, 1977, pp. 429-430.

français ou national demeure en faveur auprès des tribunaux français²⁷¹⁴. Il semble que l'engouement nouveau de ces derniers pour les vertus prêtées à loi nationale n'ait pas entamé leur vigilance. Les juges, plus sensibles aux intérêts des diverses parties au contrat, s'avèrent moins soucieux d'assurer une quelconque cohérence dans le traitement de la capacité ou de l'incapacité personnelle que les auteurs de la doctrine, qui déplorent, à la quasi unanimité, la survie d'une position prétorienne qui leur semble être une survivance de l'excessive rigueur des temps anciens²⁷¹⁵.

La Cour de Paris, dans un arrêt *Hartog* du 8 février 1883, fait application du correctif *Lizardi* à un marchand colporteur hollandais, Hartog, qui avait réglé divers achats de commerce auprès d'un fournisseur français, sous forme de billets à ordre. Au moment de devoir honorer le paiement, il s'était fondé sur sa loi nationale, la loi hollandaise, qui fixe la majorité à l'âge de vingt-trois ans, pour démontrer qu'il n'avait pu, à la date des achats, contracter aucune obligation, étant donné qu'il était encore en état de minorité et pour faire annuler les contrats passés. L'arrêt de la Cour de Paris, infirmatif, constate, d'abord, que le fournisseur français a « toujours cru traiter avec un citoyen majeur, et maître de ses droits, alors qu'ils avaient été mis, à Paris, en relations avec » Hartog et, ensuite, que celui-ci, « en dissimulant son extranéité à ceux avec lesquels il était en relations continuelles d'affaires,... les a, tout le premier, induits en erreur » et « qu'ils n'ont point commis de faute ou d'imprudence qui leur soit imputable ». De ce premier constat, qui invoque l'ignorance excusable de la loi personnelle étrangère ou, plus exactement, du statut personnel du cocontractant étranger, la Cour d'appel tire une solution de principe qui condense la jurisprudence *Lizardi* :

La règle du statut personnel ne saurait, sans péril, être appliquée sans tempérament au regard des étrangers résidant passagèrement en France, et y contractant avec des commerçants français.²⁷¹⁶

Cet arrêt, qui s'inscrit dans la ligne d'une jurisprudence qui n'a pas été démentie par la suite, a été prolongé, quelques années plus tard, par un jugement du Tribunal civil de la Seine, du 5 avril 1895, dans l'affaire *Fiocca*, dont les faits s'apparentent de près à ceux de l'affaire de Beaufremont, et dans laquelle une femme d'origine française mariée puis séparée de corps avec son mari italien a obtenu de se faire naturaliser dans le Grand-Duché de Saxe pour « convertir » sa séparation de corps en divorce et, ainsi, se faire passer pour une femme divorcée. Alors que certaines décisions de juges du fond s'étaient appuyées sur l'argument des « manœuvres frauduleuses » pour éviter d'avoir à employer le correctif *Lizardi* et atteindre, néanmoins, le même but, les juges parisiens choisissent de ne pas se porter sur le terrain de la fraude, qui semblait s'offrir à eux comme une évidence. Ils estiment, en effet, que :

²⁷¹⁴ Sur l'arrêt *Lizardi* et le système de l'intérêt national, voir, *supra*, pp. 835-838.

²⁷¹⁵ Voir, par exemple, André WEISS, *Traité théorique et pratique, op. cit.*, t. 3, titre IV, section IV, pp. 144-152, qui rejette le système fondé sur « l'intérêt particulier du Français, compromis par l'application d'une loi étrangère à son débiteur étranger. Cet intérêt nous touche peu » et il ne doit pas entrer en considération parce que « l'adoption du système de M. Valette amènerait presque inévitablement à l'étranger des mesures de rétorsion, plus funestes à nos nationaux et au commerce français que l'inconvénient que ce système veut prévenir ». Comme nous allons le voir incessamment, Pillet et Bartin, dans une moindre mesure, réprouvent tout autant cette doctrine de l'intérêt français.

²⁷¹⁶ Cour d'appel de Paris, 3^e chambre, *Hartog*, 8 février 1883 : *Recueil Sirey*, 1883, II, p. 169 ; *Clunet*, n°10, 1883, pp. 290-292 ; *Dalloz Périodique*, 1884, II, p. 25.

Il convient d'opposer à l'application du statut personnel des étrangers certaines restrictions et certains tempéraments, sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur et de surprise au préjudice des Français.²⁷¹⁷

Cette position, conforme aux directives de la Cour de cassation, a contraint la doctrine, en dépit de sa réprobation de principe, à en chercher la justification par divers moyens. De même que Pillet, qui l'analyse comme une manifestation exacerbée et déplacée de l'ordre public²⁷¹⁸, Martin se livre à une courte analyse de cette jurisprudence dans l'article qu'il consacre dans ses *Etudes* à l'ordre public²⁷¹⁹ et y voit une des preuves de l'éviction de la loi normalement compétente – la loi personnelle de l'étranger – au profit de la loi du for. C'est donc l'une des caractéristiques de l'ordre public. Martin lui-même, qui considère les décisions qui recourent au correctif *Lizardi* comme excessives, propose de se fonder sur les « manœuvres frauduleuses » de l'étranger à l'égard du créancier français pour faire application des dispositions de capacité de la loi française, non à titre d'exception, mais bien « à titre normal, en vertu de la règle que les conséquences des délits civils dépendent de la loi du lieu où ils se sont produits ». Une telle opinion n'est pas anecdotique sous la plume de cet auteur, qui se plaît à voir dans l'article 3, alinéa 1^{er} le siège de la règle de conflit relative à la responsabilité civile délictuelle : en résumé, il suggère d'appliquer cet alinéa à titre de loi de police, c'est-à-dire, dans son esprit, de *lex loci delicti*. En ce cas, poursuit Henri Batiffol, « le seul moyen consiste à valider le contrat : c'est le raisonnement qui sert à justifier l'article 1310 du Code civil déclarant le mineur tenu des obligations résultant de ses délits et quasi-délits » afin de réparer le dommage causé au cocontractant français²⁷²⁰.

La jurisprudence *Lizardi* a été étendue, dans quelques décisions, par identité de motifs, à la situation du prodigue étranger²⁷²¹. Ainsi, la Cour d'appel de Bordeaux, le 11 avril 1906, saisie du cas d'un mineur allemand, Schwabach-Marzdorf, qui avait contracté une dette en France à l'égard de son dentiste, Landau, et qui avait été assigné par ce dernier sans l'assistance du conseil judiciaire nommé par le jugement d'un tribunal allemand, écarte la loi allemande, loi nationale du mineur et loi de sa tutelle, au prétexte que la nomination du tuteur n'avait fait l'objet d'aucune publicité en France et que Landau, dentiste exerçant à Paris, n'avait pas pu en être informé. La Cour rejette, à cette occasion, l'appel du mineur et de son tuteur, en rappelant que la règle de conflit relative au statut personnel doit souffrir des tempéraments :

Cette règle ne doit pas être suivie avec une rigueur trop absolue ; il importe, en effet, que les Français, qui, sur leur propre territoire, ont, de bonne foi, sans légèreté ni imprudence, traité avec des étrangers dont ils ignoraient l'incapacité légale, ne soient pas victimes d'une erreur contre

²⁷¹⁷ Tribunal civil de la Seine, 2^e chambre, *Fiocca contre Dame Fiocca et marquise de Boutillhier-Chavigny*, 5 avril 1895 : *Clunet*, n°22, 1895, pp. 607-611.

²⁷¹⁸ Antoine PILLET, *Principes*, *op. cit.*, § 162, pp. 337-341, interprète, en effet, l'arrêt *Lizardi* comme une faveur trop grande faite à l'ordre public au détriment du statut personnel et, évoquant les juges de cassation, émet cette observation critique : « leur système n'a aucune racine dans la doctrine des statuts et il compte parmi les solutions les plus contestées. C'est, en réalité, une solution nouvelle en France, et l'on reconnaît sans peine la théorie antijuridique de la préférence accordée à l'intérêt français, théorie mitigée et obscurcie par des considérations d'équité indéfiniment variables ».

²⁷¹⁹ Etienne BARTIN, *Etudes*, *op. cit.*, 3^e article, II, § I, pp. 194-196.

²⁷²⁰ Henri BATIFFOL, *Influence de la loi étrangère*, *op. cit.*, pp. 238-250. L'arrêt *Chaumier contre Dame Fiocca* de la Cour d'appel de Paris, 2^e chambre, rendu le 4 mars 1890, semble aller dans ce sens : après avoir invoqué la fraude aux lois françaises de la dame Fiocca, il en tire comme conclusion que : « cette femme, en agissant ainsi, a commis un délit ou quasi-délict et le prêteur peut, nonobstant le défaut d'autorisation (du mari), se prévaloir du principe général de l'article 1382 » : voir *Clunet*, n°18, 1891, pp. 205-209, et la note critique.

²⁷²¹ Henri BATIFFOL, *Influence de la loi étrangère*, *op. cit.*, pp. 261-262.

laquelle il leur était difficile de se prémunir et qui, parfois, serait la conséquence de manœuvres dolosives employées à leur égard.²⁷²²

Cette motivation, qui ne fait pas nécessairement l'unanimité parmi les juges, se retrouve, en des termes très proches, dans un arrêt, *Bernaskony*, de la Cour d'appel de Lyon, en date du 30 avril 1907 :

La rigueur de cette doctrine fléchit devant certaines circonstances de fait établissant que le Français qui a contracté en France avec un étranger incapable a agi de bonne foi, sans légèreté, ni imprudence, dans l'ignorance nécessaire de son incapacité.²⁷²³

Quelle qu'ait été la postérité de l'arrêt *Lizardi* et quelles qu'aient été, par la suite, les diverses interprétations qui aient été avancées pour apprécier la juste valeur et la portée d'une décision qui semble s'être fondée sur l'équité en faveur de l'intérêt d'un Français ou d'un étranger contractant en France, il semble que, dans l'opinion des juges de l'époque, qui seule doit nous importer ici, les intérêts du commerce et du crédit aient justifié l'extension de l'application de la loi du for à l'état de minorité qui frappe l'étranger : cet état est apprécié *ab effectu*, souverainement et par extraordinaire, en vertu de la loi du for exclusivement. Mais il n'est soumis à la loi française que pour ces seuls effets : la loi personnelle n'est pas évincée à *proprement parler* et elle continue à produire tous les autres effets qu'elle est amenée à produire pour tous les autres actes de la vie civile. Elle est juste neutralisée et temporairement dépouillée de sa compétence au profit d'une loi française qui s'impose à elle, comme loi de police, en vue de défendre des intérêts jugés supérieurs.

B. L'incapacité passive du légataire personne morale étrangère.

Un jugement isolé du Tribunal civil de Nancy n'a pas hésité à ériger en règle d'ordre public et d'intérêt social la soumission des personnes morales étrangères aux dispositions de la loi française qui restreignent la faculté de disposer ou d'acquérir. Amenés à se prononcer sur la validité d'un legs effectué par testament par la comtesse de Spada à l'évêque de Nancy au bénéfice du Denier de Saint-Pierre, charge étant faite à la fabrique de l'église de Maxéville de s'en acquitter auprès de l'évêque, les juges nancéens, dans la décision qu'ils rendent le 14 décembre 1887, considèrent que le véritable bénéficiaire du legs n'est pas l'évêque de Nancy, simple personne interposée, mais le Denier de Saint-Pierre lui-même, personne morale étrangère. Malgré la règle qui veut que la capacité du légataire étranger, dérivant de son statut personnel, soit régie par la loi de son pays et celle qui reconnaît aux personnes morales étrangères une capacité juridique soumise aux lois de leur siège ou domicile, les magistrats relèvent qu'en l'espèce, le Denier de Saint-Pierre est une institution ecclésiastique qui forme une partie du revenu d'une puissance spirituelle, le Saint-Siège, et décident que le droit public français fait obstacle à la délivrance d'un legs en faveur d'une puissance public étrangère :

Mais attendu qu'aux termes de l'article 3 du Code civil il faut considérer comme rentrant dans le statut réel, et comme étant applicables à l'étranger, les lois qui, pour des motifs d'ordre public ou par des considérations d'économie sociale, restreignent la faculté de disposer ou de recevoir à titre

²⁷²² Cour d'appel de Bordeaux, 1^{ère} chambre, *Schwabach-Marzdorf et Beeder contre Landau*, 11 avril 1906 : *Revue du droit international privé*, n°3, 1907, pp. 577-580 ; *Clunet*, n°33, 1906, pp. 1119-1122.

²⁷²³ Cour d'appel de Lyon, 1^{ère} chambre, *Bernaskony contre Guisan*, 30 avril 1907 : *Revue du droit international privé*, n°3, 1907, pp. 630 ; *Clunet*, n°35, 1908, pp. 146-147.

gratuit — Attendu, d'autre part, que, depuis une époque reculée, le législateur français a, par des considérations d'intérêt public, apporté de sérieuses entraves à la faculté de disposer en faveur des établissements religieux... ; — Attendu que les mêmes raisons de décider seraient également applicables, et même à plus forte raison, si l'on considérait le legs dont s'agit comme fait, non à une œuvre ou à un établissement ayant une personnalité juridique, mais à la papauté elle-même considérée comme puissance spirituelle ; — Attendu, en effet, que le droit public français a de tout temps admis qu'une puissance souveraine étrangère ne pouvait, en tant que puissance, acquérir ni recevoir en France...²⁷²⁴

Si l'on fait abstraction de la possible dimension politique de l'arrêt, et du soupçon de gallicanisme juridique qu'il serait loisible d'en inférer dans un contexte déjà tendu entre Eglise et Etat, la portée de ce jugement ne laisse pas d'être difficile à apprécier avec rigueur. Le legs en question était expressément adressé à l'évêque de Nancy, mais était grevé d'une obligation de l'affecter à une destination précise. Les juges nancéens ont préféré considérer que le legs n'était pas destiné à l'évêque, ni même au Denier de Saint-Pierre, mais « à la papauté elle-même considérée comme puissance spirituelle », qui se confond, en tout cas, dans leur esprit, avec une « puissance souveraine étrangère ». Leur raisonnement donne à penser que c'est en considération du but qu'ils voulaient atteindre – l'annulation du legs au Denier de Saint-Pierre – qu'ils ont arrêté le moyen qui leur semblait le plus sûr pour les y conduire. Ce faisant, ils ont érigé les dispositions limitatives de capacité active et passive en lois de police ou, plutôt, en lois « d'ordre public », afin d'étendre des règles appartenant au droit civil français aux étrangers et plus particulièrement, aux personnes morales étrangères, même absentes du territoire. Ce n'est plus la loi étrangère, mais le droit français qui crée des incapacités à caractère politique.

Section 5^{ème}. Les lois de police et la législation du travail.

Pour suppléer le cadre formel du Code civil, l'Etat s'en remet à une politique législative qui se fait de plus en plus interventionniste à partir des années 1880 et qui conduit à l'essor des législations spéciales, qui, non seulement remédient aux carences et silences du droit civil, mais aussi et surtout édictent une réglementation détaillée qui vise à créer des instruments nouveaux, inconnus des Rédacteurs de 1804, et à protéger certaines catégories de personnes, de biens et d'intérêts. Le développement du droit du travail en est le plus remarquable témoignage. En effet, dans un contexte où, à partir de la toute fin du XIX^e siècle, la législation du travail se développe de manière continue et s'émancipe des cadres du droit civil pour prendre sa pleine autonomie, l'une des marques les plus significatives de cette étatisation croissante de la société française et de la prise en compte des rapports sociaux qui l'innervent se traduit par l'extension des lois protectrices et, en premier lieu, les lois protectrices des ouvriers. La sollicitude du législateur ne s'était manifestée jusqu'alors que pour protéger les personnes faibles et, en particulier, les enfants. Sous la III^e République, la question sociale va désormais figurer au-devant de la scène. Le mouvement s'amorce avec le vote de la loi du 2 novembre 1892, qui remplaçant la loi de 1874, fixe à treize ans l'âge légal minimal pour entrer au service d'une exploitation industrielle, et limite à onze heures par jours la durée du travail des femmes et à douze celle des ouvriers adultes. Elle est bientôt complétée par la loi du 30 mars 1900 qui en assouplit les termes. Autre illustration d'une préoccupation du législateur pour les ouvriers, la loi sur les retraites ouvrières du 5 avril 1910 se

²⁷²⁴ Tribunal civil de Nancy, *Evêque de Nancy contre Fabrique de Maxéville et héritiers Spada*, 14 décembre 1887 : *Clunet*, n°15, 1888, pp. 524-527.

substituée au vieux système de prévoyance²⁷²⁵. Or, ce sont les lois de 1892 et de 1910 que la jurisprudence s'efforce, pour se conformer à l'esprit de ces lois d'étendre aux travailleurs étrangers présents sur le territoire : la « législation industrielle » commence ainsi à faire son entrée dans la sphère d'attraction des lois de police et de sûreté.

L'ordre économique et social, garanti par la puissance tutélaire de l'Etat, justifie que les ouvriers étrangers soient assujettis, au même titre que les ouvriers français, aux dispositions de la loi du 2 novembre 1892 et cela se vérifie particulièrement pour les enfants qu'elle protège. C'est ce que rappelle la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans l'arrêt *Houzeaux* du 21 mai 1908, dans lequel les hauts magistrats relèvent que les employeurs français ne peuvent se prévaloir du fait que les ouvriers belges, âgés de moins de dix-huit ans, étaient munis de livrets belges pour se soustraire à l'obligation faite par l'article 10 de la loi du 2 novembre 1892 de fournir des livrets français à tous les ouvriers, y compris étrangers :

Attendu que l'article 1^{er}, § 2, de ladite loi porte que toutes les dispositions de la présente loi s'appliquent aux étrangers travaillant dans les établissements désignés dans l'article 1^{er} ; - Attendu que la loi du 2 novembre 1892 est une loi de police et de sûreté, applicable aux enfants étrangers comme aux enfants français, et aux prescriptions de laquelle les industriels qui emploient des enfants étrangers ne sauraient se soustraire ; — Qu'il s'ensuit qu'il ne saurait être suppléé aux livrets délivrés en conformité de l'article 10 de la loi du 2 novembre 1892, par des livrets émanés d'une autorité étrangère.²⁷²⁶

Le statut personnel de ces jeunes ouvriers belges n'entre pas en ligne de compte dès lors que, par leur activité professionnelle, ces enfants rentrent dans la sphère d'application de la loi du 2 novembre 1892, chargée d'étendre sa protection sur l'ensemble du territoire français et applicable à tous sans distinction : en effet, si elle était considérée comme personnelle et, par là, restreinte aux seuls Français, elle manquerait son but, en exposant des ouvriers étrangers au risque de se trouver à la merci de patrons peu scrupuleux et tentés d'embaucher à l'étranger pour échapper aux contraintes françaises. La loi nationale peut tout à fait avoir prévu, elle aussi, des dispositions protectrices de ses ressortissants, mais la difficulté reste toujours la même : pourquoi obliger les travailleurs étrangers à s'en remettre à leurs lois, à supposer qu'elles existent, sachant qu'elles ne disposent pas de relais privilégiés en France pour s'appliquer, alors que la loi française offre une protection que l'administration et la justice peuvent étendre à tous ? La loi du 2 novembre 1892 offrait déjà toutes les apparences d'une loi de police, au sens de l'article 3, et la chambre criminelle n'a fait qu'en tirer les conséquences qui s'imposaient.

De même, se situant dans la continuité d'un long débat sur la responsabilité patronale et sur la prise en charge des assurances en cas d'accidents du travail, la chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt *Clerson* du 17 février 1913, se prononce sur le caractère de loi de police et de sûreté de la loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières : ses dispositions, y compris dans ce qu'elles avaient de contraignant, s'appliquaient-elles également aux ouvriers étrangers qui ne résidaient pas en France, mais y venaient tous les jours travailler ? *Clerson*, ouvrier belge habitant à Quiévrain et venant travailler quotidiennement près de Valenciennes, avait sollicité la radiation de son inscription d'office sur la liste des assurés obligatoires de la commune de son lieu de travail, au prétexte qu'étant Belge et résidant en Belgique, il n'était pas tenu par les dispositions de la loi de

²⁷²⁵ Sur cette question de la législation du travail, voir Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français*, op. cit., n°184-187, pp. 265-272.

²⁷²⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, *Houzeaux*, 21 mai 1908 : *Clunet*, n°36, 1909, pp. 511-512.

1910. Répondant à son argumentation, les juges de cassation approuvent le jugement attaqué d'avoir décidé le maintien de l'inscription :

Attendu, en effet, que l'art. 2, § 1 (*vis*) de la loi du 5 avril 1910, dispose que les « salariés étrangers travaillant en France sont soumis au même régime que les salariés français » ; — Attendu que ce texte général et absolu ne comporte aucune distinction et que le décret d'administration publique du 25 mars 1911, rendu pour l'application de cette loi (art. 41 de la loi du 5 avril 1910), n'a pu déroger au principe formel édicté par l'art. 2, § 1 (*vis*).²⁷²⁷

La présence de l'article 11 (et non 2), alinéa 1^{er} de la loi de 1910²⁷²⁸ ne laisse aucun doute sur les intentions des rédacteurs de la loi et cet arrêt de la Cour de cassation intervient dans la mise en œuvre de la loi pour préciser les modalités de cet assujettissement aux ouvriers étrangers travaillant en France : « texte général et absolu » qu'il faut interpréter à la grande rigueur, le critère retenu est bien celui de l'exercice de l'activité professionnelle en France.

Section 6^{ème}. Les lois de police et la loi de 1872 sur les titres au porteur.

La loi du 15 juin 1872 sur les titres au porteur, en instituant un régime particulier de protection pour le propriétaire qui aurait souffert d'un vol ou d'une perte de ces titres, a entendu renforcer le secours qu'offrait le droit commun à travers l'article 2279, alinéa 2 du Code civil. Elle organise, entre autres, les modalités qui permettent au propriétaire initial de faire opposition à toute négociation consécutive à la perte ou au vol et de revendiquer le titre dans les mains du tiers porteur²⁷²⁹. Mais, à la différence de l'article 2279 qui, pris dans son ensemble, appartient indiscutablement à la classe des statuts réels et s'applique, donc, à tous les meubles situés de manière effective sur le territoire français, indépendamment du lieu de conclusion des actes qui portent sur eux, la loi du 15 juin 1872 qui est propre à la matière commerciale ne présente pas la sécurité du rattachement matériel qui caractérise le régime de droit commun. En effet, dans ce cas de figure, s'il fallait raisonner en termes de *lex rei sitae*, le risque serait trop grand que le titre perdu ou volé en France soit transporté à l'étranger pour éluder les règles de la loi française et négocié dans la foulée afin d'abriter les droits attachés au titre sous l'empire de la loi du nouveau lieu de situation²⁷³⁰. Or, par leur nature même de meubles incorporels, les titres au porteur ne se laissent pas localiser aisément et, pour les titres négociés en France, leur rattachement à l'ordre juridique français peut se faire, selon les circonstances, tantôt concret, tantôt volatile. Les difficultés que suscite le régime international des dispositions de la loi de 1872²⁷³¹ apparaissent lorsqu'il s'agit de régler les rapports entre les tiers porteurs et le propriétaire initial. Le problème, exposé sous sa

²⁷²⁷ Cour de cassation, chambre civile, *Clerson*, 17 février 1913 : *Clunet*, n°40, 1913, pp. 1268-1270.

²⁷²⁸ Loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes, *Journal officiel de la République française*, mercredi 6 avril 1910, pp. 2998-3003. Sur la portée de cette loi en droit international privé, voir Barthélémy RAYNAUD, « Les retraites ouvrières et paysannes et les étrangers dans la nouvelle législation française », *Clunet*, n° 37, 1910, pp. 1036-1048. Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Raynaud est un collaborateur régulier du *Clunet* et spécialiste du droit du travail.

²⁷²⁹ Article 12 : « Toute négociation ou transmission postérieure au jour où le *Bulletin* est parvenu ou aurait pu parvenir, par la voie de la poste, dans le lieu où elle a été faite, sera sans effet vis-à-vis de l'opposant, sauf le recours du tiers porteur contre son vendeur et contre l'agent de change par l'intermédiaire duquel la négociation aura eu lieu ». Il s'agit du *Bulletin des oppositions*.

²⁷³⁰ Etienne BARTIN, *Etudes*, op. cit., 3^e article, II, § II, pp. 196-199.

²⁷³¹ Longuement et minutieusement étudiées par Jean-Paulin NIBOYET, dans sa thèse de doctorat, *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier. Etude de droit international privé*, Paris, 1912.

forme la plus simplifiée, consiste à savoir, pour apprécier la portée de cette loi, s'il faut s'en remettre à la loi du lieu de situation – qui suppose de déterminer, par fiction, la localisation du titre – ou s'il faut la tenir pour loi de police et de sûreté qui est fondamentalement une loi de la police des marchés et qui permet de s'en tenir à un critère certain : le lieu de transmission du titre, qui déterminerait son régime juridique, y compris les modalités d'opposition et de revendication. Une tradition en France suffit à rendre la loi française compétente au titre de lois de police ; une tradition en Allemagne interdit toute revendication en vertu de la loi française. Ce système de territorialité du titre au porteur, depuis longtemps consacré par la jurisprudence, malgré la diversité des motifs employés pour justifier la solution, a été théorisé par Armand Lainé, qui entendait souligner les avantages, celui de la sécurité juridique des différentes négociations et transmissions du titre, qui, à l'imitation de l'article 2279, protégeant l'ordre et le crédit publics internes, permet de protéger le crédit et, partant, le commerce international²⁷³².

La jurisprudence française s'est, depuis longtemps, engagée dans cette voie, en étendant la protection aux valeurs mobilières étrangères qui se trouvent, à un titre ou à un autre, sur le territoire français²⁷³³. Les titres, français ou étrangers, négociés en France sont soumis à la loi française en vertu du statut réel mobilier, loi territoriale qui offre l'avantage de situer le titre à l'endroit où il a été négocié et livré. Mais la loi française s'applique également en tant que loi de police, y compris lorsque le titre a été négocié à l'étranger. Dans une jurisprudence des plus abondantes, mais aussi des plus unanimes, c'est l'arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, *Caben d'Anvers*, en date du 13 février 1884 qui, pour la première fois, appose le sceau à cette qualification dans un motif de principe finement travaillé, dans une situation où il s'agissait d'un titre étranger négocié à l'étranger :

Attendu que la loi du 15 juin 1872 a eu pour objet de permettre aux propriétaires de titres au porteur de se faire restituer, même en dehors des cas prévus par les art. 1348, 2279 et 2280, C. civ., contre la dépossession ou la perte de leurs titres ; qu'elle a édicté dans ce but diverses dispositions ayant le caractère de mesures de police et de sûreté, qui protègent aussi bien les propriétaires de titres étrangers que les propriétaires de titres français, et que ni ses termes ni son esprit ne permettent de distinguer entre eux.²⁷³⁴

Le recours aux lois de police se justifie, semble-t-il, dans l'esprit des juges par l'idée de ne pas priver l'opposition de son efficacité et par la nécessité de bloquer par avance toute négociation, en France ou à l'étranger, qui aurait placé le propriétaire dans une situation plus incertaine. Le 14 décembre 1907, dans son arrêt *Samuel et C^{ie}*, la Cour d'appel de Paris rappelle le principe établi par l'arrêt *Caben d'Anvers* et l'étend même à une situation qui ne présentait, en l'espèce, que des liens très lâches avec la France (seule l'opposition s'y était produite) :

Considérant que les lois de police et de sûreté doivent s'entendre de toutes celles qui ont pour objet la sûreté des personnes, le respect des propriétés, et, d'une manière plus générale, le maintien du bon ordre dans la société ; — Considérant que... la loi de 1872 a le caractère d'une loi de cette nature... ; — Considérant, en admettant même que la perte ou le vol ait eu lieu hors de France, qu'il est constant que les obligations [*en cause*] sont cotées à la Bourse de Paris, font l'objet de

²⁷³² *Annuaire de l'Institut du Droit International*, session de Gand, septembre 1906, t. 21, Paris, 1907, « Conflits de lois relatifs à la dépossession de titres au porteur », intervention de M. Armand Lainé, pp. 435-436.

²⁷³³ Sur les nombreuses décisions rendues sur cette question, voir Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française*, op. cit., pp. 222-227 et les références.

²⁷³⁴ Cour de cassation, chambre des requêtes, *Caben d'Anvers*, 13 février 1884 : *Recueil Sirey*, 1884, I, pp. 225-226.

négociations quotidiennes dans la catégorie des valeurs négociées sur le territoire national et qu'il en résulte qu'elles sont soumises à la loi de 1872, à moins que le législateur ait eu l'intention d'exclure, des mesures de protection qu'il ordonnait, des titres étrangers ; — Considérant que ni le texte de ladite loi, ni la discussion qui en a précédé le vote n'indiquent qu'elle n'a été édictée que pour les titres français...²⁷³⁵

Ainsi, pour rendre plus effective la protection organisée par la loi de 1872 sur les titres au porteur et éviter que les propriétaires, français comme étrangers, ne soient victimes de la mobilité que pourraient introduire des critères comme la nationalité des titres ou des tiers au porteur ou encore le lieu de situation effective au moment de l'introduction de l'instance en revendication, les juges français s'en tiennent à un critère qui a le mérite de la fixité, de la généralité et de la permanence. Si le caractère réel des titres au porteur semble en pâtir, c'est parce que le souci principal est de trouver dans les lois de police et de sûreté l'impérativité et la territorialité qui semble faire défaut au statut réel lorsque la nature corporelle du meuble n'est plus assurée.

CONCLUSION DU CHAPITRE III :

La jurisprudence française, à partir des années 1880 jusqu'au lendemain de la Première guerre mondiale, s'est maintenue entre rupture et continuité, lorsqu'elle a été amenée à faire usage de l'article 3, alinéa 1^{er}. La rupture se fait sensible avec le recul progressif, mais certain, de la territorialité intransigeante de la période antérieure et avec l'ouverture à l'application des lois étrangères, notamment dans les domaines du statut personnel et des actes juridiques, qui légitime la transformation de l'article 3, alinéa 1^{er} en siège de l'exception d'ordre public que la doctrine diagnostique au même moment. Mais la continuité, que le présent chapitre s'est efforcé de retracer, se manifeste par un usage des lois de police de l'alinéa 1^{er}, sollicité chaque fois que le conflit de lois révèle la nécessité, pour l'ordre juridique français, d'imposer, d'autorité, ses solutions matérielles et de retirer, pour des considérations d'intérêt général, tout titre à s'appliquer à la loi étrangère. Cette intervention, loin d'être uniforme, revêt plusieurs figures. D'abord, l'alinéa 1^{er} prend la forme de règle de conflit classique, à travers la *lex loci delicti*, traditionnellement rattachée à cet alinéa, par mimétisme avec la territorialité des lois pénales ; à travers la résolution des contentieux, alors en plein essor, sur les abordages ou encore sur les accidents du travail ; à travers le statut réel mobilier, pour venir au secours de l'alinéa 2. Ensuite, il intervient de manière beaucoup plus directe, en défendant les conceptions françaises du mariage, de la filiation et des obligations de famille : le statut personnel, dominant, doit alors refluer afin d'éviter que ne perdurent des situations jugées intolérables. La substitution de la loi française se fait, là aussi, discrétionnairement. Ce caractère direct s'observe mieux encore dans le domaine du droit social émergent, où l'intérêt de la collectivité appelle l'extension de la réglementation étatique aux étrangers, voire dans le domaine du droit commercial, en investissant la loi de 1872 sur les titres au porteur d'une force particulièrement aiguë. Entre le reflux de ces lois de police dans certains domaines traditionnels des conflits de lois, leur maintien dans d'autres domaines, lorsqu'il faut légitimer le recours à une règle de conflit en la dotant d'une impérativité prononcée, et leur essor dans des champs nouveaux de

²⁷³⁵ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, *Samuel et C^{ie} et Compagnie des chemins de fer de Madrid à Saragosse et à Alicante contre The Marine Insurance Company Limited*, 14 décembre 1907 : *Revue de droit international privé*, n°5, 1909, pp. 291-296. Rapprocher des motifs du jugement du Tribunal civil de la Seine, 5^e chambre, *Paget contre Deroubaix*, 4 mars 1907 : *eod. loc.*, pp. 289-291.

L'activité juridique, la jurisprudence n'hésite pas à faire un usage libre de l'alinéa 1^{er} et à en éprouver toute la ductilité.

CONCLUSION DU TITRE II :

A partir des années 1880, le droit international privé moderne entre dans une ère de maturité, qui lui permet de tirer les enseignements de ses premiers pas, parfois hésitants et timides, mais si essentiels à sa croissance, et d'accéder à une dimension bien plus portée vers l'internationalisme, marquée par un commerce beaucoup plus libre entre les différentes lois en concours. Les propositions doctrinales, bien plus que les avancées jurisprudentielles, encore tenues par la lettre des textes et les règles de conflit qu'elles ont contribué, et qu'elles contribuent encore, à forger, se projettent davantage dans l'internationalisme et l'universalisme, auxquels les poussent les œuvres des grands juristes étrangers, bien différentes à beaucoup d'égards, comme celles de Savigny ou de Mancini. Cette influence de l'étranger pèse d'un poids décisif dans le murissement de la science française du conflit de lois, qui s'efforce d'adapter les idées nouvelles au cadre national du droit international privé français ou de rechercher des alternatives qui se veulent affranchies de toute allégeance. Les propositions doctrinales fleurissent et s'entrechoquent, cherchant dans la jurisprudence une approbation que celle-ci se garde de toujours donner entièrement.

Si, des années 1880 jusqu'à la première guerre mondiale, le paysage semble dominé par l'École personaliste et nationaliste, derrière la figure emblématique d'André Weiss, l'émulation née de l'enseignement de la matière – couronnée désormais comme discipline universitaire – a encouragé des tentatives bien plus originales et plus provocatrices, qui, toutes, ne se sont pas laissées confiner à la marginalité que leur promettaient les courants dominants : le territorialisme absolu de Vareilles-Sommières, l'universalisme territorialiste de Antoine Pillet et, lorsque la Grande guerre aura balayé, pour un temps, du moins, les illusions d'une communauté de droit entre les différents Etats, le nationalisme privatiste de Bartin, qui, tous, redécouvrent, chacun à leur manière, la notion de souveraineté et la défense des intérêts essentiels de l'Etat et des particuliers par la loi nationale. Le territorialisme et le nationalisme ne désarment pas et finissent, dans les premières décennies du siècle, marquées par l'immense tragédie mondiale qui a marqué, un temps, l'arrêt des aspirations universalistes, par ressaisir une place que le personalisme leur avait ravie.

La jurisprudence, à partir des années 1880, n'est pas en reste : loin d'être insensible à l'effervescence de la doctrine, elle maintient sa liberté d'appréciation. Ainsi, elle accepte de revenir sur son territorialisme antérieur et de laisser beaucoup plus volontiers les lois étrangères s'appliquer sur le territoire, particulièrement dans le domaine du statut personnel et dans celui des actes juridiques, qui s'en trouvent soudainement libérés. Mais, par la même occasion, elle réoriente les finalités de l'article 3, alinéa 1^{er}. D'une part, elle le cantonne au mécanisme d'exception d'ordre public. D'autre part, et là-dessus a porté notre propos, elle maintient son inclination à user de l'alinéa 1^{er} à chaque fois qu'elle considère qu'il en va de l'intérêt de l'ordre juridique français et que celui-ci est légitime à réclamer une compétence absolue sur la question de droit considérée. Ce mouvement est même encouragé par la Cour de cassation dans certains arrêts célèbres. Le champ d'application matériel de l'alinéa 1^{er} s'en trouve modifié : déserté par certaines questions, d'application constante pour d'autres, il investit volontiers les nouveaux domaines juridiques, notamment lorsqu'il s'agit d'étendre les dispositions des nouvelles lois protectrices des intérêts sociaux, remplissant ce rôle de « garantie sociale » que perçoit déjà, dès les années 1890, un Pillet.

Celui-ci, comme Bartin, étudie avec attention les évolutions des positions jurisprudentielles et, fins arrêtières, s'appuie sur ces dernières pour tenter de leur donner une ligne directrice.

En effet, la diversité des doctrines démontre qu'il n'y a pas d'unanimité et que l'apport de la jurisprudence dans une matière aussi casuistique est fondamental. Le rôle, essentiel ou résiduel, dévolu aux « lois d'ordre public », incarnées par l'article 3, alinéa 1^{er}, en est la preuve. Selon la tolérance dont on entend faire preuve à l'égard de la loi étrangère, la loi française est amenée soit à s'incliner par respect pour le jeu des rapports internationaux privés, soit, au contraire, à intervenir de manière impérative pour corriger les effets pervers ou les prétentions démesurées d'une loi étrangère jugée trop intrusive. L'alinéa 1^{er} est ainsi balloté de principe (pour les territorialistes) en exception (pour les personalistes), avant d'être accepté comme, tout à la fois, principe et exception, tendance qui se vérifie, au même moment, chez Pillet et Bartin.

Principe, l'alinéa 1^{er} l'est à chaque fois qu'il en va de la souveraineté de la loi française et des intérêts de l'Etat, investi d'une mission fondamentale d'organisation et de protection de la société, qui va croissant à partir des années 1890. De la responsabilité civile délictuelle jusqu'aux lois protectrices d'intérêts catégoriels, c'est sans doute là que se dessine, le mieux, le futur des lois de police qu'un nouveau souffle ranimera vers la fin des années 1950. Exception, l'alinéa 1^{er}, réinterprété ainsi par les auteurs personalistes puis par Pillet et Bartin, le demeure dans tous les cas où il ne semble pas possible d'accueillir les conséquences les plus indésirables de l'application d'une loi étrangère. L'analyse dualiste de cet alinéa 1^{er} par Bartin, qui se prolonge jusqu'aux années trente, avait précisément le mérite de distinguer exception d'ordre public et lois de police et d'engager alors celles-ci vers la voie de la pleine reconnaissance de leur identité.

CONCLUSION GENERALE

Les premières manifestations, en doctrine, des futures lois de police, également qualifiées d'application territoriale ou d'application impérative, remontent aux origines mêmes de la théorie des statuts franco-italienne, lorsque, aux XII^e et XIII^e siècles, poursuivant les premiers développements qu'y ont consacré les canonistes, les Glossateurs et les Commentateurs se livrent à une étude approfondie des règles de conflit de lois et à une recherche attentive d'un équilibre entre *l'utilitas privatorum* et *l'utilitas publica*, entre les *jura propria* et le *jus commune*, à une époque où la *potestas* des autorités locales, théoriquement soumises à la supériorité du Pape et de l'Empereur, affiche une volonté d'indépendance de plus en plus marquée face à la prédominance de ces souverainetés universelles. Les « lois de police », si diverses dans leur incarnation, traduisent alors l'attachement à la singularité et, donc à la territorialité de certains statuts qui, par l'importance et la gravité des intérêts pris en charge, entendent étendre leurs effets aussi bien aux ressortissants qu'aux étrangers.

Historiquement, à travers les canonistes, tout d'abord, les civilistes, ensuite, le principe de la double compétence du *forum* et de la *lex loci delicti commissi* contribue à dessiner les traits distinctifs d'une vraie loi de sûreté et à s'imposer comme la première loi d'application territoriale, même si sa rigueur est largement tempérée par l'excuse – d'origine canonique – d'ignorance légitime de la loi locale applicable. Une fois établi sur les fondements les plus solides et justifié par la nécessité de *l'utilitas publica*, ce principe, guère plus démenti par la suite, est relayé, fidèlement, mais non sans, parfois, quelques apports personnels, par une Ecole italienne des statuts, qui, à partir de Bartole et de Balde, transmettra sans faillir son enseignement aux juristes qui prendront, à l'orée des Temps modernes, leur relève. D'une nature similaire, et appuyés sur les mêmes fondements, participent à cette territorialité de principe les statuts relatifs à l'interdiction d'exportation des marchandises, qui expriment, sans doute, de la manière la plus emblématique les préoccupations de police économique que prenaient à leur charge les statuts municipaux de l'Italie médiévale.

Le statut pénal n'est pas le seul à se démarquer par sa territorialité de principe. Encore plus intransigeant se fait le statut réel immobilier, qui, par la force du critère de rattachement que constitue son assise perpétuelle sur le territoire, emporte tout un ensemble de droits et d'obligations attachées à la chose qui implique de soumettre à un même régime les sujets et les étrangers qui aspirent à retirer les utilités de celle-ci. En s'en remettant à l'empire de la *lex rei sitae*, les juristes italiens comme ceux de l'Ecole d'Orléans concourent à faciliter le morcellement territorial et la pluralité des réglementations juridiques, au risque de porter atteinte à la sécurité juridique, et de reléguer *l'utilitas privatorum* au second plan. Mais cet inconvénient n'est jamais que le prix à payer pour l'intérêt qui l'emporte dans leur esprit et qui prime sur toute considération d'intérêt privé : la conservation des biens dans les familles et la stabilité de l'ordre social qui en découle, qui justifient amplement la faveur accordée à la territorialité, dès lors qu'il en va de l'ordre public du lieu.

Dans le prolongement de cet état d'esprit, et dans un même mouvement, Bartole met au jour les mécanismes des statuts permissifs et prohibitifs, ces derniers se subdivisant en statuts favorables ou odieux, comme autant de statuts qui, s'adressant *ad personam*, restreignent ou augmentent la capacité d'agir dans la vie civile du sujet par rapport aux prescriptions du droit commun. Particulièrement sensibles à l'articulation entre *jura propria* et *jus commune* et loin d'être indifférents à la prégnance des considérations de droit public qui caractérise le statutisme, Bartole et Balde confient au droit commun la double mission d'arbitrer la répartition des compétences

normatives entre les différents statuts et de contrôler la conformité matérielle des dispositions d'un statut particulier au regard de ses propres exigences. Au cœur de leurs réflexions, se trouvent ces statuts personnels que le droit commun soit autorise à franchir les frontières, soit, au contraire, renferme étroitement à l'intérieur du territoire. Cette préfiguration de l'ordre public qui s'inscrit, d'abord et essentiellement, dans un contexte de hiérarchie entre la norme générale et les normes spéciales, s'étend, ensuite, par l'entremise de Balde, aux rapports entre deux normes locales. La verticalité se dissocie, alors, de l'horizontalité : sa conception des statuts prohibitifs et de leur fonction, désormais ouvertement exprimée, de préservation de la stabilité économique et sociale des familles au sein d'un Etat est, en effet, appelée à exercer une profonde influence sur la doctrine postérieure. Etape essentielle du long parcours qui est celui des lois de police : le statut réel immobilier rejoint, alors, le statut prohibitif pour ne former plus qu'un et pour donner naissance au principal mécanisme de réaction territoriale face à l'extraterritorialité des lois étrangères, conduisant ainsi les étrangers à se soumettre à la même loi que les ressortissants du lieu.

Alors que la doctrine civiliste des XIII^e et, surtout, des XIV^e siècles et suivants confrontait les statuts municipaux à la fonction de juge-départiteur dont elle avait investi le droit commun, les juristes français qui, à partir du XVI^e siècle, insufflent, à travers le conflit de coutumes, une nouvelle vigueur à la théorie des statuts, s'efforcent de se détacher d'un héritage bartoliste, parvenu au bout de ses potentialités, mais sans toujours assumer une rupture franche et nette. Charles Dumoulin se trouve ainsi à la croisée des chemins, entre fidélité à l'enseignement de l'Ecole Italienne et attachement au droit commun coutumier. Le célèbre avocat parisien illustre bien les ambiguïtés et les ambivalences d'une doctrine qui aspire à davantage d'indépendance par rapport aux grands maîtres. Cette position médiane s'exprime d'un double point de vue en matière de lois d'application territoriale : là où l'interprétation passive de la loi le conduit encore à envisager les rapports entre droit commun et statuts sur un mode purement vertical, la conscience de la force des statuts réels prohibitifs au sein du conflit de coutumes lui fait ouvrir une voie féconde pour les lois de police.

C'est au juriste breton Bertrand d'Argentré qu'il revient de consommer, de manière bien plus radicale encore, la rupture de principe avec l'esprit de l'Ecole Italienne, sans, toujours, en renier les solutions. Promoteur de la souveraineté des coutumes et attaché à la distinction entre statuts réels et statuts personnels, qu'il subvertit pourtant à dessein afin d'assurer le règne incontesté du statut réel immobilier, il s'inscrit dans la ligne d'une tradition fidèle à la territorialité des coutumes, mais, plus encore, à la défense de l'intérêt des familles et de la préservation de leurs patrimoines. D'Argentré enrôle ainsi la liberté de sa province, l'autonomie de sa coutume, au service de la conservation de l'ordre social établi. Dès lors que la coutume cristallise les usages, les pratiques et les traits propres à une population, il bâtit un système de résolution de conflits de lois entièrement destiné à restreindre, au maximum, l'application d'une coutume étrangère et à en limiter les effets à l'intérieur du détroit coutumier, car toute intrusion qui ne serait pas strictement justifiée apparaîtrait comme une atteinte à l'organisation locale de la vie sociale. Non seulement en étendant, autant que possible, le champ d'application *a priori* des statuts réels, mais en favorisant l'intervention *a posteriori* de ces mêmes statuts réels, alors qualifiés de « prohibitifs », dès lors qu'une coutume étrangère prétend s'affranchir des frontières de la coutume, Bertrand d'Argentré contribue puissamment à orienter le conflit de lois vers le conflit de souverainetés.

Il appartiendra à l'Ecole Hollandaise mieux instruite des thèses de Bodin et Grotius de consommer au XVII^e siècle la disruption amorcée par d'Argentré au XVI^e, en donnant à ce

mouvement d'émancipation une rigueur et une cohérence inédites. Des juristes aussi éminents que Christian Rodenburg, Paul et Jean Voet ou encore Ulrich Huber, en avançant dans le sillage argentréen, ont poussé le conflit de souverainetés au bout de sa logique. Postulant, de manière axiomatique, que le conflit de lois devait désormais se concevoir comme une affaire qui mettait aux prises des Etats entièrement indépendants, ils ont érigé la souveraineté/territorialité de la loi locale en axiome et dégradé l'extraterritorialité d'une loi au rang de simple exception, concédée par pure *comitas*, c'est-à-dire par bienveillance et libéralité à l'égard d'une Nation étrangère également souveraine. Pivotant autour de l'incontestable principe de souveraineté, cette inversion déplaçait la charge de la justification de la réalité-axiome vers la personnalité- exception, avec ce handicap que désormais l'accent se portait sur une qualification *ab effectu* des statuts, en envisageant leur portée dans l'espace, plutôt que leur matérialité. La souveraineté/territorialité – au travers d'expressions comme *strictum jus* ou *summum jus* – consiste, en effet, à décréter que toute loi est territoriale, la souveraineté exigeant une application exclusive à l'intérieur des frontières, sauf à ce que l'Etat par courtoisie autorise un droit acquis ailleurs en vertu de la loi locale à déployer ses effets sur son territoire. L'exécution de ce droit acquis demeure, néanmoins, sous l'entier contrôle de la loi territoriale, dans la mesure où il en va de l'intérêt de l'Etat et de ses ressortissants, remplissant un rôle sera assumé plus tard aussi bien par la loi de police que par l'exception d'ordre public ou l'exception de fraude à la loi. La *comitas* apparaît dès lors, tout à la fois, comme un mécanisme d'ouverture et de fermeture envers les effets de la loi étrangère qui est complètement inféodé au dogme de la souveraineté/territorialité.

Les affirmations rigoureuses et vigoureuses de Bertrand d'Argentré et de ses successeurs hollandais ne manqueront pas d'exercer un attrait puissant sur les juristes français du XVIII^e siècle, au premier rang desquels se placent le président Bouhier et l'avocat Boullenois. Ceux-ci sont, sans nul doute, sensibles à l'accent mis par leurs aînés sur la souveraineté et, par conséquent, à la conception intransigeante du statut réel, sans toutefois prêter à ce dernier une autorité absolue, ni renoncer à la traditionnelle classification des statuts fondée sur l'analyse rationnelle de leur contenu. A la différence de ceux qui les ont inspirés, les statutistes français du XVIII^e siècle s'avèrent plus fins arrêttistes que théoriciens et leurs doctrines se révèlent tout autant influencées par la jurisprudence des tribunaux qu'ils pratiquent et qu'ils relaient consciencieusement que par les thèses défendues par leurs illustres prédécesseurs. Cependant, dans leurs écrits, et d'après les arrêts dont ils rapportent généralement la teneur, le statut réel prohibitif, advenu au droit avec Bartole et Balde et transmis par Dumoulin et d'Argentré, s'affirme pleinement – serait-ce à titre d'exception – comme le mécanisme de refoulement des dispositions étrangères hors le territoire, qui, pour des raisons d'*utilitas publica vel communis*, assujettit les étrangers au même régime que celui sous lequel vivent les domiciliés. Ils discernent ainsi l'exigence d'une application prioritaire des « lois de police » et des lois pénales, qui doivent, désormais, à leurs yeux, se démarquer des statuts réels au sens traditionnel et eux-mêmes contribuent à leur reconnaître, au sein de leurs propres classifications, une autonomie conceptuelle, qui se justifie par leur impérativité et des intérêts, particuliers ou généraux, qu'ils sont appelés à défendre. Mais, de fait, le travail de définition théorique demeure encore inabouti, faute de surmonter l'inadéquation que ces statuts opposent à la vénérable distinction bipartite des statuts, et ces auteurs doivent encore s'en remettre à une approche casuistique, en livrant un échantillonnage arbitraire des dispositions qu'ils rangent parmi les « statuts de police » ou les « lois de police », ainsi que les appelle Louis Boullenois, qui est l'auteur qui intronisa définitivement cette dénomination. A ce titre, parce qu'ils symbolisent, malgré eux, les derniers feux du statutisme de l'Ancien droit, parce qu'ils arrivent après une longue

tradition marquée par des courants et des pensées aussi divers, et parce qu'ils se font les interprètes d'une jurisprudence qui trace son sillon sans se soucier des propositions théoriques que formule la doctrine, ces juristes présentent l'immense mérite d'avoir pavé la voie à la lettre et même à l'esprit de l'article 3 tel qu'il sera rédigé et inséré dans le Code civil de 1804.

A la même époque, la souveraineté coutumière, rejointe, sur bien des points, par une souveraineté nationale que conforte l'éclosion du droit français, se charge de mettre en œuvre les statuts prohibitifs et, plus exceptionnellement, les lois d'application territoriale afin de repousser les conséquences indésirables portées par une coutume ou une loi étrangère qui risqueraient de mettre en péril les intérêts propres d'une province ou de la Nation dans son ensemble. L'usage très large de ces mécanismes permet, par contrecoup, de révéler les matières que l'Ancien droit français considère comme d'ordre public. Les répertoires de jurisprudence se font l'écho de cette jurisprudence des tribunaux et des développements de la doctrine française pour mettre en avant, sur un plan général, l'action de la souveraineté territoriale de la loi française, à travers le principe de la soumission de l'étranger à la *lex loci delicti*, et, sur un plan intercoutumier, l'intervention des statuts prohibitifs et des statuts odieux comme correctifs du règlement de conflit ordinaire.

Le chemin parcouru, tout au long du XIX^e siècle, depuis la difficile gestation de l'article 3 et l'adoption d'un alinéa 1^{er} formulé de la manière la plus générale, jusqu'au renouveau de la doctrine internationaliste, est celui d'une triple consécration : législative, jurisprudentielle et doctrinale. Entendu dès l'origine par les Rédacteurs du Code comme une véritable déclaration de souveraineté de la loi française, cet alinéa traduit, dans son esprit, l'héritage, diffus et indirect, mais incontesté, des Hollandais. Parce qu'il délimite un cadre formel dans lequel la souveraineté/territorialité des lois françaises est appelée à se mouvoir, cet alinéa appelle un véritable travail d'interprétation et de définition du contenu matériel de la part des Exégètes et des premiers juristes international-privatistes. S'efforçant de distinguer ce qui est du ressort du conflit de lois et ce qui relève de la condition civile des étrangers, les civilistes, très vite, dépassent le cadre strict de la lettre du texte et ouvrent très largement la catégorie au-delà des domaines classiques du droit public et du droit pénal. Progressivement, se forge une classe de « lois d'ordre public » qui, par sa plasticité, pour ne pas dire sa complaisance, parvient à regrouper les dispositions de nature impérative appartenant, indifféremment, au droit public, au droit pénal ou au droit privé, qui exigent, dans une situation de conflit de lois, d'être appliquées de préférence aux lois étrangères et qui étendent leur pouvoir aux étrangers présents sur le territoire. Ces lois d'ordre public se conçoivent comme un substitut et un synonyme à l'appellation de « lois de police », jugée trop restrictive. En revanche, le caractère territorial, imposé par la lettre de l'alinéa 1^{er}, est un critère déterminant pour juger de la portée de ces règles. La première doctrine international-privatiste, dans la continuité de Foelix et de Demangeat, réactive les schémas de pensée hollandais et réinterprète cet alinéa 1^{er} comme une transposition du vieux mécanisme du statut prohibitif, intrinsèquement territorial et irréductiblement impératif, dont l'utilité première est, à leurs yeux, de circonscrire la place accordée à la loi étrangère et qui en limite les effets autant que de besoin.

S'engageant sur les brisées de l'arrêt *Mac Mahon* de 1806, la jurisprudence assimile, de même, les lois de police de l'alinéa 1^{er} aux lois d'ordre public, toujours dans une perspective hollandaise et les emploie, de manière très large et très extensive, pour refuser toute prise en considération de la loi étrangère, qui est longtemps vue avec défaveur. A partir des années 1860, l'influence grandissante du droit international privé français encourage les juges français à faire la

part des choses : les lois étrangères ne sont plus filtrées de manière aussi drastique et la rigueur se relâche quelque peu, sans retirer leur force exceptionnelle aux lois d'ordre public.

Dans la dernière partie du XIX^e siècle et dans le premier tiers du XX^e siècle, les juristes de droit international privé, alors en plein renouveau, s'efforcent de faire une place à ces lois de police, encore assimilées aux lois d'ordre public, au sein de leurs constructions savantes. A une époque longuement dominée par le personalisme d'inspiration mancinienne, et alors que le rapport de principe à exception tend à se renverser en faveur de la personnalité, la territorialité de ces lois est progressivement réduite à une exception et à un rôle d'éviction de la loi étrangère. Comme le prouve l'œuvre d'André Weiss, le champ d'application de ces lois est donc restreint au minimum, ne leur laissant que ce qui est nécessaire pour préserver la souveraineté française. Cependant, cette domination est radicalement contestée par Gabriel de Vareilles-Sommières, qui tente de sauvegarder l'héritage hollandais et d'en livrer une lecture renouvelée, qui porte au premier plan la territorialité – dont les lois de police ne sont qu'une manifestation parmi tant d'autres – au détriment de l'exception que sont les lois personnelles. Cette domination est également critiquée par celles des doctrines qui se posent en alternative du statutisme hollandais et du personalisme. En effet, de manière plus féconde et durable, Antoine Pillet et Etienne Bartin se détachent de la pensée personaliste pour bâtir des œuvres originales, qui réélaborent, chacune, la notion d'ordre public et, par contrecoup, celle de loi de police. Antoine Pillet détecte le caractère hybride de l'article 3, alinéa 1^{er} lorsqu'il élabore la définition théorique des lois d'ordre public ou de garantie sociale qui, les unes, offrent un mécanisme d'éviction des lois étrangères irritantes et, les autres, préemptent les causes où il apparaît que l'intérêt de l'Etat ou même tels intérêts privés doivent, pour la continuité et le bien-être de la société, l'emporter sur les intérêts individuels. Recueillant pour sa part l'héritage de Savigny, Etienne Bartin prolonge les directives de ce dernier en distinguant, soigneusement, au sein d'un même alinéa 1^{er}, l'exception d'ordre public, dont la seule fonction est d'évincer la loi étrangère normalement applicable pour y substituer la loi du for, et les lois de police, qui regroupent des dispositions régies par la *lex loci* ou par la *lex rei sitae*, qui ont pour elles d'être territoriales et de s'imposer en vertu de la souveraineté que l'Etat revendique à l'intérieur de ses frontières. Dans le premier cas, l'alinéa 1^{er} demeure statutiste ; dans le second, il bascule du côté des règles de conflit bilatérales²⁷³⁶.

Principale source d'influence des constructions doctrinales de Pillet et de Bartin, la jurisprudence de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle a réajusté l'usage qu'elle faisait jusqu'alors de l'article 3, alinéa 1^{er}. En effet, sans se départir de solutions traditionnelles, qui se trouvent maintenues, voire renforcées pour certaines, elle a progressivement affiné l'emploi des lois de police en les réservant, en priorité, aux situations touchant directement à l'intérêt de l'ordre juridique et en leur ouvrant des terrains d'expression nouveaux, qui reflètent les nouvelles préoccupations sociales du législateur. Ces nouvelles préoccupations donneront un sens plus précis à l'*utilitas communis* (intérêt collectif des personnes privées par opposition à l'intérêt particulier, *utilitas privatorum*) en la dissociant de l'*utilitas publica* (resserrée sur la conservation et le fonctionnement des structures étatiques). Ce travail d'affinement permet également de mieux différencier ces lois parmi l'ensemble uniforme que constitue l'ordre public international et de

²⁷³⁶ Il s'agit ici, bien sûr, de la bilatéralité classique de la règle de conflit d'inspiration savignienne (telle qu'envisagée, par exemple, par France DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, n° 72 et suivants) et non pas de la double unilatéralité qui conditionnerait l'application au for des lois de police étrangères : voir Pierre MAYER, « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, pp. 277-345.

dégager les critères qui ont permis à Bartin de mieux les distinguer de l'exception d'ordre public, dont il se fait le théoricien.

Après la mise en lumière, dans les années trente, de cette *summa divisio* par Bartin, dans les années trente, l'idée s'est progressivement imposée dans une doctrine de plus en plus gagnée aux conceptions conflictualistes que les lois de police ne sont, au fond, que les manifestations, somme toutes extraordinaires, de l'intervention de l'Etat et de ses services dans la résolution des conflits d'intérêts privés et que leur interférence dans le jeu de la règle de conflit ne doit se circonscrire qu'à quelques domaines d'intervention précis. Jean-Paulin Niboyet et Paul Lerebours-Pigeonnière adoptent, chacun, à leur tour, une lecture de ces lois de police très proche de celle qu'en livrait Bartin. Ainsi, Lerebours-Pigeonnière, suivi en cela par Batiffol, y voit encore une déclinaison de l'ordre public international, destinée, plus particulièrement, à sauvegarder les intérêts vitaux, qu'ils soient politiques ou sociaux, de l'Etat français²⁷³⁷. Mais cette interprétation est contestée par ceux qui estiment que le procédé des lois de police fait précisément l'économie du raisonnement fondé sur la règle de conflit bilatérale et qu'il autorise ces lois à s'appliquer immédiatement. La persistance de leur invocation dans la jurisprudence et la confusion fréquente que les juges entretiennent avec l'expression de lois d'ordre public rendent alors nécessaire une clarification doctrinale. Celle-ci se dessinera à la fin des années cinquante pour se développer tout au long des années soixante. Commentant l'arrêt *Boll* de la Cour de justice internationale du 28 novembre 1958 dans les colonnes de la *Revue critique*, Henri Batiffol et Phocion Francescakis redécouvrent le mécanisme des lois de police²⁷³⁸. Cette redécouverte inspire au second un certain nombre de travaux destinés à faire la théorie de ces lois de police – qu'il appelle plus volontiers « lois d'application immédiate » – et à leur restituer pleinement la dimension unilatérale et l'esprit statutiste qui les caractérisent²⁷³⁹. Ces travaux n'ont pas été sans influence sur l'arrêt *Compagnie internationale des wagons-lits* de 1973, qui a consacré cette notion dans l'ordre juridique français²⁷⁴⁰, préluant à son accueil, plus tardif, par l'ordre juridique communautaire²⁷⁴¹. C'est à Francescakis que l'on doit la définition moderne des lois de police et, si ce type de norme alimente encore avec libéralité les débats chez les auteurs²⁷⁴²

²⁷³⁷ Paul LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, 3^e édition, Paris, 1937, n°264-271, pp. 302-310.

²⁷³⁸ Cour internationale de justice, *Boll*, 28 novembre 1958 : *Revue critique*, n°47, 1958, pp. 626-630 et 713-729 (texte de l'arrêt) et Henri BATIFFOL et Phocion FRANCESCAKIS, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Revue critique*, n°48, 1959, pp. 259-276. Dans cette affaire célèbre portant sur l'application de la Convention de La Haye de 1902 pour régler la tutelle des mineurs et sur l'extension des lois suédoises sur l'éducation protectrice des mineurs à une mineure néerlandaise présente sur le sol suédois, les juges eux-mêmes évoquent les « lois de garantie sociale » et le « but social » de la loi, rendant ainsi un hommage posthume à Antoine Pillet.

²⁷³⁹ Phocion FRANCESCakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris 1958, n°7-11, pp. 11-16 ; « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Revue critique*, n°55, 1966, pp. 1-18 ; « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1967, pp. 691 et suivants ; v° « Conflits de lois (principes généraux) », *Répertoire Dalloz de droit international privé*, 1^{ère} édition, tome 1^{er}, Paris, 1968, n°89-149, pp. 477-481 ; « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1966-1969, pp. 149-178.

²⁷⁴⁰ Conseil d'Etat, *Compagnie internationale des wagons-lits*, 29 juin 1973 : *Grands arrêts*, n°53, pp. 487-503.

²⁷⁴¹ Cour de justice des communautés européennes, *Arblade*, 23 novembre 1999 : *Revue critique*, n°89, 2000, pp. 710-736, note Marc Fallon.

²⁷⁴² Voir, par exemple, Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES « Lois de police et politique législative », *Revue critique*, 2011-2, pp. 207-290 ; Nicolas NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse Strasbourg III, 2003 ; Benjamin REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police*, Paris, 2008, préface Pierre Mayer ; Louis D'AVOUT « Les lois de police », in Tristan AZZI et Olivera BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale de conflits de lois ?*, Bruxelles, 2015, p. 93 et suivantes.

et, parfois, les hésitations chez les juges, il s'est effectivement implanté dans le droit positif, tant à l'échelon national qu'à l'échelon de l'Union européenne²⁷⁴³.

Par conséquent, c'est au terme d'un lent et patient mouvement historique que, après avoir été longtemps assimilées, en théorie comme en pratique, à des statuts d'application impérative et territoriale, sous l'Ancien droit, puis, à des « lois d'ordre public » fonctionnant sur un modèle hérité de l'Ecole Hollandaise, les lois de police et de sûreté gagnent leurs lettres de noblesse, au XX^e siècle. Si, tout au long de cette histoire complexe, elles ont peiné à faire reconnaître leur identité et ont longtemps dû se dissimuler derrière d'autres notions, plus en faveur en doctrine, voire en jurisprudence, elles ont fini par accéder, à côté de l'exception d'ordre public et de la fraude à la loi, au rang des mécanismes dérogatoires au jeu normal de la règle de conflit et constituent autant de rémanences du statutisme dans un environnement progressivement gagné au conflictualisme. En retour, l'histoire et la destinée de ces notions ne peuvent faire abstraction des considérations de police qui les ont animées durant des siècles et qui ont contribué à rendre leur appréciation plus complexe pour ceux qui se sont efforcés de les définir et d'en interpréter la portée.

²⁷⁴³ Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007, dit *Rome II* sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, article 16 ; Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008, dit *Rome I*, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, article 9 (remplaçant et restreignant la définition plus large de l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles) ; Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence la loi applicable la reconnaissance et l'exécution des décisions et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, article 30 ; Règlements du 24 juin 2016 (UE) 2016/1103 et 2016/1104 sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, article 30.

SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE

SOURCES HISTORIQUES

I - Droit canonique et droit romain médiévaux

A. DOCTRINE

Lo Codi, Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus der Mitte des XII. Jahrhunderts, traduction de Ricardus Pisanus, édition Hermann Fitting et Hermann Suchier, Halle, 1906.

Summa Codicis Trecensis, édition Hermann Fitting, Berlin, 1894, réimpression, Francfort, 1971.

ACCURSE, *Corpus juris civilis Justiniani cum commentariis Accursi*, 6 volumes, Lyon, 1627.

BERNARD DE PARME, *Glose ordinaire sur les Décrétales de Grégoire IX*, édition du *Corpus juris canonici*, Rome, 1582.

BALDE, *Baldi Ubaldi Perusini Commentaria in primum, secundum & tertium Codicis libra*, Venise, 1522.

BALDE, *Tractatus duo de vi et potestate statutorum*. Edidit E. M. Meijers. *Insunt 1. Baldi repetitio super lege cunctos populos (C. 1, 1, 1) ; 2. Van der Keessel praelectiones iuris hodierni ad H. Grotii introductionem, theses 26-44. Ambo nunc primum e codicibus typis excusi*, Rechtshistorich Instituut (Institut d'Histoire du droit), Leyde, série II, 9, Haarlem, 1939.

BARTOLE, *In primam Codicis partem Praelectiones*, Lyon, 1546.

BARTOLE, *In primam Codicis partem Commentaria*, Turin, 1589.

BEAUMANOIR (DE), Philippe, *Coutumes de Beauvaisis*, texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique par Amédée Salmon, deux volumes, Paris, 1899-1900.

BELLEPERCHE (DE), Pierre, *Répétition sur la loi Cunctos populos (C.1.1.1.)*, Francfort, 1571.

D'ANDREA, Giovanni, *Novella commentaria in Gregori nonii*, Venise, 1581.

DA BAISO Guido, *Archidiaconi super Sexto Decretalium uberrima commentaria*, Lyon, 1547.

DA PISTOIA, Cino, *Cyni Pistoriensis in Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomi, i.e. Digesti veteris, doctissima commentaria*, Francfort, 1578.

DA ROSATE, Alberico, *De statutis*, Francfort, 1608.

DA TRANI, Goffredo, *Summa super titulis Decretalium*, Lyon, 1519, réimpression anastatique, Aalen, 1968.

DI BELVISO, Jacopo, *Aurea Practica Criminalis*, Cologne, 1580.

DURAND, Guillaume, *Speculum juris cum J. Andreae, Baldi et aliorum additionibus*, quatre tomes, Venise, 1585.

FULGOSIO, Raffaele, *In D. Justiniani Codicem commentariorum tomus primus*, Lyon, 1547.

GANDINO, Alberto, *Tractatus diversi super maleficiis*, Lyon, 1555.

GANDINO, Alberto, *Quaestiones Statutorum*, édition de Arrigo Solmi, Bibliotheca iuridica Medii Aevi, Scripta anecdota glossatorum (3), Bologne 1901, réimpression Turin, 1962.

HOSTIENSIS, *Lectura sive Apparatus domini Hostiensis super quinque libris Decretalium*, Paris et Strasbourg, 1512.

INNOCENT IV, *In quinque libros decretalium apparatus seu commentaria*, Lyon, 1578.

MASUER, Jean, *La pratique de Masuer, ancien jurisconsulte et praticien de France, mise en françois par Antoine Fontanon*, Lyon, 1603.

ROGERIUS, *Summa Codicis*, édition G. B. Palmieri, Bibliotheca iuridica Medii Aevi, Scripta anecdota glossatorum (1), Bologne, 1913.

REVIGNY (DE), Jacques, *Lectura super Codice*, Bologne, 1967, éditée sous le nom de *Petrus Bellapertica* : réimpression de l'édition de Paris, 1519.

RUFIN, *Summa decretorum*, édition Heinrich Singer, Paderborn, 1902, réimpression Aalen, 1963.

TARTAGNI (ou D'IMOLA), Alessandro, *Consilium seu Responsorum*, Venise, 1610.

B. JURISPRUDENCE

Les Olim ou registres des arrêts rendus par la Cour du Roi sous les règnes de Saint Louis, de Philippe le Hardi, de Philippe le Bel, de Louis le Hutin et de Philippe le Long, édition Beugnot, Paris, 1839, trois tomes en quatre volumes.

C. RECUEILS DE LOIS

BONIFACE VIII, *Liber sextus decretalium D. Bonifacii Papae VIII; Clementis Papae V. constitutiones ; Extravagantes tum viginti D. Ioannis Papae XXII. tum communes*, Lyon, 1584.

CORPUS JURIS CANONICI, édition Emil FRIEDBERG et Emil Ludwig RICHTER, deux volumes, Leipzig, 1879-1888.

Corpus juris civilis cum glossis, six volumes, Lyon, 1627.

Corpus juris civilis, annoté par Denys Godefroy, François Modius et Simon van der Leeuwen, Naples, 1828.

CORPUS JURIS CIVILIS, trois volumes, volume I : *Institutiones et Digesta*, édition Paul KRÜGER et Theodor MOMMSEN, Berlin, 1889 ; volume II : *Codex Iustinianus*, édition Paul KRÜGER, Berlin, 1892 ; volume III : *Novellae*, édition Rudolf SCHOLL et Wilhelm KROLL, Berlin, 1895.

CHARLES IV DE LUXEMBOURG, *Aurea Bulla Brabantina, a Karolo IV Imperatore data Johanni Duci Lotharingiae, Brabantiae et Limburgiae anno 1349*, éditée et commentée par Heinrich Günther THÜLEMAYER, *De Bulla Aurea, argentea, plumbea*, Francfort et Spire, 1687.

GREGOIRE IX, *Decretales D. Gregorii papae IX suae integritati unà cum glossis restitutae*, cinq livres, Lyon, 1584.

II - Ancien droit français

A. DOCTRINE

AGUESSEAU (D'), Henri-François, *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, édition Jean-Marie Pardessus, seize volumes, Paris, 1819.

ARGENTRE (D'), Bertrand, *Commentarii in patriae Britonum leges seu consuetudines*, Paris, 1605.

ARGENTRE (D'), Bertrand, *Commentarii in patriae Britonum leges seu consuetudines*, Paris, 1660.

BACQUET, Jean, *Œuvres de Maître Jean Bacquet*, Lyon, 1744.

BASNAGE, Henri, *Œuvres de Maître Henri Basnage*, 3^e édition, 1709.

BASNAGE, Henri, *Œuvres de Maître Henri Basnage*, 4^e édition, Rouen et Paris, 1778.

BASSET, Jean-Guy, *Plaidoyez de Maistre Jean-Guy Basset, advocat consistorial au Parlement de Grenoble*, Grenoble, 1668.

BERAULT, Josias, *La coutume réformée du pays et duché de Normandie*, 6^e édition, Rouen, 1660.

BODIN, Jean, *Les six livres de la République*, Paris, 1576.

BOUHIER, Jean, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, Dijon, 1742.

BOUHIER, Jean, *Œuvres de jurisprudence de M. Bouhier, président à Mortier au Parlement de Dijon*, deux volumes, Dijon, 1787.

BOULLENOIS, Louis, *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727.

BOULLENOIS, Louis, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, Paris, 1732.

BOULLENOIS, Louis, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Paris, 1766.

BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles-Antoine, *Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom de Gaules*, Paris, 1724, 4 tomes en 4 volumes.

BOURJON, François, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, 1770.

BRODEAU, Julien, *Commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1658.

CHALLINE, Paul, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666.

CHASSENEUZ (DE), Barthélémy, *Commentarii ad Consuetudines Ducatus Burgundiae*, 1517.

CHASSENEUZ (DE), Barthélémy, *Commentarii in consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae*, Genève, 1647.

CHOPPIN, René, *Œuvres de Maître René Choppin*, Paris, 1662.

COQUILLE, Guy, *Œuvres de Maître Guy Coquille*, Bordeaux, 1703.

BORNIER (DE), Philippe, *Conférences des ordonnances de Louis XIV avec les anciennes ordonnances, le droit écrit et les arrêts*, Paris, 1755.

- BOUTARIC (DE), François, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV sur les matières criminelles*, Toulouse, 1743.
- CHABROL, Guillaume-Michel, *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne, avec les notes de Dumoulin, Chauvelin, Brodeau et Ricard*, Riom, 1784.
- DE LA MARE, Nicolas, *Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats, toutes les lois et tous les règlements qui la concernent*, Paris, 1710.
- DESPEISSES, Antoine, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, éd. Guy du Roussaud de La Combe, Toulouse, 1768.
- DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et Legum delectus*, Paris, 1713.
- DUMOULIN, Charles, *Commentarii in consuetudines Parisienses*, Paris, 1576.
- DUMOULIN, Charles, *Caroli Molinaei omnia quae extant opera ex variis librorum*, Paris, 1658.
- DUMOULIN, Charles, *Caroli Molinaei omnia quae extant opera ex variis librorum*, Paris, 1681.
- DUPLESSIS, Claude, *Traité de M^e Duplessis sur la Coutume de Paris, avec les notes de M^e Berroyer et M^e de Laurière*, Paris, 1699.
- DUPLESSIS, Claude, *Œuvres de Maître Claude Duplessis, avocat au Parlement*, Paris, 1728.
- EXPILLY, Claude, *Plaidoyez de M. Claude Expilly, conseiller du Roy en son Conseil d'Etat et son advocat général au Parlement de Grenoble*, 5^e édition, Lyon, 1631.
- FERRIERE (DE), Claude, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, 2^e édition, Paris, 1714.
- FROLAND, Louis, *Mémoires concernant l'observation du sénatus-consulte velléien dans le duché de Normandie*, Paris, 1722.
- FROLAND, Louis, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729.
- FROLAND, Louis, *Mémoires concernant le Comté-pairie d'Eu et ses usages prétendus locaux*, Paris, 1729.
- GIBERT, Jean-Pierre, *Consultations canoniques sur les sacrements*, Paris, 2^e édition, 1750.
- JOUSSE, Daniel, *Traité de la justice criminelle*, Paris, 1771.
- LE BRUN, Denis, *Traité des successions*, Paris, 1692.
- LE BRUN, Denis, *Traité de la communauté entre mari et femme*, Paris, 1734.
- LE CARON, Louis Charondas, *Costume de la ville, prévosté et vicomté de Paris, ou Droit civil parisien*, Paris, 1614.
- LE CARON, Louis Charondas, *Œuvres de Maître Louis Charondas Le Caron*, Paris, 1637.
- LOISEL, Antoine, *Institutes coutumières de M. Loisel*, édition Eusèbe de Laurière, Paris, 1774.
- LOISEL, Antoine, *Institutes coutumières, avec les notes d'Eusèbe de Laurière*, édition Dupin et Laboulaye, Paris, 1846.
- LOYSEAU, Charles, *Traité des seigneuries*, Paris, 1608.
- LOYSEAU, Charles, *Cinq livres du droit des offices, avec celui des seigneuries et celui des ordres*, 2^e éd., Paris, 1613.

MORNAC, Antoine, *Antonii Mornacii in Senatu paris. patroni Observationes in quatuor priores libros Codicis*, Paris, 1654.

MUYART DE VOUGLANS, Pierre-François, *Institutes au droit criminel*, Paris, 1767.

PAPE, Guy, *Decisiones Guidonis Papae, jurisconsultissimi, consiliari regii in Senatu Gratianopolitano*, Lyon, 1607.

PESNELLE, N., *La coutume de Normandie expliquée par M. Pesnelle*, Rouen, 2^e édition, 1727.

POTHIER, Robert-Joseph, *Oeuvres de Pothier*, éd. Dupin, Paris, 1825.

POTHIER, Robert-Joseph, *Oeuvres de Pothier*, éd. Dupin, Paris, 1827.

PREVOST DE LA JANNES, Michel, *Les principes de la jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en justice*, Paris, 1770.

PROHET, Claude-Ignace, *Les coutumes du haut et bas pays d'Auvergne, conférées avec le droit civil et les coutumes de Paris, de Bourbonnais, de la Marche, de Berry et de Nivernais, avec les notes de M^e Charles Dumoulin*, Paris, 1695.

RENUSSON (DE), Philippe, *Œuvres de Philippe de Renusson*, édition J.-A. Sérieux Paris, 1760.

RENUSSON (DE), Philippe, *Œuvres de Philippe de Renusson*, édition J.-A. Sérieux revue et augmentée, Paris, 1780.

RICARD, Jean-Marie, *Œuvres de Maître Jean-Marie Ricard*, Paris, 1754.

ROUSSEAU DE LACOMBE (DU), Guy, *Traité des matières criminelles, suivant l'ordonnance du mois d'août 1670, et les édits, déclarations du roi, arrêts et règlements intervenus jusqu'à présent*, 4^e édition, Paris, 1751.

ROUSSEAU DE LACOMBE (DU), Guy, *Traité des matières criminelles, suivant l'ordonnance du mois d'août 1670, et les édits, déclarations du roi, arrêts et règlements intervenus jusqu'à présent*, 7^e édit., Paris, 1788.

TIRAQUEAU, André, *Commentarii de Nobilitate et jure primigeniorum*, 3^e édition, Lyon, 1573.

TRONÇON (TRONSON), Jean, *Le droit françois et coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1626.

B. JURISPRUDENCE

AUGEARD, Mathieu, *Arrests notables des différens tribunaux du Royaume*, Paris, 1756.

BARDET, Pierre, *Recueil d'arrests du Parlement de Paris*, éd. Berroyer, Paris, 1690.

BASSET, Jean-Guy, *Recueil de plusieurs notables arrests de la Cour de Parlement, aydes et finances de Dauphiné*, 2^e édition, Grenoble, 1686.

BLONDEAU, Claude et GUERET, Gabriel, *Journal du Palais, ou Recueil des principales décisions de tous les Parlements et Cours souveraines de France*, Paris, 1672.

BOUVOT, Job, *Nouveau recueil des arrests de Bourgogne, où sont contenues diverses questions de droit, tant coutumier que romain*, deux volumes, Genève, 1623-1628.

BRETONNIER, Barthélémy-Joseph, *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différents tribunaux du royaume*, 5^e édition par Boucher d'Argis, Paris, 1783.

BRILLON, Pierre-Jacques, *Dictionnaire des arrêts, ou Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, 2^e édition, Paris, 1727.

BONIFACE (DE), Hyacinthe, *Arrêts notables de la cour du parlement de Provence*, Lyon, 1708.

CHORIER, Nicolas, *La jurisprudence du célèbre conseiller, et juriconsulte, Guy Pape dans ses décisions*, seconde édition, Grenoble, 1769.

DENISART, Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 5^e édition, Paris, 1766.

DENISART, Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 6^e édition, 1767.

DENISART, Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 7^e édition, Paris, 1766-1771.

DENISART, Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 8^e édition, 1783-1808, Paris.

DES ESSARTS, Nicolas-Toussaint Le Moyne, *Causes célèbres curieuses et intéressantes de toutes les Cours Souveraines du Royaume, avec les jugemens qui les ont décidées*, Paris, 1777.

DES ESSARTS, Nicolas-Toussaint Le Moyne, *Choix de nouvelles causes célèbres avec les jugemens qui les ont décidées, extraites du « Journal des causes célèbres », depuis son origine jusques et compris l'année 1782*, Paris, 1785.

DEVOLLANT, Paul, *Recueil d'arrêts rendus au Parlement de Bretagne*, Rennes, 1722.

DU FRESNE, Jean, *Journal des principales audiences du Parlement*, sept volumes et suppléments, Paris, 1751-1757 : tome 1^{er} (1622-1660), tome 2^{ème} (1660-1674, par François JAMET DE LA GUESSIERE), tome 3^{ème} (1674-1685, par François JAMET DE LA GUESSIERE), tome 4^{ème} (1685-1700, par Nicolas NUPIED), tome 5^{ème} (1700-1710, par Nicolas NUPIED), tome 6^{ème} (1711-1717 par Michel DU CHEMIN) et tome 7^{ème} (1718-1722 et supplément remontant jusqu'en 1623, par Michel DU CHEMIN).

DU LAURY, Rémi-Albert, *La jurisprudence des Pays-Bas autrichiens établie par les arrêts du Grand Conseil*, Bruxelles, 1761.

FROLAND, Louis, *Recueil d'arrêts de règlement, et autres arrêts notables, donnés au Parlement de Normandie*, Paris, 1740.

GRIVEL, Jean, *Decisiones celeberrimi Sequanorum Senatus Dolani*, Genève, 1660.

GUYOT, Joseph, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1^e édition, Paris, 1775-1783.

GUYOT, Joseph, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 2^e édition, Paris, 1784-1785.

LE BRET, Cardin, *Œuvres de messire Cardin Le Bret*, Rouen, 1643.

LE BRET, Cardin, *Œuvres de messire Cardin Le Bret*, Rouen, 1689.

LE MAISTRE, Antoine, *Recueil de divers plaidoyers et harangues, prononcées au Parlement, par M^e Antoine Le Maistre*, Paris, 1652.

LOUET, Georges, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnés en la cour de Parlement de Paris*, Paris, 1742.

MERCURE FRANÇOIS, tome IV, 1615-1617, *ou les mémoires de la suite de l'Histoire de notre temps, sous le règne du très-Chrétien Roy de France et de Navarre Louis XIII, contenant... l'arrêt de la Cour de Parlement contre le Mareschal d'Ancre et sa femme, exécuté le 8 juillet 1617*, Paris, 1617.

PAPON, Jean, *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France*, 3^e édition par Jean CHENU, Paris, 1610.

PINAULT DES JAUNAUX, Mathieu, *Suite des arrests notables du Parlement de Flandres*, Douai, 1715.

SOEFVE, Lucien, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables tant de droit que de coutumes jugées par arrests d'audience du Parlement de Paris depuis 1640 jusques à présent*, Paris, 1682.

C. DICTIONNAIRES ET REPERTOIRES

BRILLON, Pierre-Jacques, *Dictionnaire des arrêts et jurisprudence universelle des Parlements de France*, Paris, 1727.

FERRIERE (DE), Claude-Joseph, *Dictionnaire de droit et pratique*, Paris, 1769.

HOUARD, David, *Dictionnaire analytique, historique, étymologique de la coutume de Normandie*, Rouen, 1780-1782.

D. RECUEILS DE LOIS

FONTANON, Antoine, *Les Édicts et ordonnances des rois de France depuis Louis VI jusques à présentes*, édités par Michel de la Rochemaillet, Paris, 1611.

III - Ecole Hollandaise et doctrine européenne (XVI^e-XVIII^e siècles)

A. DOCTRINE

BOURGOGNE (DE), Nicolas, *Ad Consuetudines Flandriae Aliarumque gentium tractatus controversiarum*, Leyde, 1634.

BOURGOGNE (DE), Nicolas, *Nicolai Burgundii de jure opera omnia*, Bruxelles, 1709.

GROTIUS, Hugo, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, dans *Introduction to Dutch jurisprudence of Hugo Grotius*, traduction anglaise de Charles Herbert, Londres, 1845.

GROTIUS, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, édité par B.J.A. de Kanter - Van Hettinga Tromp (Leyde, 1939) et annoté par R. Feenstra, C.E. Persenaire et E. Arps-De Wilde, Aalen, 1993.

GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, P.U.F., 1999 (traduction de Paul Pradier-Fodéré, Paris, 1867).

GROTIUS, Hugo, *De jure praedae*, éd. Hamaker, Paris, 1869.

HERT, Jean Nicolas, *De Collisione Legum*, Augsbourg et Giessen, 1688.

HUBER, Ulrich, *Praelectiones juris civilis*, Leipzig, 1689.

HUBER, Ulrich, *De jure civitatis libri tres*, Franeker, 1694.

HUBER, Ulrich, *Praelectionum juris civilis tomi tres*, Franeker, 1700.

HUBER, Ulrich, *Praelectiones juris civilis*, Leipzig, 1707.

- HUBER, Ulrich, *De jure civitatis libri tres*, 4^e édition Christian Thomasius, Francfort et Leipzig, 1708.
- HUBER, Ulrich, *Praelectiones juris civilis*, 4^e édition Christian Thomasius et Lüder Mencke, Francfort et Leipzig, 1749.
- HUBER, Ulrich, « De conflictu legum », tiré des *Praelectiones juris civilis*, Leipzig, 1707, traduction anglaise par Ernest G. Lorenzen, *Illinois Law Review*, n°13, 1919, pp. 401-418.
- MASCARDI, Alderano, *Communes i.v. conclusiones ad generalem quorumcunque statutorum interpretationem accommodatae*, Francfort, 1609.
- MENCKE le Jeune, Godefroid Louis, *Dissertatio de statutis civitatum provincialium in successione ab intestato ad bona etiam alibi sita, secundum ius civile extendendis*, Leipzig, 1741.
- RODENBURG, Christian, *De jure quod oritur ex statutorum, vel consuetudinum, discrepantium conflictu*, Utrecht, 1653.
- RODENBURG, Christian, *De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum, diversitate*, dans *Traité de la Personnalité et de la Réalité des Loix*, édition et traduction Louis Boullenois, Paris, 1766.
- VAN BIJNKERSHOEK, Cornelius, *Observationes tumultuariae*, édition Eduard-Maurits Meijers, Anne Siberdinus de Blécourt et H.D.J. Bodenstein, deux volumes, Harlem, 1926-1934.
- VAN CHRISTYNEN, Paul, *In leges municipales (Mechliniensis) commentaria ac notae*, 4^e édition, Anvers, 1671.
- VAN DEN SANDE, Jean, *Decisiones frisiae*, Leeuwarden, 1656.
- VAN WESEL, Abraham, *Commentarius ad Novellas Constitutiones Ultrajectinas* Amsterdam, 1701.
- VOET, Jean, *Commentarius ad Pandectas*, Genève, 1757.
- VOET, Jean, *Commentarius ad Pandectas*, édition A. Drevon, Paris, 1827.
- VOET, Jean, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, 5^{ème} édition vénitienne, Venise, 1827.
- VOET, Jean, *Johannes Voet, jurisconsult and professor in the University of Leiden. His commentaries on the Pandects*, traduction par James Buchanan, Le Cap, 1880-1885.
- VOET, Paul, *De Statutis eorumque concursu Liber Singularis*, Utrecht, 1661.
- VOET, Paul, *De mobilium et immobilium natura, modo academico et forensi ad evidentiore[m] juris statuarii intellectum strictim proposita*, Utrecht, 1666.
- VOET, Paul, *De mobilium et immobilium natura, modo academico et forensi ad evidentiore[m] juris statuarii intellectum strictim proposita*, Leyde, 1699.
- VOET, Paul, *De mobilium et immobilium natura, modo academico et forensi ad evidentiore[m] juris statuarii intellectum strictim proposita*, Utrecht, 1714.
- WAMESE, Jean, *Responsorum, sive Consiliorum, ad jus forum civile pertinentium centuriae VI*, Anvers, 1645.

IV - Droit privé français (Code civil, XIX^e et XX^e siècles)

A. DOCTRINE

I. MONOGRAPHIES :

Annuaire de l'Institut du Droit International, session de Gand, septembre 1906, t. 21, Paris, 1907.

AUBRY, Charles et RAU, Frédéric-Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 1^{ère} édition, t. 1, Strasbourg, 1839.

AUBRY, Charles et RAU, Frédéric-Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 3^e édition, t. 1, Paris, 1856.

AUBRY, Charles et RAU, Frédéric-Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e édition, t. 1, Paris, 1869.

AUBRY, Charles et RAU, Frédéric-Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e édition par Gaston RAU et Charles FALCIMAIGNE, t. 1, Paris, 1897.

AUBRY, Charles et RAU, Charles, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 6^e édition par Etienne BARTIN, tome premier - tome quatrième, Paris, 1936-1939.

AUDINET, Eugène, *Principes élémentaires du droit international privé*, Paris, 1894.

BARDE, Louis, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880.

BARTIN, Etienne, *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899.

BARTIN, Etienne, *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, Paris, 1907.

BARTIN, Etienne, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, 3 tomes, Paris, 1930-1935.

BATBIE, Jules, *De la condition civile des étrangers en France*, Paris, 1862.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Précis de droit civil*, t. 1, Paris, 1910.

BEUDANT, Charles, *Cours de droit civil français*, 2^e édition par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, t. 1, Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil, Paris, 1934.

BIREAUD, Roger, *Contribution à l'étude de l'ordre public en droit international privé*, Aix, 1932.

BOISSARIE, René, *De la notion d'ordre public en droit international privé*, thèse, Paris, 1888.

BONFILS, Henri, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris, 1865.

BROCHER, Charles-Antoine, *K.-S. Zachariae, sa vie et ses œuvres*, Paris, 1869.

BROCHER, Charles-Antoine, *Nouveau traité de droit international privé*, Genève, Bâle, Lyon et Paris, 1876.

BROCHER, Charles-Antoine, *Cours de droit international privé*, 2 vol., Paris, 1882-1883.

BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio, *El orden publico. Estudio de derecho internacional privado*, La Havane, 1893.

CHABOT DE L'ALLIER, Georges-Antoine, *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Paris, 1809.

CONTAL, Edmond, *De la condition civile des étrangers à Rome et en France*, Nancy, 1870.

DANGUILLECOURT, Amédée, *De la condition des étrangers en France*, Paris, 1875.

DE BAVAY, Charles-Victor, *Pierre Stockmans, jurisconsulte belge*, discours prononcé à l'occasion de l'audience de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles le 15 octobre 1844, Bruxelles, 1844.

DE BAVAY, Charles-Victor, *Pierre Peckius, chancelier de Brabant*, discours prononcé à l'occasion de l'audience de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles le 15 octobre 1845, Bruxelles, 1845.

DE BAVAY, Charles-Victor, *Nicolas de Bourgoingne (Burgundus), conseiller de Brabant*, discours prononcé à l'occasion de l'audience de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles le 16 octobre 1848, Bruxelles, 1848.

DE BAVAY, Charles-Victor, *Le Conseil souverain de Brabant*, discours prononcé à l'occasion de l'audience de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles le 15 octobre 1849, Bruxelles, 1849.

DE BAVAY, Charles-Victor, *Le Grand Conseil de Malines*, discours prononcé à l'occasion de l'audience de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles le 15 octobre 1850, Bruxelles, 1850.

DELVINCOURT, Claude-Etienne, *Institutes de droit civil français*, 3 vol., Paris, 1808.

DELVINCOURT, Claude-Etienne, *Cours de Code Napoléon*, 2 vol., Paris, 1813.

DEMANGEAT, Charles, *Histoire de la condition civile des étrangers en France, dans l'ancien et le nouveau droit*, Paris, 1844.

DEMANTE, Antoine-Marie, *Programme du cours de droit civil fait à la faculté de droit de Paris*, t. 1, Paris, 1830.

DEMANTE, Antoine-Marie, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, articles 1 à 228, Paris, 1849.

DEMANTE, Antoine-Marie, *Cours analytique de Code civil, continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, t. 1, Paris, 1881.

DEMOLOMBE, Charles, *Cours de code Napoléon, t. 1. Traité de la publication, des effets et de l'application des lois ; de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes d'état civil, du domicile*, 4^e édition, Paris, 1869.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits des lois*, Paris, 1905.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, 1922.

DONNEDIEU DE VABRES, Jacques, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits des lois depuis le début du XX^e siècle*, Paris, 1937.

DURAND, Louis, *Essai de droit international privé, précédé d'une étude historique sur la condition des étrangers*, Paris, 1884.

DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, 1^{ère} éd., Paris, 1825.

DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, 2^{ème} éd., Paris, 1828.

DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, 4^{ème} éd., Paris, 1844.

FIORE, Pasquale, *Droit international privé, ou Principes pour résoudre les conflits entre les législations diverses en matière de droit civil et commercial*, traduction de Paul Pradier-Fodéré, Paris, 1875.

FOELIX, Jean-Jacques-Gaspard, *Mémoire relatif aux débats élevés devant les tribunaux, au sujet de l'interdiction de S.A. le duc Charles de Brunswick*, Paris, 1833.

FOELIX, Jean-Jacques-Gaspard, *Traité de droit international privé*, Paris, 1^{ère} édition, 1843.

FOELIX, Jean-Jacques-Gaspard, *Traité de droit international privé*, 2^e édition, Paris, 1847.

FOELIX, Jean-Jacques-Gaspard, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 3^e édition par Charles DEMANGEAT, t. 1, Paris, 1856.

GIDE, Paul, *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et, en particulier, sur le sénatus-consulte velléien*, Paris, 1867.

GUILLET, Auguste, *De la condition civile des étrangers à Rome et en France*, Yvetot, 1863.

HUC, Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 1, art. 1-143, Paris, 1892.

KNAPP, Charles, *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, Neuchâtel, 1933.

LAGARDE, Henri, *De la distinction des statuts dans le droit français actuel*, Bordeaux, 1895.

LAINÉ, Armand, *Introduction à l'étude du droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, deux tomes, Paris, 1888 et 1892.

LAURENT, François, *Principes de droit civil*, Bruxelles et Paris, 33 volumes, 1869-1878.

LAURENT, François, *Principes du droit civil français*, t. 1^{er}, 3^e édition, Bruxelles et Paris, 1878.

LAURENT, François, *Droit civil international*, Bruxelles et Paris, 8 volumes, 1880-1881.

LEHR, Ernest, *Éléments de droit civil germanique considérés en eux-mêmes et dans leurs rapports avec la législation française*, Paris, 1875.

LIENHARD, W., *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit interne et en droit international privé*, Dijon, 1934.

Livre du centenaire du Code civil (1804-1904), Paris, 1904, rééd. Paris, 2004.

LOCRE, Jean-Guillaume, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, 5 vol., Paris, 1805-1807.

LUBLINER, Louis, *Concordance entre le code civil du royaume de Pologne et le Code civil, suivie d'observations sur le droit international privé*, Bruxelles et Paris, 1846.

MAILHER DE CHASSAT, Antoine, *Traité des statuts (lois personnelles, lois réelles) d'après le droit ancien et le droit moderne, ou du droit international privé, considéré comme conséquence ou reproduction, dans le sens individuel, du droit international public ; plus expressément : de la nationalité et de ses modifications diverses ou de la personnalité et de la réalité, considérées comme faits de souveraineté des puissances entre elles, et ayant pour objet les affectations individuelles et les dévolutions de biens, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur des Etats*, Paris, 1845.

MALLEVILLE (DE), Jacques, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, 4 vol., 1^{ère} édition, Paris, 1805.

MALLEVILLE (DE), Jacques, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, 4 vol., 2^e édition, Paris, 1807.

MANCINI, Pasquale Stanislao, *Diritto internazionale. Prelezioni*, Naples, 1873.

- MANCINI, Pasquale Stanislao, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, éd. Erik Jayme, Turin, 1994.
- MANGIN, Jean-Henri-Claude, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Bruxelles, 1839.
- MARCADE, Victor-Napoléon, *Eléments de droit civil français, ou Explication méthodique et raisonnée du code civil*, 2^{ème} édition, tome 1^{er}, Paris, 1844.
- MARCADE, Victor-Napoléon, *Eléments de droit civil français, ou Explication méthodique et raisonnée du code civil*, 3^{ème} édition, tome 1^{er}, Paris, 1847.
- MARCADE, Victor-Napoléon, *Cours élémentaire de droit civil français, ou Explication théorique et pratique du Code civil*, 4^e édition, tome 1^{er}, Paris, 1850.
- MARCADE, Victor-Napoléon, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^{ème} édition par Paul PONT, tome 1^{er}, Paris, 1873.
- MARCADE, Victor-Napoléon, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8^e édition par Paul PONT, tome 1^{er}, Paris, 1884.
- MARMION, Jean, *Étude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, Paris, 1924.
- MASSE, Gabriel, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et avec le droit des gens*, 2^e édition, t. 1, Paris, 1861.
- Mélanges Antoine Pillet*, deux volumes, Paris, 1929.
- MOLDOVAN, Mircea, *L'ordre public en droit international privé*, Paris, 1932.
- MOUTIER, Maurice, *Du conflit des lois étrangères avec les lois d'ordre public françaises*, Paris, 1891.
- NIBOYET, Jean-Paulin, *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier. Etude de droit international privé*, Paris, 1912.
- PARDESSUS, Jean-Marie, *Cours de droit commercial*, 6^e édition par E. de Rozière, t. 4, Paris, 1857.
- PILLET, Antoine, *De l'ordre public en droit international privé*, Grenoble et Paris, 1890.
- PILLET, Antoine, *Principes de droit international privé*, Paris et Grenoble, 1903.
- PILLET, Antoine, *Résumé du cours de Droit international privé de Licence*, Paris, 1905.
- PILLET, Antoine, *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., Paris, 1923-1924.
- PILLET, Antoine, et NIBOYET, Jean-Paulin, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1924.
- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Aix-Marseille, 1988.
- PORTET, René, *De la condition juridique des étrangers en France et de la naturalisation*, Evreux, 1882.
- PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor, *Cours de législation et de jurisprudence françaises sur l'état des personnes*, t. 1, Besançon, an VII (1799).

PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor, *Cours de droit français. Première partie sur l'état des personnes et le titre préliminaire du Code Napoléon*, 2^e édition, t. 1, Dijon, 1810 (également connu sous le nom de *Traité sur l'état des personnes*).

PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire*, 3^e éd. par Auguste VALETTE, t. 1, Paris, 1842.

SAPEY, Charles-Alexandre, *Les étrangers en France sous l'ancien et le nouveau Droit*, Paris, 1843.

SAVIGNY (VON), Friedrich-Karl, *System des heutigen Römischen Rechts*, tome VIII, Berlin, 1849.

SAVIGNY (VON), Friedrich-Karl, *Traité de droit romain*, trad. Charles Guenoux, 2nde édition, tome VIII, Paris, 1860, réimprimé par les éditions Panthéon-Assas, à Paris en 2002, préface Hervé Synvet.

SOLODOVNIKOFF, Pierre, *La notion de l'ordre public dans le droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*, Paris, 1936.

SOLOMAN, Eugène, *Essai sur la condition juridique des étrangers*, Paris et Tours, 1844.

STORY, Joseph, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 1^{ère} édition, Boston, 1834.

SURVILLE, Fernand et ARTHUYS, Francis, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 1890.

SURVILLE, Fernand et ARTHUYS, Francis, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4^e édition, Paris, 1904.

TOULLIER, Charles-Bonaventure-Marie, *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, 1^{ère} édition révisée et mise à jour en prévision de la deuxième, tome 1^{er}, Paris, 1820.

TOULLIER, Charles-Bonaventure-Marie, *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, 4^{ème} édition, t.1, Paris, 1824.

TOULLIER, Charles-Marie-Bonaventure, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, continué et complété par Jean-Baptiste DUVERGIER*, 6^e édition, t. 1, Paris, 1846.

TROCHON, Albert, *Les étrangers devant la justice française*, Paris, 1867.

VALERY, Jules, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914.

VALETTE, Auguste, *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon et des lois accessoires*, Paris, 1859.

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Gabriel, *La synthèse du droit international privé*, volumes I et II, Paris, 1897 (réimpression Paris, 1972).

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Gabriel, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, étude de philosophie du droit et de droit civil*, Paris, 1899.

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Gabriel, *La quintessence du droit international privé*, Paris, 1900.

WEISS, André, *Manuel de droit international privé*, 1^{ère} édition, Paris, 1893.

WEISS, André, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Paris, 1898.

WEISS, André, *Manuel de droit international privé*, 5^e édition, Paris, 1905.

WEISS, André, *Manuel de droit international privé*, 6^e édition, Paris, 1909.

II. ARTICLES :

ALAUZET, Isidore, « Du statut personnel des étrangers résidant en France », *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1872, pp. 513-531.

ALGLAVE, Emile, « Définition de l'ordre public en matière civile », *Revue pratique de droit français*, n°25, 1868, pp. 444-500 et 524-562.

ARMINJON, Pierre, « Les lois politiques et le droit international privé », *Revue de droit international privé*, n°25, 1930, pp. 385-396.

AUBRY, Jules, « De la notion de territorialité en droit international privé », *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1900, pp. 689-704 ; 1901, n°28, pp. 253-273 et 643-671 ; 1902, pp. 209-243.

BAR (VON), Carl Ludwig, « Esquisse du droit international privé », traduit par André Weiss, *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°14, 1887, pp. 257-273 et n°15, 1888, pp. 5-16 et 441-447.

BARTIN, Etienne, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°24, 1897, pp. 225-255, 466-495 et 720-738.

BARTIN, Etienne, « Les dispositions d'ordre public. La théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1897, pp. 385-427 et 613-658.

BARTIN, Etienne, « Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé. Théorie du renvoi », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1898, pp. 129-187 et 272-310.

BROCHER, Charles-Antoine, « Théorie du droit international privé », *Revue de droit international et de législation comparée*, n°3, 1871, pp. 412-439.

BROCHER, Charles-Antoine, « Des bases théoriques du droit international privé », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°5, 1878, pp. 225-235.

BROCHER, Charles-Antoine, « Le droit international privé. Le *Droit civil international* par François Laurent », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°7, 1880, pp. 279-292.

DE BAVAY, Charles-Victor, « Nicolas de Bourgoingne (Burgundus), conseiller de Brabant », discours prononcé à l'occasion de l'audience de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles le 16 octobre 1848, *La Belgique judiciaire*, 1848, tome VI, n°87, pp. 1417-1422.

DEMANGEAT, Charles, « Du statut personnel », *Revue pratique de droit français*, t. 1^{er}, Paris, 1856.

DEMANGEAT, Charles, « Introduction », *Journal du Droit international privé (Clunet)*, 1874, n°1, p. 7-16.

DESPAGNET, Frantz, « La théorie des statuts dans le code civil », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 2^e série, 1884, tome 13, pp. 487-507.

DESPAGNET, Frantz, « L'ordre public en droit international privé », *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1889, pp. 5-16 et pp. 207-222.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri, « L'article 3 du Code civil et la jurisprudence française de 1804 à 1904 », *Revue de droit international privé*, n°2, 1906, pp. 684-699 et 829-860.

DONNEDIEU DE VABRES, Jacques, « Remarques sur la théorie générale des conflits de lois », *Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique)*, 1943, I, p. 375.

DUBOIS, Joseph, « De l'article 3 du Code civil (conflit des lois) et de la place à accorder au droit international dans le nouveau Code civil. Rapport préliminaire présenté à la première Sous-Commission de révision du Code civil », *Revue de droit international privé*, n°2, 1906, pp. 429-445.

EHRlich, Eugen, « Les tendances actuelles du Droit international privé », *Revue de droit international privé*, 1908, t. 4, pp. 902-924 (traduction Robert Caillemer).

ESPERSON, Pietro, « Le droit international privé dans la législation italienne », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°6, 1879, pp. 329-351, et 1880, pp. 245-259 et 337-346.

FAGE, René, « Un jurisconsulte briviste : Antoine Mailher de Chassat, 1781-1864 », *Bulletin de la Société scientifique, historique et archéologique de Corrèze*, 1888, pp. 353-370.

FEDOZZI, Prospero, « Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°24, 1897, pp. 69-78 et 495-507.

FIORE, Pasquale, « De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°35, 1908, pp. 351-366.

GAUDEMET, Eugène, « La théorie des conflits de lois dans l'œuvre d'Antoine Pillet et la doctrine de Savigny », *Mélanges Antoine Pillet*, Paris, 1929, volume 1^{er}, pp. 89-103.

GEOUFFRE DE LA PRADELLE (DE), Albert, « Antoine Pillet et le droit des gens », *Revue de droit international*, tome 1, 1927, pp. 41-56.

LAINÉ, Armand, « Considérations sur le droit international privé. A propos d'un livre récent : La synthèse du droit international privé de M. le comte de Vareilles-Sommières » *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n°28, 1899, pp. 613-625, et n°29, 1900, pp. 20-46, 83-93, 216-227 et 350-374.

LAURENT, François, « Etudes sur le droit international privé », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°5, 1878, pp. 309-344 et 421-446 ; n°6, 1879, pp. 5-21.

LOUIS-LUCAS, Pierre, « Remarques sur l'ordre public », *Revue de droit international privé*, n°28, 1933, pp. 393-442.

LOUIS-LUCAS, Pierre, « L'impérieuse territorialité du droit », *Revue critique de droit international privé*, n°30, 1935, pp. 633-661.

LOUIS-LUCAS, Pierre, « Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de Jean-Paulin Niboyet », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 14-15^e années, 1951-1954, Paris, 1955, pp. 11-42.

MANCINI, Pasquale Stanislao, « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », Rapport à l'Institut de Droit International, session de Genève, 31 août 1874, in *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°1, IV, 1874, pp. 220-239 et pp. 285-304.

MANCINI, Pasquale Stanislao, « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », Rapport à l'Institut de Droit International, session de Genève, 31 août 1874, in *Revue de droit international et de législation comparée*, VII, 1875, pp. 329-363.

MAZEAUD, Henri, « Conflits de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle », *Revue critique de droit international privé*, n°29, 1934, pp. 377-402.

NOLDE, Boris, « Les étapes historiques de la codification législative du droit international privé », *Revue de droit international privé*, n°22, 1927, pp. 361-374.

PERROUD, Jean, « De l'extension extraterritoriale des lois de police, comme conséquence de l'autonomie de la volonté. Application à la loi relative aux accidents du travail et à la loi sur les titres au porteur », *Journal de droit international privé (Clunet)*, n°33, 1906, pp. 633-638.

PILLET, Antoine, « De l'ordre public en droit international privé », *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, tome II, n°2, 1890.

PILLET, Antoine, « Etude sur les sources du droit international privé », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°18, 1891, pp. 5-37.

PILLET, Antoine, « Le droit international privé comme considéré dans ses rapports avec le droit international public, étude systématique et méthodique », *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, tome IV, n°2, 1892, pp. 309-369.

PILLET, Antoine, « De la déchéance de la puissance paternelle considérée au point de vue international », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°19, 1892, pp. 5-33.

PILLET, Antoine, « Le droit international privé, sa définition, son origine rationnelle, son domaine, ses conditions générales et son but », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°20, 1893, pp. 5-24 et 318-331.

PILLET, Antoine, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°21, 1894, pp. 417-435 et 711-754 ; n°22, 1895, pp. 241-259, 500-517 et 929-952 ; n°23, 1896, pp. 5-30.

PORTALIS, Joseph-Marie, « Rapport à l'Académie des Sciences morales et politiques », *Revue de législation et de jurisprudence (revue Wolowski)*, t. VI, 1842, pp. 122-157.

RAYNAUD, Barthélémy, « Les retraites ouvrières et paysannes et les étrangers dans la nouvelle législation française », *Journal du droit international privé Clunet*, n° 37, 1910, pp. 1036-1048.

SURVILLE, Fernand, « De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé », *Journal de droit international privé (Clunet)*, n°16, 1899, pp. 528-538.

SURVILLE, Fernand, « Du conflit des lois personnelles », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°39, 1912, pp. 5-25 et 395-412.

SURVILLE, Fernand, « La théorie des statuts d'après Bartole et Dumoulin », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°48, 1921, pp. 5-15.

VALERY, Jules, « Examen critique des remarques sur l'ordre public de M. Pierre Louis-Lucas », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934-2, pp. 194-218.

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Gabriel, « La synthèse du droit international privé », *Revue catholique des institutions du droit*, n°14 à 18, décembre 1894-janvier 1897.

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Gabriel, « Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, étude de philosophie du droit et de droit civil », *Revue de Lille*, tome 16, novembre 1897 – octobre 1898, pp. 673-694, 796-811, 883-898, et tome 17, novembre 1898 – novembre 1899, pp. 16-30.

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Gabriel, « La synthèse du droit international privé », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°27, 1900, pp. 5-29 et 258-290.

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Gabriel, « Un conflit sur les conflits. Réponse à M. Lainé », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n°29, 1900, pp. 385-404 et 599-611, puis n°30, 1901, pp. 85-109, et n°31, 1902, pp. 184-196, 383-400 et 477-490.

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Gabriel, « Un Sedan juridique. Etude sur le conflit des lois successorales », *Revue de Lille*, novembre 1901 - novembre 1902, tome 20, pp. 832-853.

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Gabriel, « M. Lainé et les lois d'ordre public », *Revue de Lille*, novembre 1902 - octobre 1903, tome 21, pp. 699-713 et 801-821.

WÄCHTER (VON), Carl Georg, « Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten », *Archiv für die Civilistische Praxis*, n°24, 1841, pp. 230-311, puis n°25, 1842, pp. 1-60, 161-200, 361-419.

WEISS, André, « Le Code civil et le conflit de lois », *Livre du Centenaire du Code civil (1804-1904)*, Paris, 1904, rééd. Paris, 2004, pp. 249-262.

B. JURISPRUDENCE

DALLOZ, Armand, DALLOZ, Désiré, *et alii*, *Jurisprudence générale du royaume, recueil périodique et critique de législation, doctrine et jurisprudence*, Paris, 1824-... [= Dalloz Périodique]

DALLOZ, Armand, DALLOZ, Désiré, *et alii*, *Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 44 tomes en 50 volumes, Paris, 1846-1873. [=Répertoire Dalloz]

Gazette des Tribunaux, Journal de jurisprudence et des débats judiciaires, Paris, 1825-1955.

Gazette judiciaire et commerciale de Lyon, Lyon, 1899-1955.

Journal du droit international privé (Clunet), Paris, 1874-...

Journal du Palais, Paris, 1801-1923.

La gazette du Palais, Paris, 1886-...

MERLIN (DE DOUAI), Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 13 volumes, 3^e édition, Paris, 1807-1809.

MERLIN (DE DOUAI), Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 17 volumes, 4^e édition, Paris, 1812-1825.

MERLIN (DE DOUAI), Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 17 volumes, 5^e édition, Paris, 1827-1828.

MERLIN (DE DOUAI), Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 8 volumes, 4^e édition, Paris, 1827-1830.

Nouvelle revue de droit international privé, sous la direction d'Albert de Geouffre de la Pradelle et de Paul Goulé, Paris, 1934-1949.

Revue critique de législation et de jurisprudence, Paris, 1851-1939.

Revue critique de droit international privé, Paris, 1934-...

Revue de droit international et de législation comparée, Bruxelles, etc., 1869-1940.

Revue de droit international privé, Paris, 1905-1933.

SIREY, Jean-Baptiste, *et alii*, *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Paris, 1791-1950. [= Recueil Sirey]

C. DICTIONNAIRES ET REPERTOIRES

VINCENT, René et PENAUD, Edouard, *Dictionnaire de droit international privé. Législation, doctrine, jurisprudence françaises*, Paris, 1888.

D. RECUEILS DE LOIS

CODE CIVIL DES FRANÇAIS, Imprimerie de la République, Paris, 1804.

CODE DE COMMERCE, Paris, Imprimerie impériale, 1807.

CODE DE PROCEDURE CIVILE, Imprimerie ordinaire du Corps Législatif, Paris, 1806.

DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat, de 1788 à 1830*, 2^e édition, Paris, 1834.

FENET, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836.

HALPHEN, Achille-Edmond, *Recueil des lois, décrets, ordonnances concernant les Israélites*, Paris, 1851.

ISAMBERT, François-André, *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, vingt-neuf volumes, Paris, 1821-1833.

LOCRE, Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827.

SOURCES CONTEMPORAINES

I - Monographies

- ALTEROCHE (D^o), Bernard, *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au Royaume, XI^e-XV^e siècle*, Paris, 2002.
- ANCEL, Baudouin, *Genèse et développements de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil sur les lois de police et de sûreté, XVIII^e-XIX^e siècles*, Master 2 Histoire du Droit, Paris II Panthéon-Assas, 2007.
- ANCEL, Bertrand, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, thèse, Paris, 1977.
- ANCEL, Bertrand, *Eléments d'Histoire du droit international privé*, Paris, 2017.
- ANCEL, Bertrand, et LEQUETTE, Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e édition, 2006.
- AUDIT, Bernard et AVOUT (D^o), Louis, *Droit international privé*, 10^e édition, 2018.
- AUDREN, Frédéric, et HALPERIN, Jean-Louis, *La culture juridique française : entre mythes et réalités : XIX^e-XX^e siècles*, Paris, 2013.
- AVOUT (D^o), Louis *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Paris, 2006.
- BANU, Roxana, *Nineteenth Century Perspectives on Private International Law*, Oxford, 2018.
- BART, Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e édition, 2009.
- BARTIN, Etienne, *Principes du droit international privé*, Paris, 1930-1935.
- Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, sous la direction de Danilo Segoloni, deux volumes, Milan, 1962.
- BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte, *Aux origines de l'Etat moderne : Charles Loyseau, 1564-1627, théoricien de la puissance publique*, Paris, 1977.
- BATIFFOL, Henri, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, thèse, Paris, 1929.
- BATIFFOL, HENRI, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, réédition présentée par Yves Lequette, Paris, Dalloz, 2002.
- BATIFFOL, Henri et LAGARDE, Paul, *Traité de Droit international privé*, tome 1^{er}, 8^{ème} édition, 1993.
- BEGOU-LE GUEULT, Michèle, *Recherches sur les origines doctrinales des alinéas 1 et 2 de l'article 3 du Code civil*, mémoire dact., Rouen, 1970.
- BEGOU-LE GUEULT, Michèle, *Recherches sur les origines jurisprudentielles des alinéas 1 et 2 de l'article 3 du Code civil*, Paris, 1972.
- BELLIS, Kouroch, *Système de l'obligation naturelle*, thèse Paris II, soutenue le 29 mars 2018.
- BEZEMER, Cornelis (Kees) H., *Les répétitions de Jacques de Révigny : recherches sur la répétition comme forme d'enseignement juridique et comme genre littéraire*, Leyde, 1987.

- BLOQUET, Sylvain, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, Paris, 2017.
- BODEN, Didier, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, thèse Paris 1, 2002.
- BONNECASE, Julien, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e édition, Paris, 1924.
- BONNECASE, Julien, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, 1933.
- BRANTS, Victor, *La faculté de droit de Louvain à travers cinq siècles (1426-1906)*, Louvain-Paris, 1906.
- BRITZ, Jacques, *Histoire de la législation et de la jurisprudence des provinces belgiques depuis le V^e siècle jusqu'à ce jour*, Bruxelles, 1847.
- BUREAU, Dominique et MUIR WATT, Horatia, *Droit international privé*, 4^e édition, 2017.
- CADIOU, Pierre, *Bertrand d'Argentré, pamphlétaire de l'histoire de Bretagne et doctrinaire des statuts*, thèse Rennes 1, 1974.
- CAILLEMER, Robert, *Études sur la confiscation et l'administration des successions par les pouvoirs publics au Moyen-Âge*, Lyon, 1901.
- CALASSO, Francesco, *Medio Evo del Diritto*, Milan, 1954.
- CARBASSE, Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e édition refondue, Paris, 2006.
- CARBASSE, Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e édition refondue, Paris, 2014.
- CASTALDO, André et MAUSEN, Yves, *Introduction historique au droit*, 4^e édition, Paris, 2013.
- CEREZE, Constance, *La responsabilité des parents du fait de leurs enfants du XVI^e au XIX^e siècle*, thèse Paris II, soutenue le 23 avril 2013.
- CHIAPPELLI, Luigi, *Vita e opere giuridiche di Cino da Pistoia*, Pistoia, 1881.
- CHIAPPELLI, Luigi, *Cino da Pistoia giurista. Gli scritti del 1881 e del 1910-1911*, Pistoia, 1999.
- CORTESE, Ennio, *Il rinascimento giuridico medievale*, 2^e édition, Rome, 1996.
- CORTESE, Ennio, *Il diritto nella storia medievale*, deux volumes, Rome, 1996-1999.
- DAUCHY, Serge et DEMARS-SION, Véronique, *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Paris, 2005.
- DE VOOGD Christophe, *Histoire des Pays-Bas des origines à nos jours*, Paris, 2003.
- DELAUME, Georges-René, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, thèse, Paris, 1947.
- DEMARS-SION, Véronique, *La contribution de Louis Boullenois à la théorie des statuts à travers la sixième question des Démissions de biens (1727)*, Mémoire pour le D.E.A. « Structures fondamentales du Droit », Lille II, 1976.
- DEROUSSIN, David, *Histoire du droit privé (XVI^e-XXI^e siècle)*, Paris, 2010.
- DEROUSSIN, David, *Histoire du droit des obligations*, 2^e édition, Paris, 2012.
- DESCAMPS, Olivier, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, 2005.

- DESRAYAUD, Alain, *Les secondes noces dans l'ancien droit français (XIII^e-XVIII^e s.)*, thèse Paris II, 1984.
- DUMOULIN, Franz-Joseph, *Philippe de Renusson und das französische International-Privatrecht des 17. Jahrhunderts*, Cologne, 1958.
- DUPUIS-BERRUX, Marjorie, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, 2012.
- EDWARDS, Basil A., *The Selective Paul Voet : being a translation of those sections regarded as relevant to the modern conflict of laws, of the De Statutis eorumque concursu liber singularis (Amstelodami, 1661), as a single book on statutes and their concurrence : an abridgment (Fundamina, n° spécial, volume 13, n°1)*, 2007.
- FALELAVAKI, Yannick, *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, thèse Rennes I, soutenue le 22 novembre 2016.
- FEENSTRA, Robert et WAAL, C.J.D., *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law : a study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam-Oxford, 1975.
- FILHOL, René, *Le premier président Christofle de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, 1937.
- FOUSSARD, Dominique, *Recherches sur les conflits de statuts relatifs à l'incapacité velléienne, XVII^e-XVIII^e siècles*, Mémoire de DES, Caen, 1972.
- FRANCESCAKIS, Phocion, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958.
- FREYRIA, Charles, *La loi applicable aux successions mobilières en droit international privé : la maxime mobilia sequuntur personam*, Lille, 1946.
- GAMILLSCHEG, Franz, *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Tübingen, 1955.
- GANE, Percival, *The Jurisprudence of My Time* (traduction anglaise du *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* de Ulrich Huber), Durban, 1939.
- GANE, Percival, *The Selective Voet : Being Selections on the Pandects*, 8 volumes, Durban 1955-1958.
- GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident*, Paris, 1987.
- GAUDEMET, Jean et CHEVREAU, Emmanuelle, *Droit privé romain*, 3^e édition, Paris, 2009.
- GAUDEMET-TALLON, Hélène, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil. Contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, Travaux et recherches sur la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, série « Droit privé », n°1, Paris, 1964.
- GILARDEAU, Eric, *L'ordre public dans la jurisprudence civile d'après les arrêtistes (Bas Moyen-Âge-XVIII^e siècle)*, thèse Paris XII, 2000.
- GIRARD, Paul-Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^{ème} édition, Paris, 1906.
- GRAULICH, Paul, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Liège, 1978.
- GRAVESON, Ronald Harry, *Status in the Common Law*, Londres, 1953.
- GROSSI, Paolo, *L'Europe du Droit*, Paris, 2011.
- GRUBER-MAGITOT, Stéphane, *Les conflits de coutumes en matière de contrats dans la jurisprudence des Parlements, de Dumoulin au Code civil*, Travaux et recherches de l'Université de droit de Paris, Paris, 1980.

- GUTZWILLER, Max, *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des internationalen Privatrechts*, Fribourg, 1923.
- GUTZWILLER, Max, *Geschichte des Internationalprivatrechts von den Anfängen bis zu den grossen Privatrechtskodifikationen*, Bâle/Stuttgart, 1977.
- HAGGENMACHER, Peter, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, 1983.
- HAKIM, Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, 2002.
- HALPERIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992.
- HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1^{ère} édition, 1996.
- HALPERIN, Jean-Louis, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999.
- HALPERIN, Jean-Louis, *Le Code civil*, Paris, 2003.
- HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, 2005.
- HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^e édition, Paris, 2018.
- HARTEMANN, Luc, *L'originalité de la doctrine du président Boubier en droit international privé*, Mémoire D.E.S. Histoire du Droit, Lyon, 1965 (dactylographié).
- HATZIMIHAIL, Nikitas Emmanuel, *Pre-Classical Conflict of Laws, An Essay on the Writing of the History of Private International Law*, Cambridge, Massachussets, 2002.
- HUDAULT, Joseph, *Les conflits de juridictions dans le droit international privé des trois derniers siècles de l'Ancien régime*, Cours de doctorat, Lille, 1970-1971.
- IMBERT, Jean, *Postliminium, étude sur la condition juridique du prisonnier de guerre en droit romain*, Paris, 1944.
- JEAUNEAU, Adeline, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne*, Paris, 2018.
- JAYME, Erik, *Pasquale Stanislao Mancini : il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Padoue, 1988.
- KANTOROWICZ, Hermann, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, deux volumes, Berlin-Leipzig, 1907-1926.
- KNECHT, Roger, *Des conflits des coutumes matrimoniales de Paris et de Normandie à partir du seizième siècle*, Paris, 1909.
- KOLLEWIJN, Roeland Duco, *Geschiedenis van de Nederlandse wetenschap van het International privaatrecht tot 1880*, in *Geschiedenis der Nederlandsche Rechtswetenschap, deel I*, Amsterdam, 1937.
- KRYNEN, Jacques et D'ALTEROCHE, Bernard, *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, 2014.
- LABORDERIE, Pierre, *Quelques réflexions sur l'influence de Dumoulin sur l'histoire du droit français*, Paris, 1908.
- LAINGUI, André, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit : XVI^e-XVIII^e siècle*, Paris, 1970.
- LA LANDE DE CALAN (DE), Charles, *Bertrand d'Argentré, ses doctrines juridiques et leur influence*, Paris, 1892.
- LAURENT-BONNE, Nicolas, *Aux origines de la liberté de disposer entre époux*, Paris, 2014.

- LE BRAS, Gabriel, *La police religieuse dans l'ancienne France*, Paris, 2010.
- LEE, Robert Warden, *Introduction to Roman Dutch Law*, 5^e édition, Oxford, 1953.
- LEFEBVRE, Charles, *Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit et de Normandie*, Paris, 1912.
- LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *La société anonyme au XIX^e siècle : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris, 1985.
- LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, 1996.
- LEMARIGNIER, Bertrand, *La conférence des avocats et les conflits de statuts concernant les effets du mariage au début du XVIII^e siècle*, Paris, 1961.
- LEMONNIER-LESAGE, Virginie, *Le statut de la femme mariée dans la Normandie coutumière. Droit et pratique dans la généralité de Rouen*, Clermont-Ferrand, 2005.
- LEUWERS, Hervé, *Un juriste en politique : Merlin de Douai (1754-1838)*, Arras, 1996.
- LEVASSEUR, Georges, *La détermination du domicile en droit international privé*, thèse, Paris, 1931.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE, Paul, *Précis de droit international privé*, 3^e édition, Paris, 1937.
- LEVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, 1^{ère} édition, Paris, 2002.
- LEVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} édition, Paris, 2010.
- LE YONCOURT, Tiphaine, MERGEY, Anthony et SOLEIL, Sylvain (dir.), *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, Rennes, 2014.
- Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, éd. Johan ERAUW, Boudewijn BOUCKAERT, Hubert BOCKEN, Helmut GAUS et Marcel STORME, Bruxelles, 1989.
- LOUSSOUARN, Yvon, BOUREL, Pierre et VAREILLES SOMMIERES (DE), Pascal, *Droit international privé*, 10^e édition, 2013.
- MAURY, Jacques, *L'éviction de la loi normalement compétente. L'ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.
- MAYALI, Laurent, *Droit savant et coutumes. L'exclusion des filles dotées, XII^e – XV^e siècle*, Francfort (*Ius commune. Sonderhefte 33*), 1987.
- MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, Léon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e édition, Paris, 1965.
- MEIJERS, Eduard-Maurits, *Etudes d'Histoire du droit*, publiées par R. FEENSTRA et H.F.W.D. FISCHER, quatre tomes, Leyde, 1956.
- MEIJERS, Eduard-Maurits, *Etudes d'Histoire du droit international privé*, traduction française par Pierre-Clément TIMBAL et Josette METMAN, Paris, 1967.
- MIOREC DE Kerdanet, Daniel-Louis, *Histoire de Bertrand d'Argentré*, Brest, 1852.
- MÜLLER, Wolfgang P., *Huguccio, the life, works, and thought of a twelfth-century jurist*, Washington, 1994.

- MURA, Eloisa, *All'ombra di Mancini. La disciplina internazionalistica in Italia ai suoi albori*, 2017.
- MURA, Eloisa, *Mancini in cattedra. Le lezioni torinesi di diritto internazionale del 1850-51 e 1851-52*, Pise, 2018.
- NEUMEYER, Karl, *Die Gemeine rechtliche Entwicklung des internationalen Privat und Staufrecht bis Bartolus*, 2 vol., 1901-1916.
- NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (DE), Géraud, *Droit international privé*, 6^e édition, 2017.
- NORD, Nicolas, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse Strasbourg III, 2003.
- OLIVIER-MARTIN, François, *La police économique sous l'Ancien Régime, Cours d'Histoire du droit public, DES Droit public, 1944-1945*, Paris, 1945.
- ONCLIN, Willy, *De territoriali vel personali legis indole. Historia doctrinae et disciplina Codici iuris canonici*, Gembloux, 1938.
- PACELLI, Eugenio, *La personalità et la territorialité des lois particulièrement dans le droit canon, étude historique-juridique*, Rome, 1945.
- PARIS, Axelle, *Nullités relatives et nullités absolues, histoire d'une distinction, XVII^e-XIX^e siècle*, Mémoire DEA Histoire du Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 1999.
- PEGUERA-POCH, Marta, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, accessible par Internet : <http://books.openedition.org/puam/885>.
- PISSARD, Hippolyte, *La clameur de haro dans le droit normand*, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit normand », Caen, 1911.
- RANCHON, Robert, *Du régime de la dot en Normandie*, Paris, 1897.
- REMY, Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police*, Paris, 2008.
- RICHARD, Hugues, *Recherches sur le domicile dans le droit bourguignon des deux derniers siècles de l'Ancien Régime*, Mémoire DES, Dijon, 1973.
- ROULAND, Grégory, *La responsabilité civile en Normandie au XVIII^e siècle d'après la jurisprudence du Parlement de Rouen*, Thèse Paris II, soutenue le 28 octobre 2008.
- ROYER, Jean-Pierre, *Histoire de la justice en France*, 3^e édition, Paris, 2001.
- Sesto centenario della morte di Baldo degli Ubaldi, 1400-2000*, sous la direction de Carla FROVA, Université de Pérouse, 2005.
- SIRI, Luc, *L'apport des canonistes médiévaux à la solution des conflits de lois*, Mémoire de DEA d'Histoire du Droit, Paris II, sous la direction du Professeur Anne Lefebvre-Teillard, 2005.
- SIRI, Luc, *Les conflits de lois du XII^e au XVIII^e siècle*, thèse Paris II, sous la direction du Professeur Anne Lefebvre-Teillard, 2011.
- SOETERMEER, Franck, *Pierre de Belleperche, Portrait of a Legal Puritan*, Francfort, 2005.

SOLEIL, Sylvain, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, 2014.

SUIJLING, Johannes Philippus, *De Statutentheorie in Nederland gedurende de XVIIde eeuw*, thèse, Utrecht, 1893.

SZRAMKIEWICZ, Romuald et DESCAMPS, Olivier, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., Paris, 2013.

THIREAU, Jean-Louis, *Charles Du Moulin, 1500-1566. Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques de la Renaissance*, Genève, 1980.

THIREAU, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, Paris, 2001.

TIMBAL, Pierre-Clément *La coutume*, cours d'Histoire du droit privé, D.E.S. Histoire du droit, Faculté de droit de Paris, 1958-1959.

TIMBAL, Pierre-Clément, *Les obligations contractuelles dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles d'après la jurisprudence du Parlement*, Paris, 1973.

VAN DE KAMP, Joseph L. J., *Bartolo da Sassoferrato*, Urbino, 1935.

VAN DE KAMP, Joseph L. J., *Bartolus de Saxoferrato, 1313-1357, leven, werken, invloed, betekenis*, Amsterdam et Paris, 1936.

VANDER ELST, Raymond, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, tome 1, Caractères généraux, Bruxelles et Paris, 1956.

VON BAR, Christian et DOPFFEL, Peter, *Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert*, volumes 1 et 2, Tubingue, 1995 et 2001.

VON KEMPIS, Karl, *Andreas Gaill (1526-1587), Zum Leben und Werk eines Juristen der frühen Neuzeit*, Francfort, 1998.

WAREMBOURG, Nicolas, *Guy Coquille et le droit français. Le droit commun coutumier dans la doctrine juridique du XVI^e siècle*, thèse Lille II, 9 mai 2005.

WATSON, Alan, *Joseph Story and the Comity of Errors*, Athens, 1992.

WESSELS, Johannes Wilhelmus, *History of the Roman-Dutch Law*, Grahamstown, 1908.

II – Articles

ALLEN, Carleton Kemp, « Status and capacity », *Law Quarterly Review*, n°46, 1930, pp. 277-310.

ALPA, Guido, « Le Code civil et l'Italie », *Revue internationale de droit comparé*, n°57-3, 2005, pp. 571-625.

ANCEL, Bertrand, « Le statut de la femme du polygame », *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations internationales. Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 (Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé)*, Paris, 1993, pp. 105-123.

ANCEL, Bertrand, « Destinées de l'article 3 du Code civil », *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 1-18.

ANCEL, Bertrand, « El reglamento Roma II : Apreciación de conjunto », *Anuario español de derecho internacional privado*, n°VII, 2007, pp. 607-624.

ANCEL, Bertrand, « Le commentaire de Bartole *ad legem Cunctos Populos* sur la glose *Quod si Bononiensis*, mis en français », *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, 2009, pp. 53-74.

ANCEL, Bertrand, « Conflit de coutumes et théorie des statuts », *La Coutume dans tous ses états. Actes du colloque international de Clermont organisé du 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du cinq-centième anniversaire de la rédaction de la Coutume d'Auvergne*, sous la direction de Florent Garnier et de Jacqueline Vendrand-Voyer, Paris, 2013.

ANCEL, Bertrand, « Les Conclusions sur les statuts et coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français », *Revue critique de Droit international privé*, n°100, 2011, 1, pp. 21-38.

ANCEL, Bertrand, « La lectura de Balde sur *Cunctos populos*, traduite en français », *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris, 2015, pp. 1-16.

ANCEL, Bertrand, « La Grande Guerre et le droit international privé au travers des revues françaises », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°35, 2015, pp. 101-115.

ANCEL, Bertrand, « Une histoire commune peu commune : le droit international privé en France et en République dominicaine », *Revue critique de Droit international privé*, 2017, n°3, pp. 373-380.

ANCEL, Bertrand et MUIR WATT, Horatia, « Annotations sur la consultation 53 de Du Moulin traduite en français », *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, 2008, pp. 1-19.

ANCEL, Bertrand et MUIR WATT, Horatia, « Du statut prohibitif (droit savant et tendances régressives) », *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, 2009, pp. 7-31.

ANCEL, Bertrand et MUIR WATT, Horatia, « Du conflit des lois différentes dans des Etats différents », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, 2009, pp. 1-21.

ANKUM, Hans, « Études sur le statut juridique des enfants mineurs dans l'histoire du droit privé néerlandais à partir du treizième siècle, I, Cessation de la minorité », *TVR*, n°44, 1976, pp. 291-335.

ANKUM, Hans, « Études sur le statut juridique des enfants mineurs dans l'histoire du droit privé néerlandais à partir du treizième siècle, II et III, Puissance parentale et tutelle », *TVR*, n°45, 1977, pp. 117-153.

ANKUM, Hans, « Études sur le statut juridique des enfants mineurs dans l'histoire du droit privé néerlandais à partir du treizième siècle, IV, A, 1, Le mariage et les conventions matrimoniales des mineurs », *TVR*, n°46, 1978, pp. 203-249.

ANKUM, Hans, « Etudes sur le statut juridique des enfants mineurs dans l'histoire du droit privé néerlandais à partir du treizième siècle : testaments et procédures civiles des mineurs », IV A, 2 et 3, *TVR*, 1979, vol. 47, § 2, n°62, pp. 295-298.

ASCHERI, Mario, « Formes du droit dans l'Italie communale : les statuts », *Médiévales*, 2000, volume 19, n° 39, pp. 137-152.

ASHMANN, Margreet, « Teaching the *jus bodiernum* : legal education of advocates in the Northern Netherlands (1575-1700) », *TVR*, n°65, 1997, pp. 423-457.

AUDREN, Frédéric, « Le « moment 1900 » dans l'histoire de la science juridique française », in Olivier JOUANJAN et Élisabeth ZOLLER (dir.), *Le « moment 1900 », critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, 2015, pp. 55-74.

AVOUT (D^o), Louis, « Les lois de police », in Tristan AZZI et Olivera BOSKOVIC, *Quel avenir pour la théorie générale de conflits de lois ?*, Bruxelles, 2015, pp. 91-121.

AZIMI, Vida, « L'étranger sous la Révolution », *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Orléans, 1988, tome II, pp. 699-705.

BALLARINO, Tito, « La traduction italienne du *Droit civil international* », *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, Bruxelles, 1989, pp. 669-678.

BARBEY, Jean, « Le sort du système de d'Argentré », *RHD*, 1940-1941, pp. 397-411.

BARENOT, Pierre-Nicolas et HAKIM, Nader, « La jurisprudence et la doctrine, retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°41, 2012, pp. 251-297.

BART, Jean, « Coutume et droit romain dans la doctrine bourguignonne du XVIII^e siècle », *MSHDB*, n°28, 1967, pp. 141-171.

BART, Jean, « Le Code Napoléon, un code à vocation européenne », in Jean-Philippe DUNAND et Bénédicte WINIGER, *Le code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004*, Bruxelles, 2005.

BATIFFOL, Henri et FRANCESKAKIS, Phocion, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Revue critique de droit international privé*, n°48, 1959, pp. 259-276.

BELLONI, Annalisa, *Professori giuristi a Padova nel secolo XV*, « Ius Commune », Francfort, 1986, pp. 128-131.

BONNICHON, André, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Revue critique de droit international privé*, 1949, pp. 615-635, et 1950, pp. 11-32.

BOUCHER, Charles, « La Conférence des avocats et le droit international privé au XVIII^e siècle », *Journal du droit international privé (Clunet)*, tome 62, 1935, pp. 44-58.

BOULET-SAUTEL, Marguerite, « Police et administration en France à la fin de l'Ancien Régime : observations terminologiques », in Werner PARAVICINI et Karl-Ferdinand WERNER (dir.), *Histoire comparée de l'administration, IV^e-XVIII^e siècles, Actes du XIV^e colloque historique franco-allemand de Tours, 27 mars-1^{er} avril 1977*, Munich, 1980, pp. 47-51.

BOSSUAT, André, « L'idée de "nation" et la jurisprudence du Parlement de Paris au XV^e siècle », *Revue historique*, 1950, 74^e année, t. 204, pp. 54-61.

BRAND, Hanno, « Les élites de Leyde et leurs familles à la fin du Moyen-Âge : morphologie, rapports et structures », *Revue historique*, 2001-3, n°619, pp. 603-638.

BRITZ, Jacques, « Etude sur les jurisconsultes belges : Pierre Stockmans, d'Anvers », *Revue de droit français et étranger*, 1844, Paris, volume I, pp. 699-707 et 770-789.

BRITZ, Jacques, « Etude sur les jurisconsultes belges : Pierre Stockmans, d'Anvers », *Revue des revues de droit*, Bruxelles, 1844, volume VII, pp. 347-361.

CAILLEMER, Exupère, « Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du Droit civil », *Livre du Centenaire du Code civil (1804-1904)*, Paris, 1904, rééd. Paris, 2004, pp. 1077-1108.

CARBONNIER, Jean, « Du Moulin à Tubingue », *Revue général du droit*, 1936, pp. 194-209.

CAREY MILLER, David L., « Hugo Grotius : born 1583 – The lasting impact of a man of the seventeenth century », *Acta Juridica*, 1882, pp. 66-98.

CHARMONT, Joseph et CHAUSSE, Arthur, « Les interprètes du Code civil », *Livre du centenaire du Code civil (1804-1904)*, Paris, 1904, rééd. Paris, 2004, pp. 131-172.

CHENE, Christian, « L'arrestographie, science fort douteuse », *Mémoires et travaux de la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, Montpellier, 1985, pp. 179-187.

DAUCHY, Serge, « L'arrestographie, science vraiment douteuse », *Sartoniana*, Sarton Chair of History of sciences, Université de Gand, n°23, 2010, pp. 87-100.

DAVID, Jacqueline, « La participation des gens du roi à la police du royaume pendant l'Ancien Régime », in Jean-Marie CARBASSE (dir.), *Histoire du Parquet*, Paris, 2000, pp. 105-137.

DEROUSSIN, David, « Se survivre à soi-même. Le *Cours de droit civil* d'Aubry et Rau », Anne-Sophie CHAMBOST (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris, 2014, pp. 68-92.

DEROUSSIN, David, « Charles Beudant, un juriste libéral », in Eric GASPARINI (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Ganzin*, Paris, 2016, pp. 655-694.

DESRAYAUD, Alain, « Etude exploratoire sur l'effectivité des lois et la souveraineté du roi en droit privé (France, XIII^e-XVIII^e siècle) », *Cuadernos de Historia del Derecho*, 1994, n°1, pp. 139-192.

DOMANSKI, Andrew, « Fundamental principles of law and justice in the opening title of Johannes Voet's *Commentarius ad Pandectas* », *Fundamina*, n°19 (2) 2013, pp. 251-265.

DUCLOS, Marie-Laure, « L'ordonnancement juridique chez Michel Prévost de la Jannès », *Slovenian Law Review*, n°4, 1-2, 2007, pp. 69-86.

DUFOUR, Alfred, « Le Code Napoléon dans l'histoire du droit genevois au XIX^{ème} siècle », *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, 2006, no. I, pp. 18-47.

DUNAND, Jean-Philippe, « Le géant et les nains. Le Code Napoléon comme modèle des codes civils des cantons suisses romans », *Forum Historiae Iuris*, 27 octobre 2005 : <https://forhistiur.de/2005-10-dunand/>

DURAND, Bernard, « La notion de police en France du XVI^e au XVIII^e siècle », in *Policey im Europa der frühen Neuzeit*, Francfort, 1996, pp. 163-211.

DYONET, Nicole « Delamare : du paradigme au concept de police », *Revue historique de droit français et étranger*, 2018, n°2, pp. 279-304.

EDWARDS, A. Basil, « The Appeal to "Ex aequo et bono" in the Seventeenth to Eighteenth Century Conflict of Laws », *Fundamina*, n°2, 1996, pp. 261-284.

EHRENZWEIG, Albert, « The *Lex Fori*, basic Rule in the Conflict of Laws », *Michigan Law Review*, n°5, mars 1960 (n°58), pp. 637-688.

EKELMANS, Marc, « La théorie des droits acquis et son influence en droit international privé belge et français », *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, Bruxelles, 1989, pp. 735-744.

FALLON, Marc, « L'application de l'article 3, alinéa 3, du Code civil par la jurisprudence belge du XIX^e siècle », *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, édité par Johan ERAUW, Boudewijn BOUCKAERT, Hubert BOCKEN, Helmut GAUS et Marcel STORME, Bruxelles, 1989, pp. 765-782.

FALLON, Marc, « L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle », *Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilités et assurances*, Bruxelles, 1994, pp. 159-187.

FEENSTRA, Robert, « A quelle époque les Provinces-Unies sont-elles devenues indépendantes en droit à l'égard du Saint-Empire ? », *TVR*, n°20, 1, 1952, pp. 30-63 et n°20, 2, pp. 182-218.

FEENSTRA, Robert et KLONPMAKER, Henk, « Le statut des étrangers aux Pays-Bas », *Recueils de la Société Jean Bodin*, tome X, *l'Etranger*, deuxième partie, Bruxelles, 1958, XXVII, pp. 333-373.

FEENSTRA, Robert, « L'École de droit d'Orléans au XIII^e siècle et son rayonnement dans l'Europe médiévale », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°13, 1992, pp. 23 et sqq.

FEENSTRA, Robert, « Ten Franeker Law Professors and their bibliography : some results of récent research », *Fundamina*, n°8, 2002, pp. 103-116.

FILHOL, René, « Dumoulin à Montbéliard », *Etudes Noël Didier*, 1960, pp. 111-119.

FILHOL, René, « L'application de l'édit des secondes noces en pays coutumier », *Mélanges Raymond Aubenas, RSHDE*, fasc. IX, Montpellier, 1974, pp. 295-299.

FRANCESCAKIS, Phocion, « Perspectives du droit international privé français actuel. A propos de la deuxième édition du Traité de M. Henri Batiffol », *Revue internationale de droit comparé*, n°7-2, avril-juin 1955, pp. 349-360.

FRANCESCAKIS, Phocion, « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Jacques Maury*, t. 1, 1961, pp. 113-152.

FRANCESCAKIS, Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue critique de droit international privé*, n°55, 1966, pp. 1-18.

FRANCESCAKIS, Phocion, « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1967, pp. 691-698.

FRANCESCAKIS, Phocion, v° « Conflits de lois (principes généraux) », *Répertoire Dalloz de droit international privé*, 1^{ère} édition, tome 1^{er}, Paris, 1968, n°89-149, pp. 477-481.

FRANCESCAKIS, Phocion, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 27-30e années, 1966-1969, Paris, 1970, pp. 149-178.

GAUDEMET, Jean, « *Utilitas publica* », *RHD*, n°29, 1951, pp. 465-499 (repris dans *Études de droit romain*, II, Naples, 1979, pp. 161-197).

GAUDEMET, Jean, « Histoire et système dans la méthode de Savigny », *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, 1982, pp. 117-133.

GENESTAL, Robert, « L'origine et les premiers développements de l'inaliénabilité dotale normande », *Revue historique de droit français et étranger*, 1925, pp. 566-589.

GENESTAL, Robert, « La femme mariée dans l'ancien droit normand », *Revue historique de droit français et étranger*, 1930, pp. 472-505.

GENIN, Vincent, « L'institutionnalisation du droit international comme phénomène transnational (1869–1873). Les réseaux européens de Gustave Rolin-Jaequemyns », *Journal of the History of International Law*, n°18, 2016, pp. 181–196.

GETMAN-PAVLOVA, Irina, « The concept of « comity » in Ulrich Huber's conflict doctrine », [National research university Higher School of Economics, Series : Law, 13/2013](#), pp. 1-21.

GETMAN-PAVLOVA, Irina, « The founders of 16th century belgian realism in private international law doctrine », [Working Papers, Basic Research Program, n°64, « Law », 2016](#), pp. 1-20.

GIBB, Andrew Dewar, « International Private Law in Scotland in 16th and 17th Centuries », *Juridical Review*, n°39, IV, 1927, pp. 369-407.

GIBB, Andrew Dewar, « Le droit International privé en Ecosse au XVI^{ème} et au XVII^{ème} siècles », *Revue de droit international privé*, 1930, pp. 561-598.

GILISSEN, John, « Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII Provinces des Pays-Bas », *TVR*, volume 18, n°1, 1950, pp. 36-67 et n°2, pp. 239-290.

GILISSEN, John, « L'apport de Meijers à l'Histoire du Droit », *TVR*, n°48, 1980, pp. 355-371.

GLASSON, Ernest-Désiré, « Etude historique sur la clameur de haro », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1882, pp. 397-447 et 517-550.

GOTHOT, Pierre, « Simples réflexions à propos de la saga des conflits de lois », *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 343-354.

GOURON, André, « Du nouveau sur Lo Codi », *TVR*, n°43-2, 1975, pp. 271-277.

GOURON, André, « L'auteur et la patrie de la *Summa Trecensis* », *Ius Commune*, n°12, 1984, pp. 1-38.

GOURON, André, « Sur les sources civilistes et la datation des sommes de Rufin et d'Etienne de Tournai », *Bulletin Of Medieval Canonical Law*, n°16, 1986, pp. 55-70.

GOURON, André, « Qui était l'énigmatique maître G. ? », *Journal des savants*, 1990, vol. 3, n° 3-4, pp. 269-289.

GRABOIS, Aryeh, « Une approche canonistique au XII^e siècle à l'égard des *alieni* dans la *societas christiana* : Rufin », *Cristianità ed Europa, miscellanea di studi in onore di Luigi Prosdocimi*, vol. I, tome II, Rome, Fribourg et Vienne, 1994, pp. 497-509.

GRAULICH, Paul, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, Bruxelles et Paris, 1963, pp. 629-644.

GRIMALDI, Michel, « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, n°107, 2003, pp. 80-96.

GUGGENHEIM, Paul, « La souveraineté dans l'histoire du droit des gens. Les conceptions des glossateurs et des commentateurs », *Problèmes de droit des gens : mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, 1964, pp. 134-146.

GUILLOUARD, Louis-Vincent, « De l'origine de la clameur de Haro », *Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie*, Caen, vol. XXVIII, 1872.

GUIZZI, Vincenzo, « Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario », *TVR*, n°37, 1969, pp. 1-46.

HALPERIN, Jean-Louis, « Der Einfluss der deutschen Rechtsliteratur zum Code civil in Frankreich von Lassaulx bis Zachariä », *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, Berlin, 1998, pp. 215-237.

HALPERIN, Jean-Louis, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *Revue internationale de droit comparé*, n°52-4, 2000, pp. 717-731.

HALPERIN, Jean-Louis, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX^e siècle », *Droits*, n°33-1, 2001, pp. 41-52.

HALPERIN, Jean-Louis, « Les interactions au XIX^e siècle entre doctrine allemande et doctrine française en matière de droit international privé », in Jean-François KERVEGAN et Heinz MOHNHAUPT (dir.), *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich/Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, 3^{ème} colloque franco-allemand, La Bussière / Dijon 16-18 septembre 1999, Francfort, 2001.

HALPERIN, Jean-Louis, « Le droit privé de la Révolution, Héritage législatif et héritage idéologique », *Annales historiques de la Révolution Française*, n°328, 2002, pp. 135-151.

HALPERIN, Jean-Louis, « L'histoire de la fabrication du Code, Le Code : Napoléon ? », *Pouvoirs*, n°107, 2003, pp.11-21.

HALPERIN, Jean-Louis, « La place de la jurisprudence dans les revues juridiques en France au XIX^e siècle », in Michael STOLLEIS et Thomas SIMON (dir.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, 2006, pp. 369-383.

HALPERIN, Jean-Louis, « Le recul de l'Ecole historique du droit ou le déclin de la méthode savignienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, n°1, 2009, pp. 101-116.

HATZIMIHAÏL, Nikitas Emmanuel, « Bartolus and the Conflict of Laws », *Revue Hellénique de Droit International*, 2006, vol. 59, p. 11-79.

HUDAULT, Joseph, « Une affaire de droit international privé devant les juridictions de Flandre, L'affaire Beresford (1781) », *Revue du Nord*, tome LIV, n°213, avril-juin 1972, pp. 203-211.

IMBERT, Jean, « La capacité de l'étranger à succéder en France : concession humanitaire ou intéressée (1789-1804) ? », *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, 1991, pp. 179-186.

JANSSENS, Raymond, « Nicolas Bourgoingne - Le Droit international privé », *Pasicrisie belge*, III^e partie, 1906, pp. 1-23.

JESSURUN D'OLIVEIRA, Hans Ulrich, « Principe de nationalité et droit de nationalité. Notes de lecture au sujet du *Droit civil international* de François Laurent », *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, Bruxelles, 1989, pp. 819-836.

JOÛON DES LONGRAIS, Frédéric, « Le « territorialisme » de d'Argentré », *Mélanges offerts au professeur Egawa Hidebomi*, Tokyo, 1962, pp. 81-105.

KAHN, Ellison, « The « Territorial and Comity School » of the Conflict of Laws of the Roman-Dutch Era », *Huldigingsbundel aangebied aan Professor Daniel Pont op sy vyf en seventigste verjaarsdag*, Le Cap, 1970, pp. 225-227.

KAUFMANN, Horst, « Zur Geschichte der internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklausel von den Glossatoren bis Bartolus », *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Francfort, 1972, pp. 66-87.

KEGEL, Gerhard, « Story and Savigny », *American Journal of Comparative Law*, n°37, 1989, pp. 39-66.

KERMABON, Nicolas, « La clameur de haro chez David Houïard. Remarques sur le particularisme juridique des praticiens normands à la fin de l'Ancien Régime », *Cahiers historiques des Annales de droit*, 2012, pp. 245-275.

KIM, Keechang, « L'étranger chez Jean Bodin, l'étranger chez nous », *RHD*, n°76, 1998, pp. 75-92.

KOLKMAN, Wilbert D., « Intestate succession in the Netherlands », in Kenneth REID, Marius DE WAAL, Reinhard ZIMMERMANN, *Comparative Succession Law, volume II : Intestate succession*, pp. 226-227.

KOLLEWIJN, Roeland D., « Quelques considérations à propos de la doctrine de Savigny », *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1968, n°15-3, pp. 237-258.

KRYNEN, Jacques, « Le droit romain, « droit commun de la France » », *Droits*, n°38, 2003-2, pp. 21-36.

LABORDERIE, Pierre, « Un précurseur du droit international privé, Dumoulin et les conflits de lois », *Clunet*, n°39, 1912, pp. 79-84.

LAINE, Armand, « Etude sur le titre préliminaire du projet de révision du Code civil belge », *Bulletin de la Société de législation comparée*, Paris, 1890, pp. 1-121.

LAINE, Armand, « La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé », *Revue de droit international privé*, n°1, 1901, pp. 21-60 et 442-479.

LEFEBVRE, Charles, « L'ancien droit matrimonial de Normandie », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, n°35, 1911, pp. 481-535.

LEFEBVRE, Charles, « Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit », *NRHDFE*, n°35, 1911, pp. 369-432.

LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, « *Ius sanguinis*. L'émergence d'un principe (Eléments d'histoire de la nationalité française) », *Revue critique de droit international privé*, 1993, n°2, pp. 223-250.

LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, « Naissance du droit français : l'apport de la jurisprudence », *Droits*, Naissance du droit français/1, n°38, 2003, pp. 69-82.

LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, « L'autorité de la doctrine en droit canonique classique », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2007, n°27, pp. 443-457.

LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, « Le rôle des canonistes dans la formation d'un « droit commun » romano-canonique », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2008, n°28, pp. 215-222.

LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, « Droit civil et histoire du droit à l'aube du XX^e siècle », *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber amicorum Walter Pintens*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 815-830.

LEMONNIER-LESAGE, Virginie, « Le régime matrimonial normand à l'épreuve des conflits de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Les annales de droit*, n°2, PU Rouen - Le Havre, 2008, pp. 145-158.

LEVELEUX-TEIXEIRA, Corinne, « L'*utilitas publica* des canonistes, un outil de régulation de l'ordre juridique », *RFHIP*, n°32, 2010/2, pp. 259-276.

LEYTE, Guillaume, « Le provincialisme juridique dans la France d'Ancien Régime, quelques remarques », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°23, 2003, pp. 95-117.

LEYTE, Guillaume, « Charondas et le droit français », *Droits*, 2004-1, n°3, pp. 17-34.

LIOTTA, Filippo, « Notizie su Iacopo Baldovini e Bartolomeo da Saliceto », *Studi senesi*, 1964, vol. 13, pp. 501-517.

LLEWELYN DAVIES, David James, « The influence of Huber's *De conflictu legum* on English Private International Law », *British Yearbook of International Law*, 1937, n°18, pp. 49-78.

LORENZEN, Ernest G., « Huber's *De conflictu legum* », *Illinois Law Review*, n°13, 1919, pp. 375-418.

LORENZEN, Ernest G., *Selected Articles on the Conflict of Laws*, New Haven et Londres, 1947.

LORGNIER, Jacques, « Les droits de la femme en « questions », apport des arrêtistes du Parlement de Tournai à la science du droit », in Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, *Les recueils d'arrêts et de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)*, CHJ Lille II, Lille, 2005, pp. 147-218.

MALHERBE, Marc, *La faculté de droit de Bordeaux (1870-1970)*, Bordeaux, 1996.

MATTHYS, Jean-Claude, « La philosophie politique du Marquis de Vareilles-Sommières, doyen de la faculté catholique de droit de Lille », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°14, 1993, pp. 43-91.

MAYALI, Laurent, « La notion de « *statutum odiosum* » dans la doctrine romaniste au Moyen âge », *Ius commune*, XII, 1984, pp. 57-69.

MAYALI, Laurent, « La coutume dans la doctrine romaniste du Moyen Âge », *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, tome LII : La coutume*, Bruxelles, 1990, tome LII, p. 11-31.

MAYER, Pierre, « Les lois de police étrangères », *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1981, pp. 277-345.

MAYER, Pierre, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 129 et suivantes.

MAYER, Pierre, « Les lois de police », *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1988, hors-série, journée du cinquantenaire, pp. 105-120.

MAYER, Pierre, « L'Etat et le droit international privé », *Droits*, n°16, 1992, pp. 33-44.

MEILI, Friedrich, « Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus über san internationales Privat- und Strafrecht », *Niemeyers Zeitschrift für internationales Privatrecht*, 1894, IV, Leipzig, pp. 258-269, 340-346 et 446-455.

MEILI, Friedrich, « Ein Specimen aus der holländischen Schule des internationalen Privatrechts (Ulrichus Huber, 1636-1694) », *Zeitschrift für Internationales Privatrecht*, 7, 1898, p. 189- 200.

MEIJERS, Eduard-Maurits, « Le droit ligurien de succession », *TVR*, n°5, 1924, pp. 1-32, et, n°13, 1932, pp. 129-143.

MEIJERS, Eduard-Maurits, « Introduction à la publication d'œuvres inédites de Balde et de van der Keessel », *Revue critique de droit international privé*, n°35, 1940-1946, pp. 203-219.

MEIJERS, Eduard-Maurits, « L'université d'Orléans au XIII^e siècle », *Études d'histoire du droit*, éd. Robert Feenstra, Leyde, 1959, vol. 3, pp. 3-148.

MEIJERS, Eduard-Maurits, « Balde et le droit international privé », *Etudes d'Histoire du droit*, éd. Robert FEENSTRA et Herman F.W.D. FISCHER, tome IV : Le droit romain au Moyen-Âge, Leyde, 1966, pp. 132 à 139.

MEYLAN, Philippe, « Les statuts réels et personnels dans la doctrine de Du Moulin », *Mélanges Paul Fournier*, Paris, 1929, pp. 511-526.

MEYNIAL, Edmond, « Les recueils d'arrêts et les arrêstistes », *Livre du Centenaire du Code civil (1804-1904)*, Paris, 1904, rééd. Paris, 2004, pp. 175-204.

MICELI, Augusto P., « Bartolus of Sassoferrato », *Louisiana Law Review*, n°37, 1977, pp. 1027-1036.

MICHAELS, Ralf, « Globalizing Savigny ? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization », *Duke Law School Working Paper Series*, n°15, 2005, pp. 1-28.

MUSSET, Jacqueline, « Un célèbre juriconsulte caennais du XIX^e siècle : Demolombe », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1995, n°1, p. 85-91.

NADELMANN, Kurt, « Joseph Story's Contribution to American Conflicts of Law », *American Journal of Legal History*, n°5, 1961, pp. 230-253.

NADELMANN, Kurt, « Wächter's Essay on the collision of private laws of different states », *American Journal of Comparative Law*, 1964, n°13, pp. 414-417.

NAPOLI, Paolo, « « Police » : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime », *Droits*, n°20, 1994, pp. 183-196 et n°21, 1995, pp. 151-160.

NIBOYET, Jean-Paulin, « Froland et le conflit de qualifications », *Revue de droit international privé*, n°1, 1926, pp. 1-25.

NIBOYET, Jean-Paulin, « Considérations sur quelques idées actuelles en France, en matière de conflits de lois », *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, tome II, 1935, pp. 663-680.

NIBOYET, Jean-Paulin, « Le Chancelier d'Aguesseau et le droit international privé », *Revue critique de droit international privé*, n°41, 1952, pp. 35-53.

NYGH, Peter, « The Territorial Origin of English Private International Law », *University of Tasmania Law Review*, 1965, n°2, pp. 28-40.

ONCLIN, Willy, « La contribution du Décret de Gratien et des décrétistes à la solution des conflits de lois », *Studia Gratiana*, n°2, 1954, pp. 115-150.

ONCLIN, Willy, « Le statut des étrangers dans la doctrine canonique médiévale », *Recueils de la Société Jean Bodin, tome X, L'étranger*, II, Bruxelles, 1958, pp. 37-64.

ONCLIN, Willy, « L'idée de la société internationale en Europe Occidentale avant Grotius », *Recueil de la Société Jean Bodin*, tome XV, La Paix, deuxième partie, 1961, pp. 219-239.

ORGEVAL (D^o), Bernard, « La méthode géométrique selon le président Bouhier », *MSHDB*, n°30, 1970-1971, pp. 93-151.

PARADISI, Bruno, « Le glosse di Bartolo da Sassoferrato », *Studi sul Medioevo giuridico*, éd. B. Paradisi, Rome, 1987, pp. 855-896.

PAYEN, Philippe, « Les Joly de Fleury, des juristes éminents au Parlement de Paris », *Droits*, 2004-2 (n° 40), pp. 47-64.

PETT-RENAUD, Sophie, « La notion de police et son usage en France. L'exemple de la ville d'Amiens (XIV^e-XVI^e siècle) », in Corinne LEVELEUX-TEIXEIRA, Anne ROUSSELET-PIMONT, Pierre BONIN et Florent GARNIER (dir.), *Normes et normativité. Etudes d'Histoire du droit offertes à Albert Rigaudière*, Paris, 2009, pp. 127-145.

PLESSIX, Benoît, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, n°38, 2003, pp. 113-133.

PONTAVICE (DU), Emmanuel, « Éloge d'Étienne Bartin », *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de l'université de Clermont*, n°3, 1966, pp. 192-200.

PONTAVICE (DU), Emmanuel, « L'œuvre d'Étienne Bartin », *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de l'université de Clermont*, n°5, 1968, pp. 7-98.

PORTEMER, Jean, « L'étranger dans le droit de la Révolution Française », *Recueils de la société Jean Bodin*, tome IX, « L'étranger », 1^{ère} partie, Bruxelles, 1958, pp. 533-552.

POUDRET, Jean-François, « Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIX^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, n°69, 2001, pp. 41-61.

RAATH, A.W.G., et HENNING, J.J., « Political Covenantalism, sovereignty and the obligatory nature of law : Ulrich Huber's discourse on state authority and democratic universalism », *Journal for Juridical Science*, 29, n°2, pp. 15-55.

RAATH, A.W.G., et HENNING, J.J., « The impact of Scholasticism and Protestantism on Ulrich Huber's views on constitutionalism and tyranny », *Journal for Juridical Science*, 29, n°2, pp. 56-90.

REMY, Philippe, « Eloge de l'Exégèse », *Droits*, 1985, n°1, pp. 155-123.

RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « La disparition du droit des gens classique », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°4, 1987, pp. 23-53.

RICHARD, Hugues, « La place du Président Bouhier dans l'histoire du droit international privé », *MSHDB*, 1973-1974 (n° 32), pp. 140-144.

RICHARD, Hugues, « Esquisse d'histoire du domicile », *Administration et droit, Actes des journées internationales d'histoire du droit, Rennes, 26-29 mai 1994*, Paris, 1996, pp. 156-166.

RICHARD, Hugues, « Le droit international privé dans l'œuvre de Dominique-François de Sohet (1728-1811), juriste liégeois de la fin du XVIII^e siècle », in Jean-Marie CAUCHIES et Serge DAUCHY (dir.), *Personnalité, territorialité et droit, Journées internationales de la Société d'histoire du droit, Bruxelles, 28-31 mai 1998*, Bruxelles, 1999, pp. 179-196.

RIGAUD, Louis, « La contribution des canonistes aux plus anciennes doctrines du droit international privé et l'influence de celui-ci sur le *Codex juris canonici* », *Actes du Congrès de droit canonique. Cinquantenaire de la faculté de droit canonique*, Paris, 1950, pp. 376-386.

RIGAUDIERE, Albert, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°67, 1993, pp. 5-20.

RIGAUDIERE, Albert, « Les ordonnances de police en France à la fin du Moyen-Âge », in Michael STOLLEIS, Karl HÄRTER et Lothar SCHILLING (dir.), *Policey im Europa der frühen Neuzeit*, Francfort, 1996, pp. 97-161.

RIGAUX, François, « Les concepts de souveraineté et de propriété dans la doctrine du XVII^{ème} et du XVIII^{ème} siècle », *Multitudo legum, jus unum : Mélanges en l'honneur de ; essays in honour of ; Festschrift für Wilhelm Wengler*, Berlin, 1973, pp. 351-367.

RIGAUX, François, « Slotrapport/Rapport de synthèse. Pour une relecture de François Laurent en 1987 », *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, Bruxelles, 1989, pp. 663-668.

ROUMY, Franck, « L'ignorance du droit dans la doctrine civiliste des XII^e-XIII^e siècles », *Cahiers de recherches médiévales*, t. VII, 2000, pp. 23-43.

RYGIEL, Philippe, « Les fondateurs de l'institut de droit international et la mondialisation juridique », in François Chaubet (dir.), *Faire l'histoire culturelle de la mondialisation*, Nanterre, 2018, pp. 77-100.

SACCO, Rodolfo, « Modèles français et modèles allemands dans le droit civil italien », *Revue internationale de droit comparé*, n°28-2, avril-juin 1976, pp. 225-234.

SCHULTZ, Thomas, et HOLLOWAY, David, « Retour sur la *comity* : première partie : Les origines de la *comity* au carrefour du Droit international privé et du Droit international public », *Journal du Droit international privé (Clunet)*, 2011, n°4, pp. 863 à 886.

SIEHR, Kurt, « Johann Caspar Bluntschli et le droit des conflits de lois dans le Code civil du Canton de Zürich de 1853-1855 », *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, Bruxelles, 1989, pp. 1017-1038.

- SIRKS, Boudewijn, « Bijniershoek, as author and elegant jurist », *TVR*, n°79, 2001, pp. 229-252.
- SOLEIL, Sylvain, « Les magistrats de second rang et la formation du droit français. Les *Règles du droit français* de Claude Pocquet de Livonnière, conseiller au présidial d'Angers », *Droits*, n°40, 2004-2, pp. 81-96.
- SOLEIL, Sylvain, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Les penseurs du Code civil*, dir. Claude Gauvard, « Histoire de la justice », n°19, Paris, 2009, pp. 225-241.
- SOLMI, Arrigo, « Alberto da Gandino e il diritto statutario del sec. XIII », *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, Turin, 1901, pp. 1-64.
- SORRENTI, Lucia, « Uberto da Bobbio e la giurisdizione sugli scolari. Una quaestio sui limiti di esercizio del foro privilegiato », *Rivista internazionale di Diritto comune*, 1993, n° 4, pp. 211-219.
- STORTI-STORCHI, Claudia, « Aspetti della condizione giuridica dello straniero negli statuti lombardi del secoli XIV-XV », *Archivio storico lombardo*, n°111, 1985, pp. 9-66.
- THIREAU, Jean-Louis, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, nos 10-11, 1990, pp. 153-154.
- TIMBAL, Pierre-Clément, « La confiscation dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles », *RHD*, n°21, 1943, pp. 44-79, et n°22, 1944, pp. 35-60.
- TIMBAL, Pierre-Clément, « La contribution des auteurs et de la pratique coutumière au droit international privé du Moyen-Âge », *RCDIP*, 1955, pp. 17-32.
- THORNE, Samuel Edmund, « Sovereignty and the Conflict of Laws », in *Bartolo da Sassoferrato : Studi e Documenti per il VI Centenario*, volume II, Pérouse, 1962, pp. 673-689.
- ULRICH, Denis, « La répression en Bourgogne au XVIII^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 1972, pp. 398-437.
- VAN HECKE, Georges, « Les projets de titre préliminaire de Laurent et de la Commission de révision », *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, Bruxelles, 1989, pp. 1119-1131.
- VAN HOUTTE, Jean, « Les répercussions de l'économie dirigée sur les institutions de droit privé en Belgique », *Revue économique internationale*, VI, décembre 1936, Bruxelles, 1936, pp. 561-580.
- VAN HOUTTE, Jean, « Les répercussions de l'économie dirigée sur les institutions de droit privé », *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1937, n°4, Bruxelles, 1936, pp. 277-289.
- VAN HOVE, Alfons, « La territorialité et la personnalité des lois en droit canonique depuis Gratien (vers 1140) jusqu'à Jean Andreae († 1348) », *TVR*, n°3, 1922, pp. 277-332.
- VAN HOVE, Alfons, « Leges quae ordini publico consulunt », *Ephemerides Theologicae Lovanienses*, t. I, 1924, pp. 153-167.
- VAN DER KRAAN, Alfons, « Anthony van Diemen : From Bankrupt to Governor-General, 1593-1636 », *The Great Circle, Journal of the Australian Association of Maritime History*, n°26, 2, 2004, pp. 3-23.

VAN DER KRAAN, Alfons, « Anthony van Diemen : Patron of Discovery and Exploration, 1636-45 », *The Great Circle, Journal of the Australian Association of Maritime History*, n°27, 1, 2005, pp. 3-33.

VANDER ELST, Raymond, « Conflits de lois et conflits de souverainetés », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 2 et 3, 1954, pp. 3-21.

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Pascal « La philosophie politique du Marquis de Vareilles-Sommières : une lettre de M. Pascal de Vareilles-Sommières », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°15, 1994, pp. 243-246.

VAREILLES-SOMMIERES (DE), Pascal, « Lois de police et politique législative », *Revue critique de droit international privé*, 2011-2, pp. 207-290.

VEILLON, Didier, « Quelques observations sur le droit commun coutumier français (XVI-XVIII^e siècles) », *Slovenian Law Review*, n°4, 2007, pp. 215-226.

VENDRAND-VOYER, Jacqueline, « Réformation des coutumes et droit romain. Pierre Lizet et la coutume de Berry », *Annales de la faculté de droit et de science politique de Clermont*, n°18, Paris, 1981, pp. 313-381.

VERWILGHEN, Michel, « Contribution à l'étude historique du droit international privé des obligations alimentaires », *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, 1986, pp. 863-883.

VILLERS, Robert, « La condition des étrangers en France dans les trois derniers siècles de la monarchie », *Recueil de la Société Jean Bodin*, tome X, « L'étranger », deux volumes, Bruxelles, 1958, article XXII, pp. 139-150.

VINCENT, Jacqueline, « Douaire préfix et quotité coutumière dans la jurisprudence du Parlement de Paris au XIV^e siècle », *RHD*, n°48, 1970, pp. 568-616.

WAELEKENS, Laurent, *La théorie de la coutume chez J. de Révigny*, Rechtshistorische Studies, n°10, Leyde, 1984.

WAELEKENS, Laurent, « L'influence de l'école de droit d'Orléans sur la doctrine bolonaise à la fin du XIII^e siècle », « *Houd voet bij stuk* ». *Xenia iuris historiae G. van Dievoet oblata*, Leuven, 1990.

WAREMBOURG, Nicolas, « La notion de droit commun dans l'Ancienne France coutumière. Point d'étape », *GLOSSAE, European Journal of Legal History*, n°13, 2016, pp. 670-684.

WAREMBOURG, Nicolas, « Peut-on parler d'« ordre juridique médiéval ? », *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, Paris, 2016, pp. 23-42.

WEILL, Alex, « Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice », *Mélanges Jacques Maury*, tome 1^{er}, Paris, 1960, pp. 545-561.

YNTEMA, Hessel E., « The Comity doctrine », *Von Deutschen zum Europäische Recht. Festschrift für H. Dölle*, vol. II, Tübingen, 1963, pp. 65-86.

YNTEMA, Hessel E., « The Comity doctrine », *Michigan Law Review*, n°65, 1966, pp. 9-32.

YVER, Jean, « La rédaction officielle de la Coutume de Normandie (Rouen, 1583). Son esprit », *Annales de Normandie*, 1986, n°36-1, pp. 3-36.

ZIMMERMAN, Reinhard, « Savigny's legacy, legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science », *Law Quarterly Review*, n°112, 1996, pp. 576-605.

III – Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

ARMINJON, Pierre, « La notion des droits acquis en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, n°44, 1933-IV, pp. 1-110.

BARILE, Giuseppe, « La formation historique du droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tome 116, 1965, pp. 302-381.

BARTIN, Etienne, « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des conflits de lois », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, n°31, 1930-I, pp. 561-622.

BARTIN, Etienne, « Une conception nouvelle de l'empire de la loi locale par opposition à la loi personnelle et à la loi territoriale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, n°52, 1935-II, pp. 583-641.

BUCHER, Andreas, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tome 239, 1993, pp. 9-116.

CATELLANI, Enrico, « Les maîtres de l'Ecole italienne du droit international au XIX^e siècle », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tome 46, 1933-IV, pp. 705-826.

DE NOVA, Rodolfo, « Historical and comparative introduction to conflict of laws », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tome 118, 1966, pp. 441-621.

FEENSTRA, Robert, « Grotius et le droit privé européen », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius : conférences données sous la responsabilité de Félix Ermacora, tome 182, 1983, pp. 453-469.

GUTZWILLER, Max, « Le développement historique du droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tome 29, 1929-IV, pp. 285-400.

HEALY, Thomas H., « Théorie générale de l'ordre public », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 9, 1925-IV, pp. 411-557.

JAYME, Erik, « Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, tome 177, 1982, pp. 9-101.

LAGARDE, Paul, « La réciprocité en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tome 154, 1977, pp. 103-214.

LAGARDE, Paul, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tome 196, 1986, pp. 9-238.

MEIJERS, Eduard-Maurits, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tome 49, 1934-III, pp. 544-686.

PILLET, Antoine, « Théorie continentale des conflits de lois », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 2, 1924-I, pp. 449-482.

PILLET, Antoine, « Théorie générale des droits acquis », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 8, 1925-III, pp. 459-536.

IV – Dictionnaires et notices

Annuaire de l'Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique, Bruxelles, 1905.

Annuario di diritto internazionale, Istituto di diritto internazionale della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Napoli, Naples, 1965-1968.

Biographie nationale de Belgique, sous la direction de l'Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique, vingt-sept volumes, Bruxelles, 1866-1944.

Dictionnaire historique des juristes français, XII^{ème}-XX^{ème} siècle, dir. Patrick ARABEYRE, Jean-Louis HALPERIN et Jacques KRYNEN, 2^{ème} édition, Paris, 2015.

Dizionario biografico degli Italiani, Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Rome, 1960-...

Académie des inscriptions et belles-lettres, *Histoire littéraire de la France*, Paris, 1733-...

Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek, sous la direction de Philip Christiaan Molhuysen et Petrus Johannes Blok, Leyde, dix volumes, Leyde, 1911-1937, accessible à l'adresse suivante : <http://resources.huygens.knaw.nl/retroboeken/nnbw/> - [page=0&accessor=accessor_index&view=homePane](http://resources.huygens.knaw.nl/retroboeken/nnbw/?page=0&accessor=accessor_index&view=homePane).

Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit international privé, sous la direction de Phocion FRANCESCAKIS, 1^{ère} édition, deux volumes, Paris, 1968-1969.

Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit international privé, sous la direction de Paul LAGARDE, Hervé SYNDET, Dominique CARREAU, Annick BERNARD et Catherine BONNAFOUS, 2^{ème} édition, quatre volumes, Paris, 1998-...

Siprojuris, système d'information des professeurs de droit (1804-1950), sous la direction de Bernard HOURS et la responsabilité de Catherine FILLON, 2015-..., base de données accessible à l'adresse suivante : <http://siprojuris.symogih.org/>

ABBONDANZA, Roberto, « Baldovini Iacopo », *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 5, Rome, 1963, pp. 521-525.

BARBICHE, Bernard, « FAVRE, Antoine », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 419-420.

BARTIN, Etienne, « André Weiss », *Journal du droit international privé (Clunet)*, n°55, 1928, pp. 849-852.

« BARTIN, Etienne, Adolphe », *Siprojuris* : <http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/56335/>

- BATIFFOL, Henri, « Étienne Bartin (1860-1948) », *Revue critique de droit international privé*, 1949, p. 2.
- BERGMANS, Paul, « Tulden (van), Théodore », *Biographie nationale de Belgique*, tome 25, Bruxelles, 1932, pp. 833-835.
- BERTRAM, Martin, « Goffredo (da Trani) », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 57, Rome, 2001.
- BONIN, Pierre, « DENISART, Jean-Baptiste », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, 2015, p. 326.
- CALASSO, Francesco, « Bartolo da Sassoferrato », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 6, Rome, 1964.
- CAPITANT, Henri, « Notice sur la vie et les travaux d'André Weiss », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, compte-rendu, 91^e année*, 1931, n°2, pp 10-50.
- CLERE, Jean-Jacques, « ANDRIEUX, François-Guillaume-Jean-Stanislas », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 17.
- CLERE, Jean-Jacques, « BERLIER, Théophile », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 95-97.
- CLERE, Jean-Jacques, « BOULAY DE LA MEURTHE, Antoine-Jacques-Claude-Joseph », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 156-157.
- CLERE, Jean-Jacques, « MERLIN, Philippe-Antoine, dit Merlin de Douai », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 726-728.
- CLERE, Jean-Jacques, « PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 844-846.
- CONTE, Emanuele, « Pillio da Medicina », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 83, Rome, 2015.
- CREPIN, Marie-Yvonne, « ARGENTRE Bertrand (d') », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 22-23.
- DELPLANQUE, Catherine, « PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, dit Portalis l'Ancien », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 829-831.
- DESCAMPS, Olivier, « DAREAU, François », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 305.
- DESCAMPS, Olivier, « PREVOST DE LA JANNES, Michel », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 840-841.
- DEVAUX, Olivier, « CAMBACERES (de), Jean-Jacques-Régis », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 199-200.
- FEENSTRA, Robert, « SALINS (*de Salinis*), Lambert de », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 911-912.
- FEUTRY, David, « JOLY DE FLEURY, Guillaume-François », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 559.

FOURNIER, Paul, « Jean Faure, légiste », *Histoire littéraire de la France*, Paris, 1921, volume 35 (XIV^e siècle), pp. 556-580.

FOUSSARD, Dominique, « Armand Lainé, 1841-1908 », *Galerie des internationalistes francophones*, sur le site de la Société française pour le Droit International (SFDI), septembre 2018 : <http://www.sfdi.org/internationalistes/laine/>.

FULLI-LEMAIRE, Samuel, « Etienne Bartin », in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. A. DE MIGUEL (dir.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar publishing, 2017, pp. 151-157.

GIORDANENGO, Gérard, « PAPE (*Papa* ou *Pape*) Gui », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 791-792.

GUYON, Gérard D., « BIGOT DE PREAMENEU, Félix-Julien-Jean de », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 111-112.

GUYON, Gérard D., « MALLEVILLE, Jacques de » *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 689-691.

HAKIM, Nader, « BAUDRY-LACANTINERIE, Marie-Paul-Gabriel », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 72.

HAKIM, Nader, « DELVINCOURT, Claude-Etienne », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 318-320.

HAKIM, Nader, « DEMANTE, Antoine-Marie », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 320-322.

HAKIM, Nader, « MARCADE, Victor-Napoléon », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 697-699.

HAKIM, Nader, « VALETTE, Claude-Denis-Auguste », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 993-994.

HALPERIN, Jean-Louis, « AUBRY, Charles », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 28-29.

HALPERIN, Jean-Louis, « BARTIN, Etienne », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 58.

HALPERIN, Jean-Louis, « BEUDANT, Léon-Charles-Adolphe », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 108.

HALPERIN, Jean-Louis, « DEMANGEAT, Charles », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 320.

HALPERIN, Jean-Louis, « DURANTON, Alexandre », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 387-388.

HALPERIN, Jean-Louis, « DUVERGIER, Jean-Baptiste », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 398.

HALPERIN, Jean-Louis, « FOELIX, Jean-Jacques-Gaspard », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 437-438.

HALPERIN, Jean-Louis, « GRENIER, Jean », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 501-502.

HALPERIN, Jean-Louis, « GUYOT, Joseph-Nicolas », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 512-513.

HALPERIN, Jean-Louis, « LAINE, Jules-Armand », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 592-593.

HALPERIN, Jean-Louis, « LOCRE, Jean-Guillaume », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 671.

HALPERIN, Jean-Louis, « MASSE, Gabriel », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, p. 708.

HALPERIN, Jean-Louis, « PILLET, Antoine-Louis », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 816.

HALPERIN, Jean-Louis, « RAU, Frédéric-Charles », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 853-854.

HALPERIN, Jean-Louis, « TOULLIER, Charles-Bonaventure », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 973-974.

HALPERIN, Jean-Louis, « TRONCHET, François-Denis », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 981-983.

HALPERIN, Jean-Louis, « VAREILLES-SOMMIERES (Marie, Gabriel, André DE LA BROÛE, vicomte DE), *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 996-997.

HALPERIN, Jean-Louis, « WEISS, Charles-André », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 1015.

KLEINER, Caroline, « Etienne Bartin (1860-1948) », *Galerie des internationalistes francophones*, sur le site de la Société française pour le Droit International (SFDI), s. d. : <http://www.sfdi.org/internationalistes/bartin/>

LAMEERE, Jules, « Notice sur François Laurent », *Annuaire de l'Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique*, Bruxelles, 1905, pp. 191-354.

LE BERRE, Christophe, « Sélection de notices nécrologiques des professeurs de droit sous la III^e République », *RHFD*, n°32, 2012, pp. 239-33.

LE GALL, Yvon, « LE CARON, Louis », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 625-628.

LEMONNIER-LESAGE, Virginie, « SORIN DE LESSAY, Tanneguy », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 939.

LIOTTA, Filippo, « Martino Del Cassero », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 36, Rome, 1988.

MALHERBE, Marc, *La faculté de droit de Bordeaux (1870-1970)*, Bordeaux, 1996, Biographie des enseignants, pp. 259-436.

MAZZANTI, Giuseppe, « Guido da Suzzara », *Dizionario Biografico degli Italiani*, volume 61, Rome, 2004.

MOREAU-DAVID, Jacqueline, « FERRIERE, Claude de » et « FERRIERE, Claude-Joseph de », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, 2015, pp. 423-425.

MUSSET, Jacqueline, « DEMOLOMBE, Jean-Charles », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 324-325.

NIBOYET, Jean-Paulin, « Antoine Pillet, 1857-1926 », *Revue de droit international et de législation comparée*, 3^e série, tome VIII, 54^e année, 1927, pp. 23-32.

NIBOYET, Jean-Paulin, « Trois jurisconsultes. Antoine Pillet †1926. André Weiss †1928. Camille Jordan †1929 », *Revue de droit international privé*, n°24, 1929, pp. 577-591.

PENNINGTON, Kenneth, « Enrico da Susa, detto l'Ostiense (Hostiensis, Henricus de Segusio o Segusia) », *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 42, Rome, 1993, pp. 758-763.

PETTJEAN, Michel, « BONNOT (Bouvot), Job », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p.141.

PETTJEAN, Michel, « BOUHIER, Jean, dit le président Bouhier », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 152-153.

PICARD, Maurice, « Étienne Bartin », *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1949, pp. 3-7.

PIERGIOVANNI, Vito, « Alderano Mascardi », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 71, Rome, 2008.

« PILLET, Antoine, Louis », *Siprojuris* : <http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/50079>.

POUMAREDE, Jacques, « HUC, Théophile-Louis-Étienne », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 537-538.

QUAGLIONI, Diego, « Alberto Gandino », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 52, Rome, 1999.

RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « BIGNON, Jérôme », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 110-111.

RENOUX-ZAGAME, Marie-France « SERVIN, Louis », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 928-929.

RICHARD, Hugues, « BOULLENOIS, Louis », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 158-159.

RICHARD, Hugues, « GRIVEL, Jean, Seigneur de Perrigny », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, p. 503.

RIZZO, Vincenzo N., « Bartolo da Sassoferrato », *Annuario di diritto internazionale*, Naples, 1965, p. 266.

ROUMY, Franck, « DURAND (*Durantis*) Guillaume, l'Ancien », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^{ème} édition, Paris, 2015, pp. 281-283.

SOETERMEER, Franck et BASSANO, Marie, « BELLEPERCHE (*de Bellapertica*), Pierre de », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 81-83.

SOETERMEER, Franck et BASSANO, Marie, « REVIGNY (*de Ravenneio, de Ravigneio*), Jacques (de) », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 867-870.

TAUDOU, Pierre, « SIMEON, Joseph-Jérôme », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^e édition, Paris, 2015, pp. 933-934.

THIREAU, Jean-Louis, « DU MOULIN (Du Molin, Dumoulin, Molinaeus) Charles », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^{ème} édition, Paris, 2015, pp. 363-366.

Trésor de la Langue Française Informatisé [en ligne]. Disponible sur : <http://atilf.atilf.fr/>.

VALSECCHI, Chiara, « Menochio, Giacomo (Jacopo) », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 73, Rome, 2009.

VENDRAND-VOYER, Jacqueline, « THAUMAS DE LA THAUMASSIERE, Gaspard », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^{ème} édition, Paris, 2015, pp. 960-961.

VENTURA, Viviana, « Andrea Fachinei », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 44, Rome, 1994.

WARTBURG (VON), Walther, *Französisches Etymologisches Wörterbuch*, Bâle, 1959.

WEIDENFELD, Katia, « FAURE (*Fabri*) Jean (Jean de Roussines, Jean de Montbron) », *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, 2^{ème} édition, Paris, 2015, pp. 417-418.

« WEISS, André, Charles », *Siprojuris* : <http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/57401>.

WUMKES, G.A., « Nauta (Gajus) », *Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek*, partie 10, Leyde, 1937, p. 662.

TABLE DES MATIERES

Introduction	I
---------------------	----------

TITRE PRELIMINAIRE

LES LOIS D'APPLICATION IMPERATIVE AU SEIN DES THEORIES STATUTISTES ITALIENNES ET FRANÇAISES : LES STATUTS TERRITORIAUX ET LES STATUTS PROHIBITIFS (XII^E-XVI^E S.)	1
---	----------

CHAPITRE I – LA SOUMISSION DE L'ÉTRANGER AUX STATUTS TERRITORIAUX A TRAVERS LES DOCTRINES CANONISTE ET CIVILISTE DES XII^E ET XIII^E SIECLES.	4
--	----------

Section 1^{ère}. L'apparition de la doctrine de la soumission absolue de l'étranger à la loi particulière du territoire chez les premiers Décrétistes et les Glossateurs.	8
--	----------

§ 1. Les textes du Décret de Gratien : les canons <i>Quae contra, Illa et Quisquis</i> .	8
§ 2. La doctrine de la soumission absolue de l'étranger à la loi particulière (XII ^e - début du XIII ^e siècle).	11
A. Les premiers Décrétistes.	12
B. Les premiers Glossateurs.	14

Section 2^{ème}. Le principe de l'exemption de l'étranger vis-à-vis de la loi particulière du territoire : la doctrine de Huguccio et la glose <i>Quod si Bononiensis</i>.	16
---	-----------

§ 1. La doctrine de Huguccio : la formulation du principe de l'exemption de l'étranger.	17
§ 2. La glose <i>Quod si Bononiensis</i> : l'exemption chez les Glossateurs.	21

Section 3^{ème}. Les dérogations au principe de l'exemption (XIII^e-début XIV^e siècles) : la soumission à la loi pénale particulière <i>pro communi utilitate</i> et l'interdiction d'exporter les marchandises.	23
--	-----------

§ 1. La soumission de l'étranger à la loi pénale particulière <i>pro communi utilitate</i> chez les canonistes.	24
A. De la décrétale <i>A nobis</i> (1193) à la décrétale <i>Ut animarum</i> (1298) : l'obligation indirecte de l'étranger et sa soumission à la loi particulière <i>ratione delicti</i> .	25
B. La décrétale <i>Ut animarum</i> (1298) : la consécration de la soumission de l'étranger <i>ratione delicti</i> et de l'excuse d'ignorance.	42
§ 2. Les lois d'application territoriale chez les civilistes du XIII ^e siècle.	49

A. La règle de conflit en matière pénale : la <i>lex loci delicti</i> .	51
B. L'interdiction d'exporter les marchandises en dehors du territoire.	74
Conclusion du chapitre I.	82

CHAPITRE II – LA TERRITORIALITE SAISIE PAR LA THEORIE DES STATUTS : LES STATUTS TERRITORIAUX PAR NATURE ET LES STATUTS PERMISSIFS ET PROHIBITIFS CHEZ BARTOLE ET BALDE. 84

Section 1^{ère}. Les statuts purement territoriaux et les statuts prohibitifs chez Bartole. 87

§ 1. La territorialité des statuts locaux et leur extension aux étrangers.	88
A. Les délits.	90
B. Les droits réels immobiliers.	94
§ 2. L'extraterritorialité des statuts locaux : les statuts prohibitifs odieux.	95
A. Les statuts prohibitifs, permissifs et prohibitifs : la distinction tripartite.	97
B. Le statut prohibitif <i>in personam</i> odieux : l'exemple de l'exclusion des filles dotées.	98

Section 2^{ème}. L'affinement de la doctrine bartolienne : les statuts permissifs, prohibitifs et pénaux chez Balde. 103

§ 1. La conformité des statuts locaux au droit commun : aspect formel et aspect matériel. L'exemple des statuts permissifs.	104
A. Le statut habilitant le père à instituer héritier son bâtard.	105
B. Le « statut permettant à l'aîné de succéder à l'exclusion des autres ».	108
§ 2. La contrariété des statuts étrangers au droit local : aspect formel et aspect matériel. L'exemple des statuts prohibitifs.	110
§ 3. Les statuts relatifs aux délits.	113

Conclusion du chapitre II. 115

CHAPITRE III – LE STATUTISME ITALIEN A L'EPREUVE DU CONFLIT DE COUTUMES : CHARLES DUMOULIN, OU LA RECEPTION NUANCEE DES STATUTS TERRITORIAUX PAR LE DROIT COUTUMIER FRANÇAIS. 117

Section 1^{ère}. La transposition de la doctrine italienne en droit français : les délits et l'interprétation passive extensive de la loi. 121

§ 1. Le <i>De delictis</i> : la territorialité des statuts délictuels et leur extension aux étrangers.	121
§ 2. L'interprétation passive extensive de la loi : la conformité au « bien commun, à la justice naturelle et à la raison du droit commun ».	125

Section 2nde. Le statut territorial en droit coutumier : la défense de l'ordre juridique local au travers de la distinction des intérêts disponibles et des intérêts indisponibles.	131
§ 1. Le statut territorial à l'aune des intérêts disponibles : le régime dotal.	131
§ 2. Le statut territorial à l'aune des intérêts disponibles : la renonciation volontaire de la fille dotée.	133
§ 3. Le statut territorial à l'aune des intérêts indisponibles : la succession ab intestat.	134
§ 4. Le statut territorial à l'aune des intérêts indisponibles : l'incapacité spéciale.	136
A. L'interdiction des libéralités testamentaires entre époux.	137
B. L'incapacité testamentaire active du mineur de vingt-cinq ans.	138
Conclusion du chapitre III.	139
CONCLUSION DU TITRE PRELIMINAIRE.	140

PREMIERE PARTIE

L'ENTREE EN SCENE DE LA SOUVERAINETE TERRITORIALE AU SEIN DES CONFLITS DE LOIS : L'EMERGENCE DES LOIS DE POLICE EN DOCTRINE ET EN JURISPRUDENCE (XVI^E-XVIII^E SIECLES).	142
---	------------

TITRE PREMIER

LA TERRITORIALITE DES STATUTS, FACTEUR D'ACCUEIL OU DE REJET DE LA LOI ETRANGERE AU NOM DE LA SOUVERAINETE ETATIQUE.	145
---	------------

CHAPITRE I - L'ESPRIT D'INDEPENDANCE DES COUTUMES PORTE A SON FAITE : LE STATUT REEL, PIERRE ANGULAIRE DU TERRITORIALISME DE BERTRAND D'ARGENTRE.	147
--	------------

Section 1^{ère}. La territorialité des statuts locaux : la domination du statut réel.	149
--	------------

§ 1. La classification tripartite des statuts.	150
§ 2. Le statut réel à l'épreuve des normes extraterritoriales.	152
A. Le statut réel prohibitif par excellence : le statut interdisant les legs entre époux.	153
B. Le statut réel prohibitif au sein de la matière contractuelle : la renonciation volontaire de la fille dotée.	155
C. Le statut mixte disposant sur la capacité spéciale à disposer.	156

Section 2nde. La souveraineté territoriale du statut réel et la dimension publiciste des conflits intercoutumiers.	160
--	------------

§ 1. Le fondement de la réalité/territorialité chez d'Argentré : le respect de la <i>potestas</i> de l'autorité locale.	161
§ 2. L'amorce du conflit de souverainetés : les conflits intercoutumiers.	164

Conclusion du chapitre I.	167
----------------------------------	------------

CHAPITRE II – L'ÉCOLE HOLLANDAISE : LA SOUVERAINETÉ TERRITORIALE ABSOLUE DES STATUTS. 168

Section 1^{ère}. Les conditions d'émergence d'une doctrine internationaliste hollandaise. 170

- § 1. Un environnement politique favorable à l'émergence d'une doctrine internationaliste. 171
- § 2. L'apparition de l'École Hollandaise. 173

Section 2^{ème}. La territorialité des statuts, manifestation par excellence de la *potestas statuendi* du législateur local. 176

- § 1. Nicolas de Bourgogne. 177
- § 2. Christian Rodenburg. 178

Section 3^{ème}. L'articulation de la doctrine hollandaise autour du concept moderne de souveraineté. 184

- § 1. Paul Voet et la souveraineté/territorialité. 185
 - A. Le statut comme expression d'une *potestas statuendi* particulière : la souveraineté/territorialité. 187
 - B. L'aspect négatif de la souveraineté des statuts : le refus de l'extraterritorialité. 189
 - C. Les fondements du principe de souveraineté/territorialité : le *strictum jus* et le *rigor juris*. 192
- § 2. Jean Voet et la transposition de la souveraineté/territorialité au niveau international. 198
 - A. La transition du conflit de statuts au conflit de lois. 200
 - B. Le *summum jus*, amplification du *strictum jus* et du *rigor juris*. 203
- § 3. Les conflits entre lois souveraines selon Ulrich Huber. 205
 - A. La théorisation du « conflit de souverainetés » : le conflit de lois saisi par le *jus gentium*. 209
 - B. Les deux premiers axiomes de Huber : la stricte territorialité de la loi de l'Etat et la sujétion temporaire de l'étranger. 218
 - 1) Le premier axiome de Huber, ou l'absolutisme de la souveraineté/territorialité. 218
 - 2) Le deuxième axiome de Huber, ou la sujétion temporaire de l'étranger présent sur le territoire. 219

Conclusion du chapitre II. 224

CHAPITRE III – L'ECOLE HOLLANDAISE : LA TOLERANCE ENVERS L'EXTRA-TERRITORIALITE DE LA LOI AU FILTRE DE L'ORDRE PUBLIC : *NECESSITAS*, *COMITAS* ET *COMITAS GENTIUM*. 226

Section 1^{ère}. La *necessitas* de Christian Rodenburg face aux exigences du statuts réel. 226

- § 1. Le vecteur de l'extraterritorialité des statuts personnels : la *necessitas*. 227
- § 2. La restriction du champ d'application de la *necessitas* : l'impérativité du statut réel. 233
 - A. Les solennités testamentaires et les lettres d'octroi. 234
 - B. Les libéralités entre époux et le testament d'Antonio van Diemen. 243

Section 2^{ème}. La *comitas* de Paul et Jean Voet. 249

- § 1. La définition de la *comitas* : la courtoisie entre les nations. 250
- § 2. Le champ d'application restreint de la *comitas*. 259
 - A. Les statuts réels mobiliers et immobiliers face à l'extraterritorialité. 262
 - 1) L'interdiction des donations entre époux. 265
 - 2) La communauté universelle entre époux. 266
 - 3) La succession testamentaire. 270
 - 4) La succession mobilière régie par des statuts particuliers. 272
 - 5) La police des grains : l'interdiction d'exportation du froment. 275
 - B. Les statuts mixtes à l'épreuve de la territorialité. 276
 - C. La loi de sûreté, ou la singularité du statut pénal. 284
 - D. La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers comme champs d'action privilégiés du *sumum jus*. 287

Section 3^{ème}. La *comitas gentium* de Ulrich Huber et la théorie des droits acquis. 293

- § 1. Le troisième axiome de Ulrich Huber : *comitas gentium* et droits acquis. 294
 - A. L'extraterritorialité des droits acquis : la règle *Locus regit actum*. 297
 - B. L'extraterritorialité des droits acquis : la loi du lieu d'attribution ou d'acquisition de la qualité personnelle. 298
 - C. Les droits acquis à l'épreuve de la territorialité : la *lex rei sitae*. 302
- § 2. La réserve du troisième axiome de Ulrich Huber : la *fraus legis*. 305
 - A. La *fraus legis* en matière d'actes juridiques et de décisions judiciaires. 307
 - 1) La *fraus legis* et les effets des contrats en général. 308
 - 2) La *fraus legis* et le mariage. 311
 - B. La *fraus legis* en matière de statut personnel : le testament du fils de famille majeur. 316

Conclusion du chapitre III. 323

CONCLUSION DU TITRE PREMIER. 325

TITRE SECOND

LES LOIS DE POLICE ET DE SÛRETE ET LA SOUVERAINETE/TERRITORIALITE DANS LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE FRANÇAISES DE LA FIN DE L'ANCIEN REGIME (XVII^E-XVIII^E SIECLES). 329

CHAPITRE I – LES LOIS DE POLICE ET DE SURETE ET LA SOUVERAINETE/TERRITORIALITE DANS LA DOCTRINE FRANÇAISE DU XVIII^E SIECLE. 332

Section 1^{ère}. Jean Bouhier : classification *ab effectu* des statuts et émergence de la catégorie des lois de police et de sûreté. 336

§ 1. La classification *ab effectu* des statuts, héritage des Hollandais. 338

A. La distinction entre statuts réels territoriaux et statuts personnels extraterritoriaux. 339

1) La réalité/territorialité des coutumes : le système de résolution des conflits de coutumes en vigueur. 342

2) La personnalité des coutumes : le système de résolution des conflits de coutumes préconisé par Bouhier. 349

a) Le fondement du statut personnel extraterritorial : *comitas*, équité et bien public. 351

b) La personnalité des coutumes à l'assaut des dispositions de police : les exemples de la légitimation par lettres du Prince et du sénatus-consulte Velléien. 356

1. La légitimation par lettres du Prince. 357

2. Le sénatus-consulte Velléien normand. 358

c) L'achèvement de la théorie : la présomption de personnalité des coutumes. 360

3) Le droit romain comme droit commun du Royaume face aux coutumes, d'interprétation stricte. 363

B. Les statuts prohibitifs chez Jean Bouhier. 367

1) Les éléments de théorisation des statuts prohibitifs selon Jean Bouhier. 368

2) Quelques cas concrets de statuts prohibitifs chez Jean Bouhier. 376

a) La réserve des quatre-quints. 376

b) Les conquêts et le douaire préfix normands. 377

c) Le sénatus-consulte Velléien normand. 380

§ 2. Le chapitre XXXIII des *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne* : « De la réalité des statuts qui regardent la police ». 381

A. L'absence de définition des lois de police dans le chapitre XXXIII des *Observations*. 382

B. Les cas concrets envisagés par le chapitre XXXIII des *Observations*. 383

1) Les statuts édictant une défense sur les biens (§ II. – V.).	384
a) La défense d’exportation des grains en dehors du territoire.	384
b) La défense d’aliéner les fonds d’un territoire à un étranger.	385
2) Les statuts édictant une mesure (§ VI. – XIV.) : l’exemple des statuts pour la mesure des fonds et pour la mesure des choses mobilières.	386
3) Les statuts relatifs aux instances judiciaires : l’exemple des statuts édictant les honoraires des avocats et officiers de justice (§ XV. – XVI.).	392
4) Les statuts édictant une responsabilité civile des parents pour le délit de leurs enfants (§ XVII.).	394
C. Les cas concrets envisagés par le reste des <i>Observations</i> : l’exemple des « stipulations d’hypothèques passées à l’étranger », ou l’article 121 du Code Michau.	396
§ 3. La réalité des statuts contraires au droit commun : lois pénales et statuts exorbitants.	401
A. « De la réalité des lois pénales » : le chapitre XXXIV des <i>Observations</i> .	403
1) Un principe relatif : la territorialité des lois pénales et la compétence de la <i>lex loci delicti</i> .	405
2) L’érosion du principe : l’ignorance excusable de la loi pénale locale, ou l’exigence de sa connaissance par le délinquant étranger.	408
a) La mise en cause de la responsabilité de l’étranger délinquant : la question de la conformité ou la contrariété de la loi pénale locale au droit commun.	409
b) La peine applicable à l’étranger délinquant : la comparaison de la loi pénale locale avec le droit commun et avec la loi du domicile de l’auteur.	414
3) Quelques exemples de statuts pénaux envisagés par le chapitre XXXIV des <i>Observations</i> : une territorialité très relative.	416
a) L’assassinat par instigation : la mise en cause de la responsabilité de l’instigateur et le recours au droit commun.	417
b) Le délit complexe : le coup de fusil transfrontière, ou « flèche de Voet ».	418
B. De la réalité des « statuts exorbitants du droit commun, ou manifestement injustes » : le chapitre XXXV des <i>Observations</i> .	420
1) Les coutumes « exorbitantes du Droit commun ».	422
a) La prescription immobilière (§ III-IV).	423
b) La garde noble ou bourgeoise et les restrictions apportées aux dispositions de dernière volonté (§ V-VI).	424
c) L’ennoblissement par la mère (§ VIII).	426
e) La succession des mères et l’Edit de Saint-Maur (§ IX).	427
f) La responsabilité des délits ou des dettes d’autrui (§ X).	428
g) Les pouvoirs conférés par le Pape aux légats (§ XI).	429
2) Le statut « favorable » et « exorbitant du droit commun » du chapitre XXVI des <i>Observations</i> : le plaidoyer en faveur de l’extraterritorialité de l’exclusion des filles dotées.	430

Section 2nde. Louis Boullenois : la consécration du principe de l'assujettissement de l'étranger aux lois de police et de sûreté de l'Etat. **435**

§ 1. La souveraineté/territorialité chez Louis Boullenois : la soumission de l'étranger aux lois concernant la police et de la sûreté de l'Etat.	437
A. Les « principes généraux » dans le <i>Traité de la personnalité et de la réalité des lois</i> .	438
B. La XI ^e observation du <i>Traité de la personnalité et de la réalité des lois</i> : l'assujettissement à la « police » du juge.	441
1) La défense générale d'enfreindre les « règlements de police » : les lois de police territoriales et extraterritoriales.	442
a) Le principe : la soumission de l'étranger aux lois particulières du territoire.	442
b) La loi de police réelle : l'interdiction d'exporter les grains.	444
2) La défense particulière d'enfreindre les « règlements de police » à l'extérieur du territoire : les lois de police personnelles.	446
a) La police personnelle face aux exigences de la loi de police territoriale : la question de l'ignorance de la réglementation de police locale.	447
b) La loi de police personnelle et le privilège des ressortissants locaux : la clameur de haro en Normandie et le privilège de la Bulle d'Or des Brabançons.	449
c) La loi de police personnelle et les contrats : le statut parmesan.	453
d) La loi de police personnelle et les conventions contraires à l'ordre public : les conventions portant contrainte par corps.	455
§ 2. Les statuts prohibitifs et les statuts exorbitants dans la doctrine de Louis Boullenois.	458
A. La division ordinaire des statuts et la suprématie de la réalité/territorialité sur la personnalité/extraterritorialité.	460
1) La question des incapacité et capacité spéciales : la détermination du caractère prohibitif ou permissif du statut à travers la division bipartite des statuts.	462
2) Le statut personnel exclusivement territorial : le statut personnel particulier réel comme « statut mixte ».	465
3) La suprématie du statut réel sur le statut personnel, expression de la souveraineté/territorialité.	466
a) L'assimilation entre l'objet et l'effet : la prééminence de la réalité/territorialité sur la personnalité/extraterritorialité, expression de la souveraineté.	467
b) La présomption de réalité.	471
B. Les statuts prohibitifs négatifs, ou la mise en œuvre de la maxime « le statut personnel du domicile cède au statut réel du lieu de situation ».	473
1) Le statut réel prohibitif négatif en matière de régimes matrimoniaux, de successions et de libéralités.	475
a) Les statuts réels prohibitifs en matière de conventions matrimoniales.	477
b) Les statuts réels prohibitifs en matière de donations entre vifs.	483
c) Les statuts réels prohibitifs et la protection de la réserve ou de la légitime successorales.	486

2) La rencontre entre statut personnel prohibitif négatif et statut réel prohibitif négatif : le sénatus-consulte velléien normand.	488
C. Les statuts exorbitants ou odieux dans la doctrine de Louis Boullenois.	491
1) Le droit commun de la France chez Louis Boullenois.	492
2) Les différents types de statuts exorbitants ou odieux discernés par Louis Boullenois.	496
a) Le statut exorbitant dans les rapports de famille.	498
b) Le statut exorbitant dans le domaine des obligations.	503
c) Les lois pénales : la confiscation des biens.	504
Conclusion du chapitre I	508

CHAPITRE II - L'EMERGENCE D'UNE NOTION : STATUT PROHIBITIF, STATUT EXORBITANT ET LOI DE POLICE DANS LA JURISPRUDENCE ET LES REPERTOIRES DE L'ANCIEN DROIT. **510**

Section 1^{ère}. Les statuts prohibitifs et odieux dans la jurisprudence de l'Ancien Droit. **511**

§ 1. Les statuts prohibitifs et odieux en matière de condition des personnes et de rapports de famille.	513
A. Le statut prohibitif en matière d'état et de capacité des personnes.	514
1) La capacité des personnes : l'ignorance excusable du régime d'incapacité.	515
2) La capacité de la personne protégée à disposer de ses immeubles.	519
B. Les statuts prohibitifs et odieux dans les rapports de famille.	520
1) Le mariage.	522
a) La loi applicable aux formalités du mariage et au consentement des parents.	524
b) Le verdict de la jurisprudence : les arrêts du Parlement de Paris aux XVII ^e et XVIII ^e siècles, entre loi de police et fraude à la loi.	528
2) Les effets personnels du mariage : la légitimation des enfants naturels.	534
3) Les régimes matrimoniaux.	540
a) Les positions respectives des Parlements de Paris et de Rouen en matière de régimes matrimoniaux.	541
b) Le sort des conquêts devant le Parlement de Rouen.	545
4) Le douaire préfix.	549
5) Le douaire coutumier : la veuve renonçante.	552
6) La capacité de la femme mariée : la question de l'incapacité velléienne.	554
7) Les donations entre époux.	563
8) L'Edit des secondes noces et l'article 279 de la Coutume de Paris sur la réserve des conquêts.	567
9) Les lois contre les veuves remariées dans l'an de deuil.	572
10) L'hypothèque légale de la femme mariée : la loi <i>Adsiduis</i> dans les pays de droit écrit.	575

C. Les successions testamentaires.	578
1) La liberté de disposer face aux exigences de l'ordre public coutumier.	579
a) L'exclusion des filles dotées et le droit à la légitime.	579
b) Le droit d'aînesse en matière féodale et la réserve héréditaire selon la coutume de Paris.	582
2) La liberté de disposer face aux exigences de l'ordre public international.	583
§ 2. La condition des biens : loi de police et droits réels.	586
A. La succession mobilière internationale et la primauté de la <i>lex rei sitae</i> au nom de la souveraineté/territorialité.	587
B. Les rentes constituées par un Français au profit d'un étranger et la législation française en matière d'arrérages.	590
§ 3. Les conflits de lois relatifs aux obligations contractuelles et les lois impératives.	592
A. La forme des contrats : la règle <i>Locus regit actum</i> concurrencée par la <i>lex rei sitae</i> .	594
1) La jurisprudence du Parlement de Grenoble en matière de donations et l'Edit de 1456.	595
2) La jurisprudence du Parlement de Paris en matière d'enregistrement des sociétés.	598
B. L'encadrement jurisprudentiel des prêts à intérêt.	599
C. La contrainte par corps.	603
§ 4. Lois de « police » et lois pénales, marques de la souveraineté territoriale.	605
A. Les conflits de lois relatifs à la police administrative et la souveraineté territoriale du Parlement en son ressort.	605
1) Les statuts qui concernent la mesure des lieues.	606
2) Les statuts relatifs aux instances judiciaires : les statuts édictant l'observation des jours fériés en justice.	608
B. Les conflits de lois relatifs aux délits et la souveraineté territoriale de la loi française.	609
1) L'affirmation implicite de la souveraineté territoriale en matière pénale : la <i>lex loci delicti</i> .	611
2) La rencontre de la souveraineté personnelle et de la souveraineté territoriale en matière pénale : la <i>lex loci deprehensionis</i> .	615
3) Le statut pénal contraire au droit commun chez Bouhier : la confiscation des biens du condamné.	618
Section 2nde. Les répertoires de jurisprudence à la fin de l'Ancien Régime.	625
§ 1. La souveraineté de la loi française à l'égard de l'étranger : lois de police et lois pénales.	628
A. La soumission de l'étranger délinquant à la <i>lex loci delicti</i> : le Répertoire Denisart.	629
B. L'assujettissement de l'étranger à la souveraineté de l'Etat : le Répertoire Guyot.	632
§ 2. Les lois d'application impérative et le conflit de coutumes : statuts prohibitifs et statuts odieux.	635
A. La définition des statuts prohibitifs dans le Répertoire Guyot.	636

B. Les statuts prohibitifs à travers les différentes rubriques des répertoires de jurisprudence.	639
1) Le régime matrimonial : les contrats de mariage et les gains de survie.	640
2) Le régime matrimonial : le sort des conquêtes, ou le refus de la communauté par une coutume prohibitive.	642
3) La prohibition des donations entre époux.	644
4) La légitime.	647
5) Le sénatus-consulte Velléien normand.	648
6) Les substitutions.	649
C. Les statuts exorbitants du droit commun dans les répertoires de jurisprudence.	650
1) Les donations entre vifs et la prohibition des préciputs dans les coutumes de Maine et d'Anjou.	653
2) Les conquêtes de première communauté et l'intérêt des enfants du premier lit : l'article 279 de la Coutume de Paris.	655
Conclusion du chapitre II	657
CONCLUSION DU TITRE SECOND	658

DEUXIEME PARTIE

LA CONSECRATION LEGISLATIVE, JURISPRUDENTIELLE ET DOCTRINALE DES « LOIS DE POLICE ET DE SURETE » (XIX - XX^E SIECLES).	661
---	------------

TITRE PREMIER

LA REDACTION ET L'EXEGESE DE L'ARTICLE 3, ALINEA 1^{ER} DU CODE CIVIL SUR LES « LOIS DE POLICE ET DE SÛRETE »	664
--	------------

CHAPITRE I – LA REDACTION DU FUTUR ARTICLE 3 DU CODE CIVIL : LES « LOIS DE POLICE ET DE SURETE », EXPRESSION ET LIMITATION DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE/TERRITORIALITE DE LA LOI FRANÇAISE	666
--	------------

Section 1^{ère}. Les discussions autour du futur article 3, alinéa 1er : les travaux préparatoires, des projets Cambacérés jusqu'au projet de l'an VIII.	671
---	------------

§ 1. Les projets de codification de Cambacérés : l'empire absolu de la loi française sur l'étranger. 671

§ 2. Le projet de l'an VIII et les observations des tribunaux : l'empire de la loi française réduit aux biens et à « la personne » de l'étranger. 675

A. Le projet de l'an VIII : l'article 4 du Livre préliminaire du Code civil. 676

B. Les observations des tribunaux sur le projet de l'an VIII : les interventions du Tribunal d'appel de Grenoble et du Tribunal de cassation. 679

Section 2nde. La rédaction définitive de l'article 3, alinéa 1er, des projets de l'an IX à la loi du 14 ventôse an XI (5 mars 1803).	681
--	------------

§ 1. Le projet de la Section de législation du Conseil d'Etat du 4 thermidor an IX (23 juillet 1801). 682

§ 2. Les projets de l'an IX et la scission en deux articles : l'article 3 du projet concernant la publication, les effets et l'application des lois en général et l'article 7 du projet relatif à la jouissance des droits civils. 685

A. La destinée de l'article 3 du projet concernant la publication, les effets et l'application des lois en général : 6 thermidor an IX (25 juillet 1801) – 24 frimaire an X (15 décembre 1801). 687

1) La discussion du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général devant le Conseil d'Etat : la séance du 14 thermidor an IX

(2 août 1801).	688
2) La présentation et la discussion du projet de loi devant les Assemblées, du 3 au 21 frimaire an X (24 novembre – 12 décembre 1801).	690
3) Le rejet du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général par le Corps Législatif les 23 et 24 frimaire an X (14 et 15 décembre 1801).	694
B. La destinée de l'article 7 du projet relatif à la jouissance des droits civils : 6 thermidor an IX (25 juillet 1801) – 25 frimaire an X (16 décembre 1801).	696
1) La discussion du projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur les personnes qui n'en jouissent pas : les séances des 6 et 14 thermidor an IX et 4 fructidor an IX (25 juillet, 2 août et 22 août 1801).	697
2) La présentation et la discussion du projet de loi sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur les personnes qui n'en jouissent pas devant les Assemblées, du 11 frimaire au 11 nivôse an X (2 décembre 1801 – 1 ^{er} janvier 1802).	699
§ 3. La réunion en un seul article : l'intervention décisive du Tribunal les 19 et 20 messidor an X (8 et 9 juillet 1802), le projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général du 29 vendémiaire an XI (21 octobre 1802) et l'avènement de l'article 3 du Code civil de 1804.	703
A. La fusion des articles par le Tribunal les 19 et 20 messidor an X et l'article 3 du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général du 29 vendémiaire an XI.	703
B. Les discours de Portalis et des Tribuns Grenier Faure et le vote de la loi du 14 ventôse an XI par le Corps Législatif (5 mars 1803).	705
1) Le premier discours : l'exposé des motifs du projet de loi par Portalis, au nom du Conseil d'Etat, devant le Corps Législatif, le 4 ventôse an XI.	705
2) Le deuxième discours : le rapport du Tribun Grenier, au nom de la Section de législation, devant l'assemblée générale du Tribunal, le 9 ventôse an XI.	708
3) Le troisième discours : le vœu d'adoption présenté par le Tribun Faure, au nom du Tribunal devant le Corps Législatif, le 14 ventôse an XI, et son positionnement vis-à-vis de la théorie des statuts.	710

Conclusion du chapitre I

713

CHAPITRE II – L’INTERPRETATION DOCTRINALE DE L’ARTICLE 3, ALINEA 1ER : L’EXEGESE D’UN ARTICLE, ENTRE CONDITION CIVILE DES ETRANGERS ET CONFLITS DE LOIS. 714

Section 1^{ère}. Les lois de police entre droit public, droit pénal et droit privé dans la doctrine civiliste du XIX^e : des premiers commentateurs aux Exégètes. 716

- § 1. L’esprit du Code à travers les premiers commentateurs : Locré, Malleville, Merlin de Douai. 717
 - A. *L’Esprit du Code Napoléon* de Jean-Guillaume Locré, ou les lois de police et de sûreté comme composante du statut personnel des étrangers. 717
 - B. *L’Analyse raisonnée de la discussion du Code civil* de Jacques de Malleville, ou le double champ d’application des lois de police et de sûreté. 721
 - C. *Le Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Philippe-Antoine Merlin de Douai : la transition entre l’Ecole Hollandaise et le conflit de lois à l’ère des codifications. 723
- § 2. La doctrine civiliste : les Exégètes face à l’article 3, alinéa 1^{er} du Code. 727
 - A. La définition des « lois de police et de sûreté » de l’article 3, alinéa 1^{er} : la souveraineté de la loi française comme fondement de leur application. 729
 - 1) Les premiers Exégètes : Delvincourt, Toullier, Proudhon. 730
 - 2) L’Ecole de Paris : Duranton, Demante, Valette. 735
 - 3) L’âge d’or de l’Exégèse : Marcadé, Demolombe, Duvergier. 741
 - 4) A la frontière entre la France et l’Allemagne, l’approche renouvelée du droit civil par Aubry et Rau. 747
 - 5) Les derniers commentateurs du Code : Beudant, Huc, Baudry-Lacantinerie. 750
 - B. Les caractères des « lois de police et de sûreté » : typologies. 754
 - 1) Les lois de police comme lois de droit public et de droit pénal. 754
 - 2) Des lois de police par extension aux lois d’ordre public : les institutions de droit privé. 755

Section 2^{ème}. Les premiers pas de la doctrine internationaliste française : l’interprétation de l’article 3, alinéa 1^{er}, entre territorialisme et accueil mesuré de la loi étrangère (1840-1880). 763

- § 1. L’acclimatation des thèses de l’Ecole Hollandaise en France : la doctrine de Jean-Jacques-Gaspard Foelix entre territorialisme de principe et méconnaissance de l’article 3, alinéa 1^{er}. 765
- § 2. Charles Demangeat et la question de condition civile de l’étranger : les lois de police au service de l’ordre public international. 771
- § 3. L’article 3, alinéa 1^{er}, expression de la souveraineté de l’Etat et de son ordre public : la première doctrine de droit international privé aux prises avec les lois de police. 777
 - A. Gabriel Massé : la confrontation des lois de police et de sûreté avec le droit commercial. 778

B. Antoine Mailher de Chassat : les lois de police, expression radicale de l'ordre public et de la souveraineté de la loi nationale.	780
C. Louis Barde ou les lois de police relues à la lumière de la théorie des statuts.	787
Conclusion du chapitre II	794
CHAPITRE III - L'INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE DES LOIS DE POLICE ET DE SURETE : ENTRE LOIS DE POLICE ET ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL (1840-1880).	796
Section 1^{ère}. Les lois de police et de sûreté et la territorialité du droit public et du droit pénal.	799
§ 1. Les lois de police et de sûreté et les dispositions de droit public.	800
§ 2. Les lois de police et de sûreté, les dispositions de droit pénal et la compétence de la <i>lex loci delicti</i> .	803
Section 2^{ème}. Les lois de police et le statut réel : la survie des statuts réels prohibitifs	807
Section 3^{ème}. Les lois de police et le statut personnel : l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille.	811
§ 1. Les lois de police en matière de mariage et de divorce.	812
A. L'arrêt <i>Mac Mahon</i> du 22 mars 1806 et ses conséquences : le divorce, institution d'ordre public et « loi de police générale ».	812
B. Le mariage, institution d'ordre public : lois de police et souveraineté de la loi française.	815
§ 2. Les lois de police, les statuts prohibitifs et les rapports patrimoniaux entre époux.	818
§ 3. Les lois de police en matière de filiation.	821
§ 4. Les lois de police, l'obligation alimentaire et les mesures provisoires.	828
A. Les lois de police et les obligations alimentaires entre parents.	828
B. Les mesures provisoires en cas de séparation de corps.	829
C. La tutelle provisoire en faveur des mineurs étrangers.	831
§ 5. Les lois de police en matière de capacité : la jurisprudence de l'intérêt français et les incapacités de nature politique.	833
A. La jurisprudence de l'intérêt français : la limite imposée au statut personnel.	833
B. Les incapacités de nature politique.	838
C. L'interdiction et la dation judiciaire.	840
Section 4^{ème}. Les lois de police et les obligations.	840
Section 5^{ème}. Les lois de police et le droit commercial : les faillites.	841

Conclusion du chapitre III.	844
CONCLUSION DU TITRE PREMIER.	845

TITRE SECOND

L'INTEGRATION DES LOIS DE POLICE ET DE SURETE AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE : LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE FACE AU LACONISME DU LEGISLATEUR.	847
---	------------

CHAPITRE I – L'ARTICLE 3, ALINEA 1^{er} et LES LOIS D'ORDRE PUBLIC AU REGARD DES DOCTRINES STATUTISTES AU TOURNANT DU SIECLE (1880-1914).	852
--	------------

Section 1^{ère}. Les lois de police et d'ordre public à l'époque de la domination de l'Ecole personaliste en France : l'article 3, alinéa 1^{er} réduit au rang d'exception.	854
---	------------

§ 1. L'héritage de Mancini: les lois de droit public et d'ordre public.	855
A. Les lois de droit public.	857
B. Les « lois d'ordre public ».	858
C. Le fondement commun : la souveraineté de l'Etat.	859
§ 2. François Laurent et les lois d'intérêt général au service des droits de la société.	864
A. Les lois d'intérêt général : lois de droit public, lois pénales, lois sur les bonnes mœurs.	866
1) Les lois d'intérêt général : les lois de droit public et les lois pénales.	867
2) Les lois d'intérêt général : la responsabilité civile.	870
3) Les lois d'intérêt général : du rôle de l'ordre public et des bonnes mœurs au sein du conflit de lois.	871
B. Les « droits de la société », expression de la souveraineté territoriale face aux droits de l'individu.	876
1) Les droits de la société, résurgence de la souveraineté/territorialité et fondement des lois d'intérêt général.	876
2) Les lois d'intérêt général, exception au principe de personnalité du droit.	878
§ 3. André Weiss et l'Ecole personaliste en France.	884
A. L'article 3, alinéa 1er, siège naturel de l'exception d'ordre public.	885
B. La définition des lois de police et de sûreté : l'ordre public international selon Weiss.	888
1) Les lois de droit public et les lois sur la propriété foncière : les lois de police.	890
2) Les lois pénales et les lois sur la responsabilité civile : les lois de sûreté.	892
3) Les lois de droit privé et l'ordre public international : effet atténué	

et caractère variable de la notion. 893

Section 2nde. Lois de police et lois d'ordre public chez Gabriel de Vareilles-Sommières, le territorialiste nostalgique. 896

§ 1. Les lois de police et de sûreté, fleurons de la souveraineté/territorialité de la loi étatique. 901

A. Le principe de souveraineté/territorialité de la loi et l'article 3 du Code civil. 903

B. Les lois de police et de sûreté de l'article 3, alinéa 1^{er}, déclinaison du principe. 906

§ 2. L'éviction de la loi étrangère orchestrée par la courtoisie internationale. 908

A. Le principe d'extraterritorialité des statuts personnels et la courtoisie internationale. 909

B. L'éviction de la loi personnelle étrangère par le refus de la courtoisie internationale. 912

1) Le refus de l'Etat étranger de donner suite aux statuts personnels français : la résurgence du statut réel prohibitif. 912

2) Les exceptions à l'application en France des statuts personnels étrangers : la territorialité au soutien de l'ordre public. 914

a) La contrariété de la loi étrangère envers la morale et la justice et envers les lois qui ne sont pas relatives au statut personnel : la discussion de la notion d'ordre public. 915

b) L'institution inconnue du droit français. 921

c) L'incapacité spéciale créée par la loi étrangère et le système de l'intérêt français. 922

d) Le conflit entre deux statuts personnels. 924

Conclusion du chapitre I. 925

CHAPITRE II - LES DESTINEES NATIONALISTES DE L'ARTICLE 3, ALINEA 1^{ER} AU DEBUT DU XX^E SIECLE : L'EMBLEME DU CONFLIT DE SOUVERAINETES, ENTRE STATUTISME ET CONFLICTUALISME. 927

Section 1^{ère}. Le conflit de souverainetés chez Antoine Pillet : le but social de la loi et l'article 3, alinéa 1^{er} comme siège des « lois de garantie sociale ou d'ordre public ». 928

§ 1. Les lois de garantie sociale ou d'ordre public chez Antoine Pillet : théorie. 931

A. Les caractères généraux et impératifs des lois de garantie sociale ou d'ordre public. 932

B. Le caractère territorial des lois de garantie sociale ou d'ordre public : l'identité de ces lois avec les lois de police et de sûreté. 934

C. Le caractère unitaire des lois de garantie sociale ou d'ordre public. 937

D. Le caractère national des lois de garantie sociale ou d'ordre public. 939

E. Le caractère actuel des lois de garantie sociale ou d'ordre public.	941
§ 2. Les lois de garantie sociale ou d'ordre public chez Antoine Pillet : illustrations.	942
A. Les lois politiques et les lois administratives : les « lois d'ordre ».	943
B. Les lois civiles d'ordre moral.	945
C. Les lois sur la sécurité des personnes et des biens : les lois pénales et les lois civiles d'ordre matériel.	947
D. Les lois civiles d'ordre économique.	949
1) Les lois sur la propriété.	950
2) Les lois de crédit public.	952
3) Les lois sur l'exécution forcée.	955
E. Les lois commerciales.	955
F. Les lois fiscales.	957
§ 3. Les lois de garantie sociale ou d'ordre public chez Antoine Pillet : leur portée internationale.	957

Section 2nde. La distinction entre l'exception d'ordre public et les lois de police : conflits de souverainetés et particularisme chez Etienne Bartin. **963**

§ 1. L'influence de Friedrich-Karl von Savigny sur Bartin : la distinction entre l'ordre public et les dispositions rigoureusement obligatoires.	963
A. Les lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires.	966
B. Les institutions d'un Etat étranger dont l'existence n'est pas reconnue dans l'Etat du for.	976
§ 2. Le particularisme d'Etienne Bartin : le conflictualisme au prisme du conflit de souverainetés et la relecture de la distinction entre loi de police/ordre public.	978
A. La distinction entre lois de police et exception d'ordre public.	982
B. Les lois de police <i>stricto sensu</i> : l'article 3, alinéa 1er, les lois d'application locale et les lois réelles d'application territoriale.	986
C. Les lois de police <i>stricto sensu</i> : l'article 3, alinéa 1er, et l'exception d'ordre public.	990
1) La mise à défaut de la communauté de droit entre les Etats.	992
2) La mobilité ou variabilité de la notion d'ordre public.	994
3) L'actualité de l'ordre public.	997
4) Le caractère national de l'ordre public et la territorialité de ses effets.	998
5) La parenté de l'ordre public avec la fraude à la loi.	1000

Conclusion du chapitre II. **1002**

CHAPITRE III – L’EXCLUSIVISME PRETORIEN DES LOIS DE POLICE : LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE DE 1880 A 1918.	1004
Section 1^{ère}. Les lois de police et de sûreté, les dispositions de droit pénal et la compétence de la <i>lex loci delicti</i>.	1007
Section 2nde. L’extension du champ d’application des lois de police à la responsabilité civile délictuelle.	1010
§ 1. La responsabilité civile délictuelle.	1011
§ 2. La responsabilité maritime et l’abordage.	1017
§ 3. La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.	1019
Section 3^{ème}. Les lois de police et le statut réel : le statut réel mobilier.	1024
Section 4^{ème}. Les lois de police et le statut personnel : l’état et la capacité des personnes et les rapports de famille.	1027
§ 1. Les lois de police en matière de mariage.	1028
§ 2. Les lois de police en matière de filiation.	1030
§ 3. Les lois de police, l’obligation alimentaire et les mesures provisoires.	1033
A. Les lois de police, les obligations alimentaires entre époux et en faveur des enfants et les mesures provisoires en cas de divorce ou de séparation de corps.	1034
B. Les mesures provisoires et les successions.	1038
§ 4. Les lois de police en matière de capacité : les incapacités d’intérêt social.	1038
A. La jurisprudence de l’intérêt français : la limite imposée au statut personnel.	1038
B. L’incapacité passive du légataire personne morale étrangère.	1041
Section 5^{ème}. Les lois de police et la législation du travail.	1042
Section 6^{ème}. Les lois de police et la loi de 1872 sur les titres au porteur.	1044
Conclusion du chapitre III	1046
CONCLUSIONS DU TITRE II	1047
CONCLUSION GENERALE	1049
SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE	1057
TABLES DES MATIERES	1102
ANNEXES	i

ANNEXES

SOMMAIRE

- Annexe 1** : Carte des Provinces-Unies au XVIII^e siècle. iii
- Annexe 2** : Ulrich HUBER, *De jure civitatis*, livre III, section IV, capitulum I « *De his quae exteri sibi invicem debent* », Franeker, 1694 (traduction latin-français). v
- Annexe 3** : Lettre adressée par Maître Louis BOULLENOIS au Président Bouhier, 27 janvier 1743. xix
- Annexe 4** : Pasquale Stanislao MANCINI, *Relazione alla Facoltà di leggi della Regia Università di Torino nella pubblica largizione del premio aggiudicato nel concorso tra gli studenti nel Corso completo di leggi per l'anno 1852* (pp. 16-18). xxi

Annexe 1 : Carte des Provinces-Unies au XVIII^e siècle



(Carte réalisée par les bons soins de M. Guillaume WATTELLIN)

LEGENDE :

Provinces-Unies proprement dites :

- Frise
- Etat des Ommelandes (Groningue)
- Drenthe
- Overijssel
- Gueldre
- Hollande
- Utrecht
- Zélande

Pays de la Généralité :

- Brabant des Etats
- Flandres des Etats
- Gueldre des Etats
- Outremer des Etats
- Terres de rédemption

Pays étranger :

- Pays-Bas autrichiens

Annexe 2 : Ulrich HUBER, *De jure civitatis*, livre III, section IV, capitulum I « *De his quae exteri sibi invicem debent* », Franeker, 1694 (traduction latin-français)

[Summarium]

Citra omne factum et pactum, exteros sibi invicem teneri I. ad ea quae necessitas postulat, modo alter iis carere possit. II. Ad ea, Quae sunt innoxiae utilitatis. III. quae ad propulsandum a nobis evidens periculum requiruntur, veluti, ut munimentum in solo pacato capere liceat, sub cautione certa. An possit vicinus impedire locum in nostro munire, nobisque vicinum adversus alium tueri liceat. Quo sensu jure Romano capti a populo nobis pace nec bello cognito, in servitutem redigantur. Inter ea, quae exteri sibi invicem debent, esse quoque mutuam Legum alienarum observantiam. Hanc rem ex jure Romano non posse decidi ; esse juris Gentium. Regulae hac de re proponuntur, eaeque variis exemplorum speciebus declarantur, ad conflictum Statutorum in diversis Civitatibus conciliandum. Regulam ultimam praecedentis capituli etiam applicari posse quaestioni, an jurisdictio possit habere aliquem effectum extra territorium jus dicentis ; eaque diversis factorum speciebus applicatur.

11. Praeterea, inter ea, quae diversi populi sibi invicem debent, merito refertur, observantia Legum aliarum Civitatum, in aliis Imperiis ; ad quam etsi non teneantur ex pacto vel necessitate subordinationis, tamen promiscui usus ratio inter gentes, mutuam hac in parte flagitat indulgentiam. Si enim gens una Leges alterius nullo modo agnoscere vimque illis debitam tribuere vellet, infiniti actus et Contractus omni die in irritum cederent, neque commercia mari terraque consistere possent.

Que les peuples étrangers se doivent les uns aux autres, hors fait et traité :

I. ce qu'impose la nécessité, dans la mesure où l'un d'eux ne peut y pourvoir ;

II. ce qui est utile et ne coûte pas ;

III. ce qu'il faut pour éloigner de nous un péril imminent, comme, par exemple, obtenir, sous garantie certaine, d'établir des défenses en pays ami. Si un voisin peut interdire et fortifier une place sur notre territoire, ce qui lui permettrait d'être par nous protégé contre un autre voisin. C'est en ce sens que selon le droit romain, les prisonniers que nous faisons d'un peuple par nous reconnu comme étant en paix et non en guerre, sont réduits en esclavage. Parmi ce que les peuples étrangers se doivent mutuellement, il y a aussi la considération mutuelle de leurs lois respectives. Cette question ne peut se trancher sur le fondement du droit romain, car elle ressortit au droit des Gens. Sur ce sujet, sont proposées des règles, et ces dernières sont illustrées par plusieurs cas d'espèce, qui doivent résoudre le conflit des statuts entre les divers Etats. La règle ultime du chapitre précédent peut aussi être appliquée au point de savoir si la Jurisdictio pourrait avoir quelque effet en dehors du territoire de celui qui l'exerce ; et il en sera fait application à diverses espèces de faits.¹

11. En outre, au nombre des devoirs des divers peuples les uns envers les autres, est comptée à juste titre l'observation par chaque Etat des lois des autres Cités car, même s'il n'y est pas tenu par un traité ou par la contrainte d'une sujétion, la considération de l'usage commun des peuples requiert instamment une bienveillance réciproque sur ce point. En effet, si un peuple ne voulait d'aucune manière connaître les lois d'un autre peuple ni leur reconnaître l'autorité qui leur est due, en masse, chaque jour, les actes et contrats resteraient sans effet et le commerce par mer ou par terre ne pourrait y résister.

12. *Romani Juris-consulti non sunt idonei hujus doctrinae auctores ; nec enim usquam illi de conflictu diversarum Legum vel Statutorum agunt. Quia enim populi Romani Imperium per omnes mundi tum cogniti partes erat diffusum, et commercia cum Barbaris raro exercebantur, diversitas Legum e diversitate Imperiorum ibi nullam molestiam creabat. Sed hodie, scissa in infinitae Civitates sibi mutuo non subjectas Europa, fit omni die, ut negotium alibi inchoatum vel celebratum alibi effectum habeat vel judicetur ; atque tunc est quaestio, utrum jus ejus loci, in quo acta res fuit, an ubi exitum habet vel judicatur, sequi oporteat.*

13. *Apparet, hoc quaesitum e ratione juris Gentium esse decidendum, quia diversi populi jure civili non utuntur, adeoque velim hoc exemplum, ut evidentissimi argumenti observetur, ad probandum, quod jus Gentium revera distinctum sit a jure Naturae ; quod ad hanc quaestionem nullo modo referre licet. Difficilem materiam Eruditissimi Juris-consulti dissensionibus suis involutiorem magisque preplexam (sic) fecerunt. Nos quam poterimus facillime brevissimeque hoc caput explicabimus, praemissis, fundamenti loco, tribus positionibus indubitatis, ut arbitramur.*

14. *Prima fit, leges cujusque reipubl. tenent obligantque cunctos eidem Imperio subjectos nec ultra. Secunda ; Pro subjectis habentur, quicumque in territorio cujusque civitatis reperiuntur, quandiu illic commorantur, quod ut evidens sua sponte, fit a Romanis adfirmatur in l. 7. § 10. ff. de Interdict. & Releg. Tertia, Summae Potestates cujus Reipubl. indulgent sibi mutuo, ut jura Legesque aliarum, in aliarum territoris effectum habeant, quatenus fine praejudicio indulgentium fieri potest. Exempla, quibus utemur, ad juris privati species maxime quidem pertinebunt, sed judicium de illis unice juris publici rationibus constat, et exinde definiri debent.*

12. Les jurisconsultes romains n'apportent pas à cette doctrine les autorités appropriées : nulle part ils ne traitent du conflit des diverses lois ou statuts ; de fait, parce que l'Empire du peuple romain s'étendait à toutes les parties du monde alors connu et parce que les relations avec les Barbares étaient peu nombreuses, la diversité des lois née de la diversité des Etats n'y était source d'aucun inconvénient. Mais aujourd'hui, dans une Europe divisée en une multitude d'États non sujets les uns des autres, il n'est de jour qu'une affaire engagée ou conclue ici ne produise effet ou soit jugée ailleurs. Dès lors, la question est de savoir s'il convient de suivre le droit du lieu dans lequel l'acte fut passé ou celui du lieu dans lequel il sort son effet ou est porté en justice.

13. Il est clair que cette question doit se décider par application du droit des Gens, parce que de nombreux peuples n'observent pas le droit civil, et je prétendrais même que cet exemple, qui en apporte la plus évidente des preuves, établit que le droit des Gens est réellement distinct du droit de Nature, que d'aucune manière il ne convient de rapporter à cette question. Par leurs dissensions, les plus savants jurisconsultes ont rendu cette difficile matière toujours plus obscure et plus embrouillée. Nous développerons ce point essentiel de la manière la plus aisée et la plus brève que nous pourrons, une fois posées en guise de fondements trois thèses à notre sens indubitables.

14. La première est que : *Les lois de chaque Etat lient et obligent tous ses sujets, mais pas au-delà.*

La seconde, que : *Sont réputés sujets tous ceux qui se trouvent dans le territoire de chaque Etat, et aussi longtemps qu'ils y demeurent, ce qui de soi est évident, comme l'affirment les Romains dans la loi Relegatorum (D. 48.22.7. 10)*

La troisième, que : *Les souverains de chaque Etat se consentiront mutuellement d'accorder effet dans leur territoire aux lois et droits des autres, pour autant que cela puisse se faire sans préjudice pour ceux qui y consentent.*

Assurément, les exemples que nous utiliserons appartiendront le plus souvent à la matière du droit privé, mais leur traitement procédera pour l'essentiel de considérations de droit public et, dès lors, il convient de les présenter.

15. *Primum ponimus usum, in Actibus et contractibus inter vivos, vel mortis causa, certo loco, secundum Leges ejusdem loci, rite celebratis. Talia instrumenta Negotiorum, alibi prolata, ubi sic composita non valerent, ibi sua vi non possunt habere effectum judicialem ; siquidem judices ejus loci, judicare debent, secundum Leges suae Reipubl. quo est conveniens regulae prima. Sed mutua, quam diximus, utilitas gentium effecit, ut constanter receptum sit, Actus viventium morientiumque, factos secundum requisita Legalia locorum, in quibus celebrantur, ubique gentium valere effectumque judiciali potiri, per regulam II.*

16. *Hinc testamentum apud Batavos coram Tabellione duobusque testibus factum, valet etiam in Frisia, tam quod attinet ad mobilia, quam ad immobilia, licet heic testamenta non aliter subsistant, quam adhibitis septem testibus. Nec tantum id obtinet, respectu testatorum, qui sedem fixam habent in Batavia ; sed etiam in Frisiis, qui obiter atque ad tempus apud Batavos agunt, per regulam secundam.*

17. *E contrario, si in vicinia factum fit testamentum aliusve actus contra leges istius loci, judices diversarum provinciarum e tali instrumento jus non dicunt ; quia fuit ab initio nullum, inde ab eo momento, quo contra leges loci, in quo celebratus est actus, fuit institutus et compositus. Idque etiam obtinebit, Etsi cives e nostras republ. in alias regiones se conferant, ea saltem gratia, ut ibi perficiant aliquem actum inter vivos aut mortis causa ; Dum enim ibi morabantur, subjecti errant legibus istius loci. Ampliatur hoc dictum, etsi forma, quam cives nostri in alia republ. Servaverunt, secundum nostras leges ritusque valeret ; quia sic inter populus receptum est, ut in forma actuum ac instrumentorum, jus loci, in quo composita sunt, duntaxat inspiciatur.*

15. Prenons, d'abord, le cas des actes et contrats entre vifs ou à cause de mort régulièrement formés en un certain lieu selon les lois qui y ont cours. Ces mêmes actes, produits ailleurs, où ils ne seraient pas valables s'ils y avaient été formés de la sorte, ne pourraient de leur propre force avoir effet en justice, si vraiment les juges de ce lieu devaient juger selon les lois de leur Etat, ce qui est compatible avec la première règle. Mais l'intérêt mutuel des peuples, que nous avons évoqué, fait, comme il est constamment admis, que les actes des vivants et des morts accomplis selon les exigences légales des lieux où ils sont passés, valent en tout lieu auprès de toutes les nations et peuvent y être sanctionnés en justice, conformément à la seconde règle.

16. De là suit que le testament fait en Hollande devant un notaire et deux témoins, vaut même en Frise, tant en ce qui concerne les meubles qu'en ce qui concerne les immeubles, quoique les testaments n'y soient valables que s'ils ont réuni sept témoins. Ceci, d'après la seconde règle, vaut non seulement à propos des disposants qui ont leur résidence établie en Hollande, mais aussi de ceux qui ont leur domicile en Frise et qui séjournaient temporairement en Hollande au moment de l'acte.

17. Au contraire, si dans un pays voisin un testament ou quelque autre acte méconnaît les lois du lieu, les juges des autres provinces n'accueilleront pas pour droit cet acte, parce qu'il était nul *ab initio*, c'est-à-dire dès le moment où il fut établi et confectionné en violation des lois du lieu où il fut fait. Et ceci vaudra, les citoyens de notre Etat se transporteront-ils en d'autres régions, à la faveur de quoi ils accompliraient quelque acte entre vifs ou à cause de mort ; en effet lors qu'ils y séjournaient, ils étaient soumis aux lois de ce lieu. J'élargis le propos : même si la forme observée par les citoyens dans un autre Etat satisfait nos lois et rites ; parce que il est admis entre les peuples qu'à propos de la forme des actes et instruments, il convient de considérer le droit du lieu où ceux-ci sont dressés.

18. *Neque tantum pertinet haec ratio ad formam instrumentorum, quae de negotiis inter vivos aut mortis causa conficiuntur; sed ad ipsa quoque negotia hominumque actiones. Detur exemplum; In nostra provincia certae merces prohibitae sunt, civis noster alibi emit tales merces, ubi non erant vetitae; Convenitur apud nos; damnandum est, quia contractus fuit licitus et justus illic, ubi initus est. Quid si noster civis emerit alibi tales merces, ut in hac provincia traderentur? Non habebis heic juris effectum, quoniam ea res turbat ordinem apud nos receptum, & sic impingeret in regulam tertiam.*

19. *Hinc etiam sequitur, si peregrinus heic vendiderit tradideritque merces prohibitas, ex eo contractu non dari actionem, nec modo non hic, sed nusquam; est enim contractus illicitus inde ab initio. Sed pone: Civitas nostra prohibet aliquod factum, cives abeunt in locum propinquum extra territorium nostrum, ibique factum illud exercent; An inde erit actio, in nostras civitate? Non erit. Atqui actus erat licitus, ubi institutus fuit: Respondeo, tendit in fraudem et turbamentum juris ordinisque nostri; Ideoque non tenentur iudices nostrates ad exequendum hactenus diversi loci jus; Verum alibi e tali specie facti dabitur exactio.*

20. *Huc etiam refertur Matrimonium; si justae sunt nuptiae, illic, ubi contractae sunt, valent ubique; sin non valeant illic, nusquam subsistunt. Hoc ita; nisi prajudicium nostris juribus ordinique Civitatis inde creetur. In Brabantia duxit aliquis filiam fratris cum dispensatione Pontificis; Ille, si huc migret, non animadvertetur. Quod si Frisius hinc se in loca Pontificia conferens, cum nepte e fratre vel sorore, eamque ibi duxerit, vix est, ut heic tolerendus videatur, quia pertinet ejusmodi conatus ad manifestum juris ordinisque nostri contemptum.*

18. Et cette considération n'importe pas seulement à la forme des instruments qui reçoivent les actes entre vifs ou à cause de morts, mais aussi aux affaires et actions des hommes. Voici l'exemple : dans notre Province certaines marchandises sont interdites et un de nos concitoyens achète ailleurs ces marchandises où elles ne sont pas prohibées ; il est assigné [en paiement] devant nos juges ; il doit être condamné parce que le contrat était licite et juste là où il fut passé. *Quid* si notre concitoyen a acheté ailleurs de telles marchandises dans la vue de les livrer dans cette province ? Il ne jouira pas ici de la protection de nos lois parce que cette affaire trouble l'ordre reçu chez nous et enfreint ainsi la troisième règle.

19. De là suit aussi que, si un étranger a vendu et livré ici des marchandises prohibées, de ce contrat ne naît aucune action, pas seulement ici, mais encore nulle part ; en effet, dès l'origine ce contrat est illicite. Mais supposons que notre cité défende quelque fait et que des citoyens passent en un lieu proche hors de notre territoire et y accomplissent ce fait. Une action sera-t-elle donnée dans notre cité ? Non, il n'y en aura aucune. Pourtant, l'acte était licite là où il a été accompli. Je réponds : il tendait à frauder nos lois et à troubler notre ordre ; pour cela, les juges de notre pays ne sont pas tenus à ce point de donner exécution au droit d'un autre pays ; même si, ailleurs, ce genre de fait donne lieu à action.

20. À ce point, ceci concerne aussi le mariage ; s'il y a eu justes noces là où elles furent contractées, elles valent en tous lieux ; sinon, elles ne valent nulle part. Ainsi en est-il à moins qu'il n'en sorte un dommage pour nos lois et pour l'ordre de la cité. En Brabant, avec dispense papale on épouse la fille de son frère ; se transporte-t-on ici, on n'encourt aucune censure. Mais qu'un Frison, passant d'ici en territoire pontifical avec celle qui est sa nièce, issue de son frère ou de sa sœur, l'y épouse, il est difficilement concevable que ceci soit accepté ici, parce qu'une manœuvre de cette sorte tend à bafouer ouvertement notre ordre juridique.

21. *Alius usus. Contractum est matrimonium in Batavis, ubi communio bonorum universalis viget, ni pactis dotalibus aliter sit cautum : an etiam bona sita in Frisia, ubi matrimonium non mutat, neque confundit dominia rerum, communicabuntur cum altero conjuge ? Communicabuntur, quia spectatur locus initi matrimonii, et quia videtur haec esse voluntas contrahentium, quae ubique debet habere effectum. Alioqui, si non esse hic actus perspicuae voluntatis, sola vis legis alieni territorii non posset afficere res immobiles in alio territorio sitas : quia cum hae faciant partem subjectivam cujusque territorii, non posset fieri sine confusione, ut diversae Reipubl. Leges rebus soli, alibi sitis effectum juris imprimerent.*

22. *Hinc judicatur illa celebris quaestio ; si quis moriatur intestatus, relictis bonis in diversis civitatibus, quae non iisdem legibus succedendi utuntur, utrum successio deferatur secundum leges Reipubl. in qua vixit et mortuus est defunctus, an, ubi sita sunt bona. Responsio est ; Immobilia sequi jus loci, in quo sita sunt ; Mobilia, cum non faciant partem territorii, sed affectionem ad personam Ultimi possessoris habeant, sequuntur jus loci, in quo ille domicilium habuit. Idem in obligationibus & juribus incorporeis statuendum, quoniam hi ex interpretatione communi Statutorum, pro mobilibus habentur.*

23. *Quod si testatores vel contrahentes claris verbis expresserint, quid de rebus immobilibus fieri vellent, tum ratio juris Gentium postulat, ut voluntas effectum suum habeat, ubicunque sitae sint, mobiles immobilesve ; cum nihil tam naturale sit, quam ut voluntas Domini, volentis rem sua in alium transferri, rata habeatur, ut ait Justinianus in § per traditionem 40 Inst. de Acquir. R.D.*

21. Autre exemple : Un mariage est contracté en Hollande où, sauf convention de dot, prévaut la communauté de biens universelle : les biens situés en Frise, où le mariage ne modifie ni ne mélange la propriété des biens, deviennent-ils communs avec ceux du conjoint ? Ils deviennent communs parce qu'il faut considérer le lieu de conclusion du mariage et parce qu'il semble que telle ait été la volonté des contractants, laquelle doit avoir effet partout. Autrement, s'il ne s'agissait d'un acte de claire volonté, la seule force de la loi ne pourrait affecter des immeubles situés en d'autres territoires : comme ils constituent partie intégrante de chaque territoire, il ne peut se faire sans confusion que les lois d'un autre Etat fixent le régime juridique des choses du sol sises ailleurs.

22. De là se résout une célèbre question : si quelqu'un décède intestat, laissant des biens en divers pays, qui ne vivent pas sous les mêmes lois, la succession sera-t-elle dévolue selon les lois de l'Etat dans lequel vivait et est mort le défunt ou bien selon les lois du pays où les biens sont situés ? La réponse est : les immeubles suivent les lois du lieu où ils sont situés ; les meubles, parce qu'ils ne font pas partie du territoire, mais sont attachés à la personne de leur dernier possesseur, suivent les lois du lieu dans lequel celui-ci avait son domicile. Pareillement en jugera-t-on pour les obligations et les droits incorporels, parce que la commune interprétation des statuts les répute meubles.

23. Si les disposants ou contractants ont exprimé en termes clairs leur volonté sur le sort de leurs biens immobiliers, alors la *ratio* du droit des gens veut que cette volonté sorte son effet où que les biens, meubles ou immeubles, soient situés ; rien de plus naturel que ratifier la volonté du propriétaire voulant transférer sa chose à autrui, selon ce que dit Justinien dans les *Institutes* (Inst., 2, 1, 40).

24. *Verum haec expressa voluntas non potest operari adversus leges, quae in singulis civitatibus specialiter rebus immobilibus sunt impositae. Exempli gratia ; Frisius habet res soli in Omlandia nobis vicina, ubi non licet testari de rebus immobilibus. Vult ille tamen eas res extraneo relinquere jure nostro. Quaeritur an possit ; non potest. Magistratus enim Omlandici non patientur suae ditionis praedia ad extraneos testamento transferri, per dispositionem exterorum, quod suis civilis non licet ; neque tenentur ex jure Gentium permittere rem suo Regimini ordinique recepto adversam, vi regulae tertiae, quam habuimus supra, fundamentalem.*

25. *Similiter, si paterfamilias in Imperio, ubi jure scripto utuntur, atque ubi dominia rerum sola Conventione secutaque traditione transferuntur, rem vendiderit, sitam in Provincia, ubi dominium non transit, nisi praecedente judiciali promulgatione ac adjudicatione ; non possunt efficere contrahentes suis pactis, ut leges istae alienationi praescriptae negligantur. Idem producitur ad res in se mobiles, verum immobilibus adnexas ; sicut apud nos, frumentum adhuc virens, vel dum adhuc in aristis nutritur, per aversionem vendi nequit. Venditur in Hollandia tale Frificum frumentum, ubi scilicet ejusmodi venditio non est prohibita : Tamen heic non valebit contractus, ob rationem modo rebus ipsis immobilibus applicitam.*

26. *Ita juris est in rebus. In qualitatibus personarum spectatur ubique jus loci, in quo cuique personae certa qualitas impressa fuit : Eum charaterem persona quaeque per omnia diversi quoque Imperii loca circumfert, omnesque judices hactenus agnoscunt jus loci originalis ; quatenus etiam hac parte nihil praejudicii diverso Imperio creari videatur. Hinc, qui in patria major, vel minor annis, prodigus aut curae alienae obnoxius habetur, vel factus est, hic ubique talis censetur, eodemque jure gaudet in omni Republ. quo ibi majores minoresve, prodigi curaeve obnoxii gaudent, etsi juxta leges illius Reipubl. pro talibus non haberentur.*

24. Mais cette volonté expresse ne peut aller contre les lois, qui dans certains pays sont spécialement imposées aux immeubles. Par exemple : un Frison a des biens fonds dans les Ommelandes ⁱⁱ voisines, où il n'est pas permis de tester sur les immeubles, néanmoins il veut laisser ces biens à un étranger conformément à notre droit. On se demande s'il le peut : il ne le peut. Les magistrats des Ommelandes ne reconnaîtront pas, en effet, son pouvoir de transmettre par testament ces immeubles à des étrangers, par une disposition faite à l'étranger que leurs concitoyens ne peuvent faire ; et ils ne seront nullement tenus par le droit des gens de permettre une chose contraire à leur gouvernement et à leur ordre juridique en vertu de la troisième règle que plus haut nous avons considérée fondamentale.

25. Pareillement, si un père de famille dans l'Empire, où l'on vit sous le droit écrit et où la propriété des choses est transférée par la convention suivie de la tradition, vend une chose située dans une province où le propriété ne se transfère que par voie de publication judiciaire ou d'adjudication ; les contractants ne peuvent donner effet à leur accord, dès lors qu'ont été méconnues les lois régissant l'aliénation. Il en va de même pour les choses mobiles par elles-mêmes mais unies à des immeubles ; comme chez nous le blé en herbe, ou jusqu'à ce qu'il forme des épis, qui ne peut être vendu à forfait. Un tel blé de Frise est vendu en Hollande, où une vente de ce genre n'est pas prohibée, cependant ici le contrat ne vaudra pas pour la raison à l'instant donnée à propos des immeubles.

26. Ainsi en est-il du droit quant aux choses. Quant aux qualités des personnes, il faut partout considérer le droit du lieu dans lequel telle qualité a été attribuée à chaque personne : chaque personne porte cette empreinte en tous les lieux des divers Etats, et tous les juges ne reconnaissent que le droit du lieu d'attribution pour autant que cela ne semble créer aucun préjudice à un autre Etat. Dès lors, qui dans son pays est majeur ou mineur, prodigue ou placé sous curatelle est tel en tout lieu et jouit en tout pays des mêmes droits dont jouissent les majeurs et les mineurs, les prodiges et les personnes sous curatelle, même si au regard des lois de ce pays il n'est pas réputé tel.

In provincia Trajectina pro majori habetur, qui unum, ni fallor, et viginti annos implevit, hic in Frisia res immobiles sine Decreto potest vendere, quia majoribus aetate competit hoc jus in Frisia, licet ille secundum Leges nostras pro maiore non habeatur.

Qui hic veniam aetatis impetravit, is alibi quoque pro maiore habetur, ideoque si male contraxerit alibi, non restituetur in integrum, etsi hoc beneficium ejus aetatis hominibus illic tribuatur. Qui hic est prodigus, ille nusquam habet liberam administrationem rerum suarum, nec usquam e contractibus obligatur ; nisi quatenus aequitatis intuitu probabilis ignorantia remedium extraordinarium parti laesae suppeditare queat.

27. *Verum, quod aliquis ob personalem qualitatem domi facere potest aut prohibetur, an hoc etiam alibi licitum illicitumve est, utcunque personae talis qualitatis jure diverso illic utantur ? Ita nonnulli disputant ; fed Verius est, in definitione superius posita subsistendum esse ; Quemlibet agnosci in ea qualitate, quam in Patria acquisivit, ibique eodem jure gaudere, quo personae ejusdem qualitatis in eo loco, non in Patria fruuntur ; Id enim incommodum atque άτοπον foret, ut non modo peregrini qualitatem suam domi ipsis impressam ubique circumferrent, sed etiam potestates externas obligarent, ut jus in Patria illorum usitatum, non suum domesticum exercerent.*

28. *Exemplo res patebit ; Filius familias utcunque dives et major annis non potest in Frisia legare de suis bonis ; In Hollandia potest. Proficiscatur igitur filius aut filiasam nostras in Batavos, faciat ibi testamentum ; quaeritur, an valeat. Videtur : Attamen non valebit hic in Frisia, quia licet actus in sese initioque sit validus, institutus tamen est in fraudem juris Frisici, quod Frisii approbare non debent.*

Dans la province d'Utrecht qui a vingt et un ans accomplis est considéré majeur, si je ne me trompe ; ici, en Frise, il peut donc vendre des immeubles sans autorisation de justice, parce que ce droit en Frise appartient aux majeurs, quoique selon nos lois il ne serait pas considéré majeur.

Qui a obtenu ici la *venia aetatis* [dispense d'âge] est ailleurs aussi censé être majeur, et pour cela s'il contracte à son détriment, il ne sera pas restitué *in integrum* même là où ce privilège est attribué aux hommes de son âge. Qui est prodigue ici, n'aura nulle part la libre administration de ses biens et nulle part ne sera obligé par ses contrats, à moins que pour raison d'équité la partie lésée ne puisse tirer un remède extraordinaire du caractère vraisemblable de son ignorance.

27. Mais ce qu'il est permis ou prohibé de faire chez soi en raison d'une qualité personnelle est-il encore licite ou illicite ailleurs, alors que les personnes de même qualité y sont soumises à un droit différent ? D'aucuns le soutiennent ; il est pourtant plus exact d'en rester à la position arrêtée plus haut ; quiconque est reconnu dans cette qualité qu'il a acquise dans sa patrie, doit jouir ici du droit même dont les personnes de cette qualité jouissent en ce lieu, mais non dans sa patrie. Il serait incommode [inapproprié] et *ατοπον* [absurde] que non seulement les visiteurs portent la qualité acquise chez eux en tout lieu, mais encore qu'ils obligent l'autorité étrangère à appliquer le droit reçu dans leur pays, et non ses propres lois.

28. Un exemple éclaircira l'affaire. Un fils de famille, riche et majeur d'âge, ne peut en Frise léguer ses biens ; en Hollande, il le peut. Donc ce fils ou cette fille de famille des nôtres se rend chez les Bataves et, là, y fait un testament ; on se demande si celui-ci est valable. Il le semblerait ; toutefois, il ne vaudra pas en Frise, parce que, même si l'acte est valable en soi dès l'origine, il a été établi en fraude du droit frison, ce que les Frisons ne doivent pas admettre.

Proinde, si filiusfamilias Batavus in Patria sua condat testamentum de rebus in Frisia sitis, etiam immobilibus, heic valebit ; quia voluntas Domini secundum jus loci recte ordinata ubique rata haberi debet ; duntaxat, uhi nulla fraus Legibus nostris facta videri potest, quod in hac specie non apparet.

29. Hoc enim indubitatum est, inquam, non teneri Potestates, sequi jus alienum in fraudem sui juris vel civium suorum. Sit hoc exemplum ; Jure civili creditor hypothecarius res etiam mobiles debitoris sui a tertio possessore potest avocare, quod apud nos observatur. In Hollandia secus. Creditor ex hypotheca in Frisia contracta vult agere contra possessorem rei mobilis sibimet oppignoratae in Hollandia. Nihil aget, si justo titulo bonaque fide res ibi possideatur ; quia tum jus ei possessori quaesitum est, quod ei per leges apud nos receptas, licet heic contractus sit celebratus, auferri non potest.

30. Aliud ; Creditor ex causa Cambii jus suum in tempore exercens praeferatur alicubi ut puto, omnibus aliis creditoribus, in bona mobilia debitoris. Hic habet ejusmodi res in Frisia, ubi hoc jus non obtinet. An ibi creditor etiam praeferetur, aliis creditoribus ? Nullo modo, quoniam hic creditoribus vi legum hic receptarum, potius jus pridem quaesitum est.

31. In summa igitur, quoties conflictus legum in diversis Civitatibus circa idem negotium, occurrit, Potestas loci, ubi res judicanda est, si velit, potest, et quidem jure suo, per omnia sequi leges proprias ; sed ob reciprocam utilitatem in disciplinam juris Gentium abiit, ut jus loci, in quo res gesta fuit, praevaleat ; nisi rursus in contrarium utilitas alterius Reipubl. praeponderet, ut jam exposuimus.

De même, si un fils de famille hollandais rédige dans sa patrie un testament disposant de biens, même immeubles, situés en Frise, celui-ci vaudra ici ; parce que la volonté du propriétaire régulièrement exprimée selon le droit local doit être reconnue partout ; du moins, lorsque aucune fraude faite à nos lois ne peut être découverte, ce qui n'apparaît pas dans le cas d'espèce.

29. En effet, il est indiscutable, dis-je, que les autorités ne sont pas tenues de suivre le droit étranger en fraude de leur droit ou de celui de leurs sujets. Voici un exemple : en vertu du droit civil un créancier hypothécaire peut réclamer les biens même meubles de son débiteur entre les mains d'un tiers possesseur, ce qui est admis chez nous. En Hollande, il en va autrement. Un créancier sur la base d'une hypothèque constituée en Frise veut agir contre le possesseur de la chose mobilière à ce dernier remise en gage en Hollande. Ce sera en vain, s'il y a possession de bonne foi fondée sur un juste titre ; parce que, dans ce cas, le droit réclamé au possesseur est ce qui ne peut lui être enlevé par les lois reçues chez nous, quoique le contrat y ait été passé.

30. Autre exemple ; un créancier exerçant son droit cambiaire dans les délais doit, je le suppose, être préféré à tous les autres créanciers sur les biens mobiliers du débiteur. Celui-ci a un bien de cette sorte en Frise, où ce droitⁱⁱⁱ ne s'impose pas. Est-ce qu'ici le créancier sera aussi préféré aux autres créanciers ? En aucune façon, parce que ici en vertu des lois qui y sont reçues le droit antérieurement acquis est le plus fort.

31. En résumé donc, chaque fois qu'un conflit de lois entre plusieurs cités à propos de la même affaire survient, l'autorité du lieu où l'affaire doit se juger peut, si elle le veut, et assurément de son propre droit, suivre en tout ses propres lois ; mais, pour l'utilité réciproque, elle [peut] se rallie[r] à l'enseignement du droit des gens, de telle sorte que prévale le droit du lieu où l'affaire fut faite, à moins que inversement ne l'emporte l'intérêt contraire d'un autre Etat, comme nous l'avons déjà expliqué.

32. *Secundum haec ; Nota est regula, tam jure Civili Romanorum, quam publico omnium gentium, recepta^{iv}, Nemini extra territorium suum juris dicendi esse facultatem l. ult. ff. de Jurisd. Ideoque jurisdictio, quae est Civitatis unius, per se nullo modo effectum habere potest in alia civitate. Sed quam Regulam praecedenti capite posuimus ultimam et penultimam, eae quoque hic usu veniunt ; Potestates diversorum Imperiorum jurisdictionem (sic) aliorum, etiam in suo territorio agnoscere atque tueri debere, quatenus sine praejudicio suo civiumque suorum fieri possit.*

33. *Usus hujus regulae, secundum partes judicii, breviter examinabimus, initio ab in jus vocatione facto : licet de illa superius locum habuerimus communem, in quo de his rebus nonnihil occupatum est. In jus vocatio non potest fieri, nisi in eos qui subjecti sunt ejus, ad quem vocantur, jurisdictioni. Proinde licet partes expressa conventionem se extraneo judici submiserint, ideo tamen in jus vocatio extra territorium institui non potest, quia privati fuis pactionibus jurisdictionem fundare nequeunt, nec efficere, ut actus imperii in alieno territorio institui queat.*

34. *Sed quaeritur ; si Judex, cui se alienus civis submifit, roget ejus Magistratum, ut eum citare velit, quo in locum, cui se submisit, veniat, causamque suam agat, an alterius Magistratus id ex ratione juris gentium facere debeat ; et negatur ; quoniam hoc praejudicat ipsius potestati, neque causa liquet justa fati, quamobrem patiat evocari suum civem, propter commodum exterorum litigantium : Atqui nihil proclivius est, quam ut Actor Reum quaerat apud suum judicem, qui aequè jus, ac alius, ut praesumitur, administrabit. Quod si is, qui se extero judici submisit, in hujus territorio deprehendatur, ibi proculdubio in jus vocari detinerique potest. Atque, si tum recesserit denuo in eadem causa*

32. Selon cet enseignement, il est une règle bien connue, également reçue par le droit civil des Romains et par le droit public de toutes les nations : *Nemini extra territorium suum juris dicendi esse facultatem*, D. 2, 1, 20. (« la faculté de dire le droit hors de son territoire n'appartient à personne »). Et pour cette raison, la juridiction qui est le propre d'un Etat ne peut d'elle-même produire aucun effet dans un autre Etat. Cependant, la dernière et l'avant dernière règle que nous avons établies dans le précédent chapitre, ici aussi interviennent. L'autorité de chaque Etat reconnaît la juridiction des autres, même sur son territoire et doit la protéger, pour autant que ceci peut se faire sans dommage pour elle-même et pour ses ressortissants.

33. Nous examinerons brièvement l'application de cette règle à divers aspects procéduraux, dès le moment où la citation est faite, même si plus haut sur cette règle a été établi un lieu commun, dans lequel on s'est un peu occupé de ces choses. La citation en justice ne peut être dirigée que contre ceux qui sont les sujets de la juridiction saisie. Dans le même temps, quoique les parties se soient soumises par convention expresse à un juge étranger, une citation ne peut pourtant être placée hors du territoire, parce que les particuliers sont impuissants à fonder par leur accords la juridiction, ni faire en sorte qu'un acte de puissance publique puisse être accompli en territoire étranger.

34. Mais on demande : si le juge, auquel un ressortissant étranger s'est soumis, prie le magistrat de celui-ci^v de bien vouloir le convoquer, afin qu'il vienne au lieu auquel il s'est soumis et qu'il y défende sa cause, le magistrat doit-il faire cela en considération du droit des gens ? Il doit refuser, parce que ceci porterait atteinte à sa propre autorité, alors qu'il n'est pas clair que la cause soit assez juste pour qu'il consente à convoquer son concitoyen à la convenance de plaideurs étrangers. Or quoi de plus recommandable que le demandeur assigne le défendeur devant son juge qui, on le présume, mieux qu'un autre appliquera son droit équitablement. Celui qui s'est soumis à un juge étranger serait-il arrêté dans le territoire de celui-ci, nul doute qu'il peut y être retenu et assigné. Mais si alors il s'éloignait et qu'il faille, dans la même cause, l'assigner derechef,

citandus sit, tum judex ejus ordinarius, non debet negare citationem requisitus ; quia non expedit utilitati populorum communi, ut jurisdictio simel (sic : semel) legitime fundata, litisque disceptatio inchoata intermoriatur.

35. Idem habebit locum, si contractus in certo loco celebratus sit, debitorque alibi habitet : non potest ad locum contractus vocari, nisi citatus in eadem Jurisdictione, nec Judex ipsius aliter officium suae potestatis exteris commodabit. Quod si res, de qua litigitur, sub eadem jurisdictione sita sit, etsi dominus alibi degat, Judex ejus ordinarius non gravabitur requisitus, eum compellere ad sistendum se illic, ubi res immobiles sitae sunt ; quia tum judex loci de re ipsa disponere potest, et res immobiles, quae partem subjectivam territorii faciunt, ab eo jurebusque ejus separari non possunt. Unde apud omnes gentes, in judiciis, quae in rem ipsam diriguntur, situs rei immobiliis tribuit forum.

36. Eandem vim habet universaliter fere populorum instituto, Arrestum, quod dicitur, non modo, quo persona detinetur, sed etiam, quo res alterius, etsi mobiliis, inhihentur alio transferri, vel domino creditorive tradi. Cujus res vel jura quaelibet eo modo adstringuntur, is illic se defendere debet, non secus ac si res immobiles ibi sitas haberet. Adeoque Magistratus ubique locorum, diversarum civitatum jurisdictionem hac causa tumentur, eique vim suae auctoritatis addunt.

37. Idem juris accidit ob connexionem causarum, quando negotium in uno loco vertitur, cujus participes in alia civitate degunt ; quia re loquitur, non posse neque debere continentiam causae dividi, quod mutuo populorum incommodo cederet perverse. Rursus ita juris est in casu reconventionis ; Civis Batavus convenit Nostratem apud hoc forum. Hic reciprocam actionem adversus ipsum instituit in eodem foro ; debet heic se defendere ; nec enim recusare potest judicem, quem ipsemet elegit : Igitur si ob causam in ea lite incidentem citetur in sua civitate,

alors son juge régulier étant saisi ne devrait pas rejeter la citation ; parce qu'il ne sert pas l'intérêt commun des nations que, une fois la juridiction légitimement fondée, le litige et le débat s'éteignent inachevés.

35. Il en va de même, si le contrat a été conclu en un lieu déterminé et que le débiteur habite ailleurs : il ne peut être assigné au lieu du contrat, sauf s'il est cité^{vi} dans la même juridiction et que son juge ne consent pas autrement l'exercice de son autorité à des étrangers. La chose qui est l'objet du litige se situe-t-elle dans cette même juridiction, même si le propriétaire vit ailleurs, le juge régulier de celui-ci, étant saisi, ne refusera pas de le contraindre à comparaître en cet endroit, où sont situés les immeubles ; parce qu'alors le juge du lieu peut statuer sur la chose même et les biens immeubles qui sont partie intégrante du territoire, duquel et de sa condition ils ne peuvent être séparés. C'est pourquoi, auprès de tous les peuples, dans les procès qui portent sur la chose même, la situation de l'immeuble désigne le tribunal.

36. Etabli par la quasi universalité des peuples, l'arrêt s'impose avec la même vigueur qui non seulement immobilise la personne mais encore interdit le transfert des choses à autrui aussi bien que leur remise au propriétaire ou au créancier. Celui dont les choses ou les droits sont ainsi gelés doit défendre au lieu de la saisie, pas autrement que s'il y possédait des immeubles. Bien plus, les magistrats partout protègent la juridiction des divers Etats sur cette cause et renforcent ainsi leur autorité.

37. De droit, même, en cas de connexité des demandes lorsque le procès se déroule dans un lieu tandis que les protagonistes vivent dans un autre Etat ; parce qu'il est clair qu'on ne peut, ni ne doit rompre le voisinage des causes si cela s'avère contraire à l'intérêt mutuel des peuples. De droit encore, en cas de reconvention ; un citoyen hollandais assigne auprès de ce tribunal un des nôtres, celui-ci forme une demande réciproque devant le même tribunal ; c'est ici qu'il doit se pourvoir ; et il ne peut récuser le juge que lui-même a choisi : donc si, en raison de la demande incidente dans ce litige, il est convoqué dans son pays,

non debet negare Judex loci requisitoriam citationem, si forte domicilium citandi in eo loco, ubi judicium vertitur, non constituerit.

38. Atque hae rationes intelliguntur esse tam praegnantas, ut, si Judex Rei citati, rogatus ? Nolit evocationem sui civis permittere, Magistratus loci, in quo res vel causa vertitur, per Edictum in finibus suae civitatis, Reum talem citare possit, cum simplici denuntiatione vel significatione quovis modo, etiam sine publica auctoritate, facta ; Cujus vi Judex loci procedere potest ad cognitionem, decisionem, executionemque rei litigiosae ; atque ita fit omni die. Potest etiam inde ab initio, quando jurisdictio in exterum, ita uti diximus, fundata est, citatio per Edictum fieri ; cujus insinuationem petitur a Judice Rei citati, quam si ille neget, causae tamen cognitio procedit.

39. Prudentis autem Magistratus est, quando ejus officium imploratur, ut alienae jurisdictioni vim addat, Reum quievocatur, audire, atque animadvertere, sitne justa causa civem suum emittendi ad aliud tribunal, an secus. Nam qui promiscua humanitate ejusmodi citationes, sine inquisitione, concedunt, haud raro civibus suis propriisque jurisdictionibus praejudicium creant. Saepe enim accidit, ut ob simplicem partium submissionem locumve contractus evocationes requirantur ; ad quas, ut antea diximus, Magistratus ex ratione juris communis non tenentur.

40. Ne locus quidem delicti admissi pro causa valida habetur ad evocationem jure petendam & urgendam : sed quia generis humani interest, delicta puniri, maximeque in iis locis, ubi exempla sunt edita, in quibus et probationes sunt faciliores, non solet remissio petentibus negari. Alioqui in delictis maxime obtinet axioma, Ubi te invenio, ibi te judico ;

le juge du lieu ne doit pas refuser la citation réquisitoire, même s'il se trouve qu'il n'a pas fait élection de domicile dans le lieu où se déroule le procès.

38. D'ailleurs, ces considérations sont reconnues être si prégnantes que si le juge du défendeur appelé, en étant prié, ne veut pas permettre le renvoi de son concitoyen, le magistrat du lieu dans lequel le procès ou la demande se déroule, peut par ordonnance dans les limites de son Etat convoquer un tel défendeur par voie de simple dénonciation ou signification en usant de l'autorité publique. Par force de quoi, le juge du lieu peut procéder à l'instruction, à la décision et à l'exécution de l'affaire litigieuse ; et il en est bien ainsi tous les jours. Aussitôt qu'est fondée la juridiction à l'égard de l'étranger, nous l'avons dit, la citation peut même être faite par ordonnance ; laquelle doit, alors, être communiquée au juge du défendeur appelé, sans qu'un refus de celui-ci empêche la poursuite du procès.

39. Cependant, la prudence du magistrat veut, lorsque son office est sollicité pour renforcer une juridiction étrangère, qu'il entende le défendeur qui est renvoyé et qu'il s'assure qu'il y a un juste motif de renvoyer son concitoyen devant un autre tribunal. En effet, il n'est pas rare que ceux qui, par une commune bienveillance, délivrent sans examen de telles citations causent préjudice à leurs concitoyens comme à leurs propres juridictions. Il arrive souvent en effet, que du fait de la seule soumission des parties ou du lieu du procès, des renvois soient demandés ; comme nous l'avons dit auparavant, les magistrats ne sont pas obligés par le droit commun de les accorder.

40. Le lieu de commission du délit n'est pas réputé être un motif valable de demander et presser un renvoi de droit : mais, parce que c'est l'intérêt du genre humain que les délits, autant que possible, soient punis au lieu de leur commission, où les châtiments seront rendus publics, et où les preuves sont les plus faciles, il n'est pas courant de refuser le renvoi à ceux qui le réclament. Du reste, en matière de délit, prévaut l'axiome *Ubi te ipsius, ut invenio, ibi te judico* (« Où je te découvre, je te juge ») ;

quae tamen regula generalis est, etiam in causis civilibus, per regulam praecedenti capite positam; quod subjecti Imperio sint, quicumque in eodem territorio reperiuntur, licet ad tempus et ὡς ἐδ παρόδω, in transitu.

41. Ergo, quod delicta ubivis terrarum admissa puniri possunt, ubicunque malefici reperiuntur, non est juris extraordinarii, sed e natura jurisdictionis summaeque potestatis immediate fluit; et ratio salutis communis humani generis, exercitium illius regulae, in criminibus etiam, commendat. Verum in civilibus causis, ratio melior est juris Romani in l. 19. ff. de Judic. quae non probat, ubi quis iter faciens aut hospitio utens forte apprehenditur, illic citatus se defendere cogatur. Longe satius erat, Actorem sequi forum Rei, utique, nisi contraxerit in eo loco, vel isti loco sponte se submiserit; tunc enim vel momento ibi repertus jure meritoque judicium ibidem subire cogitur. Sed de his rebus ne latius agamus, facit, quod supra in sect. 3. cap. 1. pleraque hujus generis occupata & absoluta sint.

42. Ita se habet hoc jus circa in jus vocationem citationesque, durante lite faciendas. Sequens consideratio est de sentiis, quas ab alio iudice latas in alia civitate non habere vim effectumque, sua vi clarum atque certum est. Sed utilitas, imo necessitas adigit Potestates diversorum Imperiorum, ut res uno loco judicatae ab his, qui jus ibi iudicandi habebant, ubique locorum obtineant: et requisiti iudices aliorum sententias executioni mandent, tam in causis civilibus quam in criminalibus. Rursus eadem limitatione, quam toties inculcavimus, heic applicanda; nisi jurisdictionis nostrae civium; nostrorum gravius intersit.

43. Exemplo fit haec species; Homicidium apud nos est admissum, Reus evadit e nostris finibus et in viciniam sese confert; Illic se iudicio sistit et absolvitur; Petitur in Patria ipsius, ut

d'ailleurs, cette règle est générale, même en matière civile, en conséquence de la règle posée au chapitre précédent, que sont sujets du souverain tous ceux qui se trouvent sur son territoire, ne serait-ce que momentanément et de passage.

41. Donc, que les délits puissent être punis en n'importe quels lieux qu'ils aient été commis, où que les dommages aient été constatés, cela ne relève pas d'un droit exorbitant, mais découle immédiatement de la nature de la juridiction et de la souveraineté; et la considération de la conservation de l'ensemble du genre humain recommande l'application de cette règle même dans les affaires criminelles. Mais, en vérité, dans les causes civiles, la meilleure doctrine vient du droit romain, et de la loi *Heres Absens* (D. 5.1.19), laquelle n'approuve pas que celui qui, cité en justice là où, par hasard, il a été pris alors qu'il était en route ou bénéficiait de l'hospitalité, soit obligé de s'y défendre. Il est de loin préférable, de toute façon, que le demandeur suive le tribunal du défendeur, à moins que celui-ci n'ait contracté en ce lieu ou qu'il ne se soit soumis librement à ce lieu; alors, en effet, c'est à bon droit et juste titre que, du moment qu'il est pris ici, il doive y comparaître. Mais, de ces questions, ne nous occupons pas davantage, car la majeure partie d'entre elles a déjà été traitée et résolue dans la III^e section du chapitre I^{er}.

42. Tel est le droit concernant l'assignation en justice et les citations qui doivent être faites pour lier l'instance^{vii}. L'examen suivant portera sur les jugements dont il est clair et sûr que d'avoir été rendus par un juge étranger dans un autre Etat, ils n'ont [ici] aucune force et autorité. Cependant, l'intérêt, bien plus, la nécessité force les autorités des divers Etats à reconnaître que la chose jugée en un lieu par qui avait le droit d'y juger, s'impose en tous lieux et que les juges requis accordent l'exécution aux jugements étrangers, tant dans les causes civiles qu'en matière criminelle. Derechef, sous cette réserve que, tant de fois nous avons martelée, et qui doit être appliquée ici: sauf à affecter gravement notre juridiction et nos concitoyens.

43. Voici un cas qui servira d'exemple: un homicide est commis chez nous, l'accusé sort de nos frontières et se porte en pays voisin; là, il se présente au tribunal et est absous;

sententia executioni detur. Habent illi causam recusandi ; quia pertinet exemplum ad suam jurisdictionem eludendam. Alioqui non est iudicium aliorum, inquirere in rationes modumque procedendi in aliis locis observatum ; quoniam hoc praetextu semper executiones eludi possent ; praeter quod ea species imperii foret in non subjectos.

44. Proinde, si Princeps diversae Civitatis veniam dederit homicidii aliusve delicti, in suo Imperio admissi ; homicida, licet noster civis, sine metu apud nos versabitur. Nisi enim talia pro certo jure teneantur, nulla Potestas cum effectu aliquid agere in suo vel jus dicere poterit ; si personae, quibus inde jus quaesitum est, eo passim uti frui nequeant.

45. Neque tamen ita caecum sibi mutuo obsequium debent Potestates, ut effectum rebus iudicatis aliorum tribuant, in fraudem, ut toties dictum, suae jurisdictionis suorumve civium. Rursus exemplum ; Civis noster Edicto citatur in vicinam Provinciam, ex sola vi submissionis per conventionem factae, cumque non sisteret se, veluti Contumax ibi damnatur, sententia mittitur ad nostros iudices executioni danda. Quaeritur, an debeant ei vim addere ; non videtur, quia sicut antea dictum est, ea res pertinet ad fraudem jurisdictionis nostrae ; ac ita sit. Quando etiam petunt exteri suas sententias executione firmari, mos et ratio exequendi, secundum instituta fori, in quo sit executio, non ubi sententia lata est, fieri debet ac solet ; quia mutatio moris sollemnis in actu externo consistentis, fat difficilis et incommoda foret.

46. Qua causa, juris etiam ac moris est, ut quicquid ad ordinem iudicii naturamque actionum instituendarum pertinet, observetur, secundum jus loci, ubi causa cognoscitur et iudicatur, non ubi res gesta fuit. Exemplo et hoc illustretur Nostras homo in Batavis agens, illic e mercibus minutim venditis obligatus est, quarum

on demande un jugement d'exécution dans sa patrie. Il y a motif de refus : le procédé tendait à éluder leur juridiction ; du reste, on ne prête pas attention au mode et aux raisons d'informer des juges étrangers dans les autres pays ; parce que, sous ce prétexte, l'exécution pourrait toujours être refusée, réserve faite du cas qui concernerait des non sujets de l'empire.

44. De même, si le souverain d'un autre Etat accorde le pardon de l'homicide ou de quelque autre délit commis chez lui, le meurtrier, serait-il notre concitoyen, peut revenir chez nous sans crainte. Il est admis de droit certain qu'aucune Puissance ne peut valablement accomplir quoi que ce soit ou exercer sa juridiction que chez elle, les personnes, à qui un droit a été acquis ailleurs, en seraient-elles empêchées d'en jouir et en user partout.

45. Cependant, les autorités ne se doivent pas ainsi les unes aux autres un respect aveugle, tel qu'elles attribuent un effet aux choses jugées des autres, en fraude, comme si souvent rappelé, de leur juridiction et de leurs concitoyens. De nouveau un exemple : un de nos concitoyens est attiré dans une province voisine, sur le fondement de sa seule soumission par accord, et comme il ne comparait pas, il est condamné par défaut ; le jugement est soumis à nos juges pour recevoir exécution. Ceux-ci, se demande-t-on, doivent-ils accorder la force exécutoire ? Il ne le semble pas, parce que, comme dit plus haut, cela tendrait à la fraude de notre juridiction ; et c'est bien ainsi qu'il en est. Quand les étrangers demandent que leurs jugements soient reçus pour exécution, la manière et la raison d'exécuter sont habituellement et doivent être déterminés selon les principes du for requis et non selon ceux du for d'origine ; parce que la modification d'une pratique consacrée, appliquée à un acte étranger, serait difficile et incommode

46. Pour cela, il est de droit et d'usage que, pour tout ce qui touche à la procédure et à la nature et à l'exercice des actions, on suive le droit du lieu où la cause est instruite et jugée et non du lieu où les faits se sont produits. Et ceci s'illustre par l'exemple : un homme de notre pays opérant chez les Bataves s'y est obligé

actioni biennio apud nos, secus in Hollandia, praescribitur. Creditor actionem post bienium instituit in Frisia ; quaesitum est, an pati debeat praescriptionem biennalem, qui nunc agit in Frisia ; an ea sit liberandus, quia contractus initus est in Hollandia. Respondetur, praescriptioni esse locum. Quia jus ejus ad actionem non ad negotium gestum pertinet.

47. Ex his omnibus palam est ; neque Leges, neque Jurisdictiones alienas ullum effectum in aliis territoriis, ni ex voluntate populorum. Sicut hodieque jus Romanum in Europa viget aut languet, ut visum cuique populo ; cujus peculiaria scita Romanis legibus ubique praevalent, alibi rarius alibi crebrius. Quicquid denique Jus Naturale, Divinus, ususque Gentium dictat, ad hoc populi Principesque diversi erga se invicem obligantur : Quicquid illis prohibetur, nefas est.

pour fait de marchandises vendues au détail ; l'action est prescrite par deux ans chez nous, mais non en Hollande. Le créancier exerce l'action en Frise après deux années écoulées ; la question est : doit-il subir la prescription biennale, parce qu'il agit maintenant en Frise, ou bien est-il libre d'agir, parce que le contrat fut conclu en Hollande ? Il faut répondre : la prescription s'impose parce que son régime dépend de l'action et non de l'opération conclue.

47. De tout cela, il ressort clairement que : ni les lois, ni les juridictions étrangères ne produisent aucun effet dans les autres territoires, si ce n'est du consentement des peuples. Comme, aujourd'hui, en Europe, le droit romain est florissant ou languissant, selon ce qu'il semble à chaque peuple, les lois particulières de celui-ci, plus rares ici, plus nombreuses là, prévalent partout sur les lois romaines. Quoi que prescrivent maintenant le droit naturel, le droit divin et l'usage des nations, les divers peuples et les divers princes y sont tenus les uns envers les autres : tout ce qui leur est interdit est sacrilège.

ⁱ Traduction française établie en collaboration du Professeur Bertrand ANCEL.

ⁱⁱ D'après *l'Encyclopédie*, les Ommelandes sont « le nom qu'on donne au plat-pays qui est aux environs de Groningue, et qui, avec cette ville, forme une des sept Provinces-unies » (article de Jaucourt).

ⁱⁱⁱ « Ce droit » : ce privilège, cette préférence

^{iv} Edition de 1708 : 32. *Secundum haec nota est regula, tam jure Civili Romanorum, quam publico omnium gentium, recepta : ...*

^v *Ejus* : « celui-ci : le ressortissant étranger »

^{vi} « Sauf s'il est cité » : atteint par la citation alors qu'il se trouve dans le ressort de la juridiction du lieu du contrat

^{vii} *Durante lite* : « en cours de procès »

Annexe 3 : Lettre adressée par Maître Louis BOULLENOIS au Président BOUHIER,

27 janvier 1743.

[156r°] // Maître Boullenois, avocat en Parlement.

Monsieur,

J'ay receu l'exemplaire relié du second tome de votre commentaire sur les coutumes de Bourgogne ; un rhume assez mauvais, la mort de mon beau-frère et celle d'une cousine germaine m'ont tellement dérangé que je n'ay pas pu vous en faire mes très humbles remerciements plutost. D'ailleurs, j'ay été bien aise de parcourir ce que vous nous avez donné sur les statuts ; vous avez raison de dire, Monsieur, que vous avez prise une route un peu différente de la mienne. Les longues réflexions que j'ay faittes sur cette matière m'ont fait connoître qu'il y a deux écueils à éviter : de trop donner à la réalité (c'est le deffaut des Flamands et Hollandois), et de trop donner à la personnalité (et c'est un deffaut dont Burgundus se plaint). Le tout en cette matière est de tenir un juste milieu mais c'est le difficile ; j'ay cru cependant que mes principes tendoient assez à donner à chacun de ces statuts ce qui pourroit lui appartenir. Mon principe est que l'autorité des loix est renfermé<e> dans l'étendue de chaque territoire ; un autre principe est que la loy de la scituation commande naturellement aux choses qui y sont scituez. Si je suivoy ces deux principes à la rigueur, je donnerois dans le système erroné des Flamands et des Hollandois ; ainsi, je crois que ces deux principes ont leurs exceptions, mais dans le cas seullement où yl s'agit [156v°] // du bien général du commerce et de la société. C'est pourquoi je suis la personnalité dans les statuts de la majorité, de la minorité, de l'interdiction, et dans tous les autres statuts où le bien de la société exige que la personnalité agisse dans d'autres endroits, même par rapport aux biens qui y sont scituez. Ôtez ce motif qui fait une exception <et> je deviens Flamand et reprend<s> mes deux principes cy-dessus ; parce que, s'il est du bien commun que les différentes provinces deffèrent à la personnalité, ce ne peut jamais être, dans des droits, en choses¹ purement arbitraires et auxquelles elles peuvent ne pas déférer, si comme troubler l'ordre de la société et du commerce. Je vay, Monsieur, étudier à fond votre système et cela, Monsieur, avec une déférence que je dois à vos lumières qui sont bien supérieures à mon petit sçavoir. Je vous suis obligé de la manière honorable dont vous voulez bien

¹ Dans les choses = de manière.

parler de moy ; yl y a jusques dans vostre réfutation <u>n² fond de ménagement que je n'ay pas mérité et qui n'est pas ordinaire dans un auteur qui critique.

Maître Froland³ est retourné à Rouen où yl est le Riparfond de Pieux⁴.

Le libraire a mise devant moy la feuille que vous demandez à part. J'ay veu sesdites feuilles et vos exemplaires absolument gâtez et hors d'estat d'être débitez.

J'ay l'honneur d'être avec un très profond respect, Monsieur, votre très humble et très obéissant serviteur. Boullenois

Ce 26 janvier 1743⁵.

² La lettre mentionne « en ».

³ Louis Froland (1656-1746), avocat au Parlement de Paris.

⁴ La commune des Pieux, bourg de Normandie, dans le diocèse de Coutances et l'élection de Valognes.

⁵ Bibliothèque Nationale de France, cote : Français 24409-24421 (cote) - Bouhier 165 (1-12) et 180 - *Correspondance du président Jean Bouhier*. Folios : 156r° et 156v°. Adresse : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b90637180/f163.item>

Annexe 4 : Pasquale Stanislao MANCINI,

Relazione alla Facoltà di leggi della Regia Università di Torino nella pubblica largizione del premio aggiudicato nel concorso tra gli studenti nel Corso completo di leggi per l'anno 1852 (pp. 16-18)

Nondimeno era importante il mostrare, come anche oggidì in tanta luce di civiltà la semplice cortesia volontaria degli Stati, assoluta negazione di ogni vero e proprio diritto dello straniero, elevata a principio del Diritto Internazionale Privato fosse quella che ottiene tuttavia più diffuso e pacifico dominio della scienza, sia che si riguardi al numero, sia all'autorità de' suoi propugnatori. La teoria della Comitas gentium, messa precipuamente in onore nel XVII secolo dalla scuola olandese per opera sopra tutto dell'Ubero e de' due Voet (sic) ; adottata volentieri dagli scrittori francesi della prima metà del secolo XVIII, perciocché lo spirito operoso e pieghevole de' nostri vicini li rende in preferenza accessibili alle opinioni scientifiche meno assolute e meglio capaci di atteggiarsi alla variabile vicenda de' casi e degl'interessi ; respinta appena dalla sola patria di Leibniz e di Kant, nutrice d'intelletti assueti all'amore delle astratte e ideali speculazioni, né dispota ad inchinarsi che innanzi all'autorità di principii assoluti e di verità necessarie ; anche a' tempi nostri vedesi professata ne' più reputati trattati sulla materia : testimoni di ciò le opere del Wheaton, dello Story, del Foelix, del Rocco ed altre non poche. Una fallace esagerazione del diritto d'indipendenza degli Stati fu la radice di questo comunale errore, concesso il quale non rimane che una disastrosa alternativa :

*1) La distruzione di ogni vero legame giuridico ne' rapporti internazionali fra i cittadini di diversi Stati, e quindi la costituzione naturale delle varie società politiche in uno stato di solitaria selvatichezza di legale inospitalità ;
2) o la contraddizione logica di ammettere tra gli stranieri questi rapporti reali e necessari di diritto, dopo aver inaridito la sorgente razionale onde scaturir potessero.*

Il était néanmoins important de montrer comment, même aujourd'hui, alors que nous sommes dans la pleine lumière de la civilisation, la simple courtoisie volontaire des Etats, qui est la négation absolue de tout vrai droit de l'étranger, lorsqu'elle est élevée au rang de principe de droit international privé, puisse être celle-là même qui, malgré tout, connaît la plus large diffusion et exerce la domination la plus paisible sur cette science, si l'on en juge tant par le nombre que par l'autorité de ses thuriféraires. La théorie de la *comitas gentium*, qui fut principalement mise à l'honneur au XVIII^e siècle par l'Ecole Hollandaise par les œuvres, surtout, de Huber et des deux Voet ; qui fut volontiers adoptée par les écrivains français de la première moitié du XVIII^e siècle, parce que l'esprit meuble et ductile de nos voisins les rend particulièrement sensibles aux opinions scientifiques les moins absolues et plus à même de porter leur attention sur les variations des causes et des intérêts ; qui fut à peine repoussée par la patrie de Leibniz et de Kant, terre nourricière d'esprits accoutumés à aimer les spéculations abstraites et idéales et disposée à ne s'incliner que devant l'autorité des principes absolus et de la vérité nécessaire ; hé bien, même à notre époque, cette théorie se voit enseignée par les traités les plus réputés sur la matière, comme en témoignent les œuvres de Wheaton, Story, Foelix, Rocco et non des moindres. Une exagération fallacieuse du droit d'indépendance des Etats fut à l'origine de cette *error communis*, étant admis qu'il ne reste alors qu'une alternative désastreuse :

1) Soit la destruction de tout véritable lien de droit dans les rapports internationaux qui s'établissent entre les citoyens des différents Etats, et, par conséquent, l'évolution naturelle des diverses sociétés politiques vers un état de sauvagerie solitaire et d'inhospitalité légitime ;
2) Soit la contradiction logique qui consiste à admettre entre étrangers de véritables et nécessaires rapports de droit, juste après avoir tari la source rationnelle d'où ils pourraient jaillir.

Certamente, siccome nelle relazioni individuali v'ha un campo lasciato all'autonomia della volontà che si manifesta ne'patti e nelle convenzioni, così anche ne' rapporti collettivi tra nazioni e nazioni, i governi che le rappresentano possono col reciproco consenso dar vita a diritti ed obblighi che senza di quello non esisterebbero: ma ciò non permette di riporre nella concessione volontaria de' governi l'origine esclusiva di tutt'i diritti che già abbondevolmente emanano dalla più alta e pura sorgente dell'umana natura; né la stessa fede delle promesse e de' trattati, e la garanzia delle concessioni volontarie possono razionalmente consistere, se pure il fondamento ultimo non se ne risponda nelle leggi naturali e necessarie dell'uomo.

Certes, étant donné que, dans les rapports entre particuliers, il existe un champ libre qui est laissé à l'autonomie de la volonté qui s'exprime à travers les contrats et les conventions, de même, dans les rapports collectifs de nation à nation, les gouvernements qui les représentent peuvent, d'un commun accord, donner vie à des droits et à des obligations qui, sans cela, n'auraient pas d'existence. Mais cela n'autorise pas à voir dans la concession volontaire des gouvernements l'origine exclusive de tous les droits qui émanent déjà abondamment de la plus haute et de la plus pure source de la nature humaine. Quand bien même, ni la foi placée dans les promesses et dans les traités, ni la garantie des concessions volontaires ne peuvent rationnellement en constituer le fondement ultime si l'une ou l'autre ne correspond pas aux lois naturelles et nécessaires de l'homme⁶.

⁶ Rapporté par Erik JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini: il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Padoue, 1988, pp. 98-99.

Résumé

Cette recherche propose un éclairage historique des avatars de deux mécanismes désormais intégrés au système français de droit international privé, celui des « lois de police » et celui de « l'ordre public international », qui ont pour trait commun de s'opposer au jeu normal de la règle de conflit et de s'appuyer, l'un et l'autre, sur l'art. 3, al. 1^{er} du Code civil de 1804.

Prévenant par préemption les atteintes à l'*utilitas publica vel communis* ou y réagissant par éviction de la loi normalement applicable, ces deux types de normes tissent une histoire commune depuis les antécédents que furent les statuts prohibitifs et les statuts territoriaux identifiés par la doctrine romano-canonique médiévale. Adaptés par les juristes de l'Ecole Hollandaise et de l'Ecole Française à l'hypothèse dominante à la fin de l'Ancien Régime des conflits de souverainetés, ceux-ci sont recueillis en 1804 par l'art. 3, al. 1^{er}. Le travail conjoint de la doctrine et de la jurisprudence et une réaction à la notion hybride de « lois d'ordre public » qui émerge au long du siècle suivant permettent leur reformatage en les séparant l'un de l'autre dès le tournant des XIX^e et XX^e siècles.

Le déclin du conflit des souverainetés qui porte à se désintéresser des lois de droit public, voire des lois pénales, et une représentation plus privatiste du conflit de lois qui ne peut cependant méconnaître l'interventionnisme croissant de l'Etat, confirment la distinction de deux figures appelées à être théorisées sous les concepts de lois de police ou d'application immédiate (promouvant l'*utilitas communis*) et d'exception d'ordre public (défendant les valeurs fondamentales).

Abstract

This research aims at shedding light on the historical background of the avatars of two mechanisms now integrated into the French system of private international law: lois de police (i.e. overriding mandatory rules) and (international) ordre public (i.e. public policy). Both share the common feature of opposing the normal interplay of choice-of-law rules and rely on Art. 3, para. 1 of the 1804 Civil Code.

Preventing by pre-emption infringements of utilitas publica vel communis or reacting to them by eviction from the normally applicable law, these two types of norms have emerged from a common history beginning with the antecedents of prohibitive and territorial statutes identified by medieval romano-canonical commentators. Then members of the Dutch and French Schools adapted the two concepts to the prevailing hypothesis at the end of the Ancien Régime, that of conflicts of sovereignties.

In 1804, lois de police and ordre public were collected in the French Civil Code. Thanks to the joint work of scholars and case law, on the one hand, and to a reaction to the hybrid notion of lois d'ordre public that emerged over the next century, on the other hand, the distinction between the two concepts was made possible at the turn of the 19th and 20th centuries.

As conflict of sovereignties declined, leading to a loss of interest in public law, or even in criminal law, and as a more private-law-driven representation arose, without ignoring, however, growing state interventionism, the distinction has been confirmed between the two concepts: lois de police or d'application immédiate, promoting the utilitas communis, and exception d'ordre public, defending fundamental values.