

distinguer les statuts personnels et réels, en insistant sur l'objet principal qu'ils avaient en vue : eh bien, telle est l'insurmontable difficulté de cette matière, qu'on l'accusait de s'être trompé dans l'application. Un jurisconsulte dont l'autorité est grande lui fit une rude guerre ; là où Dumoulin voyait un statut personnel, d'Argentré apercevait un statut réel. Il va sans dire que la jurisprudence était divisée aussi bien que la doctrine (1).

82. Le code a mis fin, en bien des matières, aux controverses et aux incertitudes de l'ancien droit. Il s'est borné, quant aux statuts, à reproduire la théorie traditionnelle : il n'y a que cette différence que les questions qui s'agitaient autrefois entre les diverses coutumes, entre habitants d'un même pays, ne se présentent plus, depuis l'abrogation des coutumes, qu'entre Français et étrangers. Mais les relations internationales, en prenant tous les jours plus d'extension, multiplient les difficultés. Le code ayant maintenu l'ancienne doctrine, ce sont les anciens principes que l'on invoque pour les résoudre. Un arrêt de la cour de cassation du 27 février 1817 reproduit textuellement la distinction enseignée par d'Aguesseau, et Merlin a suivi pas à pas les principes posés par nos anciens jurisconsultes et formulés au dix-huitième siècle par Bouhier, Boullenois et Froland (2). Un auteur moderne, qui a écrit un traité sur les statuts, lui en fait de vifs reproches. « Il me semble voir, dit Mailher de Chassat, d'habiles maîtres dans l'art de l'escrime commencer par se bander les yeux, se livrer ensuite les plus rudes assauts, et, aidés d'une certaine industrie résultant de l'habitude et de l'instinct, se rencontrer quelquefois (3). »

Soyons plus respectueux pour nos maîtres et avouons que ce n'est pas à eux qu'il faut s'en prendre si les plus grands n'aboutissent qu'à l'incertitude. Il est certain que Merlin s'est trompé, car sur plusieurs questions il a changé d'avis, considérant un seul et même statut tantôt comme

(1) Froland, *Mémoires*, t. 1^{er}, p. 82 et suiv., 26 et suiv.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. 1, § 5, art. 1^{er}, et au mot *Majorité*, § 5.

(3) Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, p. 33.

personnel, tantôt comme réel. Mais à qui la faute? On lit dans un Recueil qui s'attache à résumer les doctrines dominantes, en s'appuyant sur la jurisprudence : « Une théorie absolue nous paraît impossible en ce point. Les auteurs qui en ont fait l'essai n'ont pu s'entendre, quand il s'est agi de considérer séparément et de qualifier chaque statut particulier (1). » Cet aveu d'impuissance est caractéristique. Il n'y a pas de matière, quelque épineuse qu'elle soit, qui n'ait des principes certains. Comment se fait-il qu'après un travail séculaire, la science déclare qu'il lui est impossible d'arriver à une théorie certaine sur les statuts? Un ancien, et un des meilleurs, s'étonne de l'incertitude qui régnait dans la doctrine. « Il est bien étrange, dit Bouhier, que dans un siècle aussi éclairé que le nôtre, les bons esprits ne puissent démêler la vérité de l'erreur (2)! » Nous croyons qu'il n'y a qu'une réponse à faire à ces perplexités, c'est qu'il doit y avoir un vice dans les principes que l'on considère comme vrais. S'ils l'étaient réellement, concevrait-on que des jurisconsultes éminents, tels que Dumoulin et Merlin, se soient trompés en les appliquant? Ces défaillances singulières autorisent au moins le doute. Nous commencerons par exposer les opinions contraires qui se sont fait jour dans la doctrine et dans la jurisprudence. Après cela, nous exposerons nos objections et nos scrupules sur les principes traditionnels consacrés par le code civil.

§ 2. Des lois personnelles.

83. L'article 3 du code porte que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. On demande s'il en est de même des lois qui règlent l'état et la capacité des étrangers dans le pays auquel ils appartiennent; suivent-elles aussi l'étranger en France? Merlin répond sans hésiter que l'étranger a son statut personnel, comme le Français

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 387.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXX, nos 14 et 15.

a le sien, et que l'on doit admettre pour l'étranger le même principe que pour le Français, à titre de réciprocité, dit-il. Ne vaudrait-il pas mieux dire par raison d'analogie? Là où il y a même raison de décider, la décision doit être la même. Or, il y a identité absolue entre la position de l'étranger en France et la position du Français à l'étranger. Une chose toutefois est singulière : c'est que le législateur décide par quelle loi le Français sera régi à l'étranger, ce qu'il ne lui appartient pas de faire d'une manière absolue, tandis qu'il ne dit rien de la loi qui régira l'étranger en France, ce qu'il avait le droit de faire et ce qu'il aurait dû faire, ne fût-ce que pour se concilier la faveur des nations étrangères, en leur donnant l'exemple de cette courtoisie internationale sur laquelle repose la théorie des statuts personnels. Les travaux préparatoires du code nous apprendront comment on est arrivé à la rédaction actuelle de l'article 3.

Le livre préliminaire, rédigé par la commission, semblait rejeter le statut personnel pour l'étranger résidant en France. Il portait : « 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. » Venait ensuite un article qui établissait le statut personnel pour le Français résidant en pays étranger (1). Au conseil d'Etat, Tronchet critiqua cette rédaction ; il dit que l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui régissent l'état des personnes. Néanmoins on se borna à retrancher le mot *indistinctement*. Dans son premier exposé des motifs du titre préliminaire, Portalis paraissait maintenir le principe qui soumettait l'étranger en tout à la loi française. « La loi, dit-il, oblige tous ceux qui vivent sous son empire. Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté. » N'était-ce pas déclarer que toutes les lois françaises formaient un statut réel pour l'étranger? Plus tard, le Tribunat proposa la rédaction qui a passé dans l'article 3 : la disposition qui

(1) Livre préliminaire, tit. IV, art. 4 et 5 (Lerminier, *Introduction à l'histoire du droit*, chap. XX).

avait soulevé l'objection de Tronchet fut retranchée (1).

84. Faut-il conclure de là que le législateur a entendu mettre l'étranger sur la même ligne que le Français en ce qui concerne le statut personnel? Les auteurs et la jurisprudence sont divisés. L'opinion la plus suivie, et qui est certainement la plus juridique, applique à l'étranger le principe de l'article 3(2). Toutefois le silence du code laisse subsister quelque doute. On s'en est prévalu pour soutenir que la doctrine, n'étant pas liée par un texte, avait une certaine latitude en cette matière. M. Valette a proposé un système intermédiaire entre le statut personnel et le statut réel. Il admet comme règle générale que l'étranger est régi par la loi personnelle de son pays ; mais il y fait deux exceptions ; la première détruit pour ainsi dire son principe : la loi étrangère cesserait d'être applicable aussi souvent que le Français qui traite avec l'étranger y aurait un intérêt. Ainsi l'étranger, mineur d'après sa loi personnelle, sera majeur d'après la loi française, s'il a vingt et un ans : on lui appliquera le code civil et on le considérera comme majeur. M. Valette dit qu'il n'y aurait plus de sécurité pour les Français qui contractent avec un étranger, si celui-ci, âgé de plus de vingt et un ans, pouvait se faire restituer contre ses engagements, en alléguant qu'il est mineur d'après la loi de son pays. Il y a des arrêts en ce sens (3).

Cette opinion a trouvé faveur en France (4). Nous doutons qu'elle soit bien accueillie à l'étranger. Le silence du code civil ne peut pas avoir pour conséquence de changer la nature des principes, en leur donnant une plus grande élasticité. Il y a deux principes en présence, entre lesquels il faut choisir : c'est ou la loi personnelle de l'étranger, qui régit son état et sa capacité, ou c'est la loi française ; mais on ne conçoit pas que ce soit tantôt l'une, tantôt l'autre. Dans le silence du code, le juge ne jouit pas d'une entière

(1) Loqué, t. I^{er}, p. 228; Fœlix, *Traité du droit international privé*, p. 44.

(2) Voyez les auteurs et les arrêts cités par Fœlix, p. 45. Il y faut ajouter Marcadé, sur l'article 3, n° 5, p. 44.

(3) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I^{er}, p. 85 et suiv.

(4) Elle est suivie par Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I^{er}, p. 113, n° 98, et par Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 385.

liberté, il est lié par les règles de droit. Or, il y a une règle élémentaire qui lui commande d'appliquer les dispositions de la loi par voie d'analogie, alors qu'il y a même raison de décider. Dans l'espèce, il y a plus qu'analogie, il y a identité. Il y a des lois personnelles par leur nature, et la nature des lois ne change point selon que c'est un Français ou un Anglais qui est en cause. Sans doute, le législateur pourrait sanctionner le système de M. Valette; sa mission est de veiller à l'intérêt des citoyens, et en cas de conflit, il peut se décider pour l'intérêt français. Mais la mission du juge est tout autre : il n'est pas appelé à peser et à concilier des intérêts divers, il doit appliquer aux intérêts qui sont en collision une règle invariable. Il ne lui est pas permis de plier le droit selon les intérêts : ce sont, au contraire, les intérêts qui doivent plier sous le droit. La doctrine de l'intérêt français bouleverse les pouvoirs, en transformant le juge en législateur. Il faut maintenir chaque pouvoir dans les limites de ses attributions : à l'un il appartient de régler les intérêts, à l'autre de décider selon le droit.

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 (1).

86. Merlin demande si le Français qui a perdu sa nationalité par l'une des causes déterminées par les articles 17, 19 et 21 reste soumis aux lois françaises concernant l'état et la capacité des personnes? Il répond : Non. L'article 3 ne parle que des Français; il ne s'applique donc pas à ceux qui abdiquent leur patrie et deviennent étrangers (2). La solution est évidente. Quel sera le statut personnel du Français devenu étranger? Si le Français qui perd sa qualité de Français acquiert une nationalité étrangère, il n'y a pas de doute; il sera régi, quant à son état et sa capacité, par les lois de sa nouvelle patrie. Mais il arrive parfois que celui qui perd sa nationalité n'acquiert pas de nationalité nouvelle : on peut, légalement parlant, être sans patrie, étranger partout. Le Français qui accepte des fonctions publiques à l'étranger perd sa qualité de Français, et il n'acquiert pas toujours la qualité d'indigène là où il exerce ces fonctions. S'il s'établit en Belgique sans esprit de retour, il cessera d'être Français et il ne sera pas Belge. Quel sera son statut personnel? Puisqu'il n'a pas de nationalité, il ne peut pas invoquer le bénéfice des lois personnelles qui sont attachées à la nationalité. Il sera donc régi en tout par les lois du pays où il réside. En effet, la loi étend son empire sur tous ceux qui habitent le territoire. Ce principe reçoit exception pour les étrangers qui ont un statut personnel; quant à ceux qui n'en ont pas, ils restent soumis à la loi

(1) La cour de Paris a décidé que, la recherche de la paternité étant interdite par le code Napoléon, l'étranger ne peut pas, en vertu de son statut personnel, rechercher son père. (Arrêt du 2 août 1866, dans Dalloz, Recueil, 1867. 2. 41.) La recherche étant prohibée pour des causes de moralité, nous croyons que l'arrêt a fait une juste application des principes.

(2) Merlin, Répertoire, au mot *Loi*, § 6, n° 4.

du pays où ils sont établis, pour leur état comme pour toutes leurs relations juridiques.

L'article 19 donne lieu à un singulier conflit; il porte que la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari. Elle devient étrangère, cela est certain. Est-ce à dire qu'elle acquiert la nationalité de son mari? Cette question ne peut pas être décidée par la loi française; ce n'est pas à elle à accorder une nationalité étrangère. Or, il se trouve qu'une Française qui épouse un Anglais ne devient pas Anglaise. Quel sera son statut personnel? M. Demangeat répond que les tribunaux français doivent la considérer comme Anglaise conformément à l'article 19; que, par suite, son état et sa capacité seront régis par la loi anglaise (1). Cela n'est pas admissible. Le code peut bien faire perdre sa nationalité à une femme française qui épouse un Anglais, mais il ne peut pas lui donner la qualité d'Anglaise. Vainement dit-on que toute personne doit avoir un statut; oui, toute personne qui a une nationalité; non, celles qui n'en ont point. Il faut appliquer le principe que nous venons de poser : la femme qui épouse un Anglais, étant étrangère partout, n'aura pas de statut personnel : son état sera régi par la loi du pays qu'elle habite.

Le conflit de nationalités donne parfois lieu à des questions plus singulières. D'après l'article 10, l'enfant né d'un Français en Angleterre est Français, tandis que, d'après les lois anglaises, ce même enfant est Anglais. Quel sera son statut personnel? Il a deux patries, il aura donc deux statuts. Cela est absurde, car il est de principe que l'on ne peut avoir plus d'une patrie. Voici cependant un cas où légalement une personne en a deux. Si la question de son statut se présente devant un tribunal anglais, on lui appliquera certainement la loi anglaise; si elle se présente devant un tribunal français, on lui appliquera l'article 3 du code civil, et par conséquent la loi française. Voilà un conflit que les lois ne peuvent pas lever, les tribunaux encore moins; il ne pourrait être vidé que par un traité.

(1) Demangeat, dans la *Revue pratique de droit français*, t. 1^{er}, p. 52.

Il peut se présenter un cas plus étrange. Un Français, ayant des enfants, se fait naturaliser en Espagne; il devient Espagnol, tandis que ses enfants restent Français; donc son statut personnel sera la loi espagnole, et celui de ses enfants la loi française. Mais par quelle loi sera régie la puissance paternelle? M. Demolombe veut que ce soit par la loi française, en vertu de l'article 3 (1). Mais cet article ne décide pas la question; il donne un statut aux enfants, il ne dit pas qu'en cas de conflit de ce statut avec le statut du père, le statut français l'emportera. On pourrait dire que la puissance paternelle est plutôt un devoir qu'un droit, que le véritable droit est celui des enfants à être élevés, que par suite le statut des enfants doit être suivi. Mais on répondrait que cela est vrai d'après le droit français, que cela n'est pas vrai d'après le droit romain. Et même d'après la législation française il y a des droits attachés à la puissance paternelle : le père les exercera-t-il d'après la loi française, quand il Espagnol? Le conflit, encore une fois, ne peut être vidé que par des traités.

87. Il y a un principe qui ressort de ce que nous venons de dire, c'est que le statut personnel dépend de la nationalité. De grands jurisconsultes, Merlin, Savigny, partent, au contraire, du principe que c'est la loi du domicile qui règle l'état des personnes. Cette doctrine est en opposition avec l'article 3 du code, et avec les motifs sur lesquels il est fondé. La loi parle des Français, c'est l'état des Français qui est réglé par la loi française; le statut personnel des Français est donc déterminé par leur nationalité : la perdent-ils, ils cessent par cela même d'être soumis à la loi française, quant à leur état et leur capacité; mais aussi ils y restent soumis, tant qu'ils conservent leur nationalité. Quand même ils transportent leur domicile à l'étranger, ils ne cessent pas d'être Français; et comme tels ils sont nécessairement régis par la loi française, pour leur état et leur capacité. Si Merlin suppose toujours que le statut dépend du domicile, c'est qu'il a été élevé sous l'empire de l'ancien droit français; à cette époque, la ques-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 1^{er}, p. 123, n° 104.

tion des statuts s'agitait entre nationaux, partant le domicile était décisif. Si Savigny pose comme principe que le domicile détermine le statut, c'est qu'en Prusse il y a des lois différentes dans les diverses provinces : c'est donc un état analogue à celui de l'ancienne France. Mais quand le débat existe entre personnes de nations diverses, le domicile est indifférent, c'est la nationalité qui décide, car le statut personnel est une dépendance de la nationalité.

Les textes donnent lieu à quelques objections. On a invoqué l'article 13, qui semble assimiler l'étranger domicilié en France au Français pour la jouissance de tous les droits civils; n'est-ce pas dire que son état aussi est régi par la loi française? et l'étranger lui-même n'a-t-il pas manifesté la volonté d'être gouverné par la loi française, en demandant l'autorisation d'établir son domicile en France (1)? Non, l'article 13 est étranger à la question des statuts. Il donne à l'étranger un moyen d'acquérir la jouissance des droits civils en France : tel est son unique but. De ce que l'étranger domicilié jouit des droits civils, on ne peut pas conclure que l'exercice de tous ses droits, naturels ou civils, soit réglé par la loi française. Cette question est décidée par l'article 3, et sa solution dépend de la distinction des statuts personnels et réels. Quant à la volonté de l'étranger, elle est impuissante; aussi longtemps qu'il conserve sa nationalité, il ne peut se soustraire aux conséquences qu'elle entraîne; il n'a qu'un moyen de se dégager de ce lien, c'est d'abdiquer sa patrie.

On insiste, et l'on prétend que l'article 3 que nous invoquons décide la question contre notre opinion. Il parle du Français *résidant* à l'étranger; il suppose donc que le Français est régi par la loi française, tant qu'il n'y a qu'une simple *résidence* : ce qui implique que s'il y acquiert un domicile, il cessera d'être soumis à la loi française. Est-ce bien là le sens du mot *résidant*? Il y a une raison bien simple pour laquelle le code civil parle du Français résidant en pays étranger : c'est qu'en général le Français,

(1) Demangeat, *du Statut personnel* (*Revue pratique de droit français*, t. 1^{er}, p. 66),

alors même qu'il va s'établir ailleurs, conserve son domicile en France; la loi devait donc dire *résidant*. Il est vrai que le Français peut acquérir un domicile à l'étranger, mais il conserve néanmoins sa nationalité, et par suite sa loi nationale. Il est vrai encore que si le Français domicilié à l'étranger y contracte, si par exemple il s'y marie, ses conventions matrimoniales seront régies par la loi étrangère, de même que l'étranger domicilié en France qui s'y marie, est marié sous le régime de la communauté légale, tel qu'il est organisé par la loi française; mais cela n'a rien de commun avec le statut personnel : c'est une question d'intention, comme nous le prouverons en son lieu. Tandis que le statut personnel ne dépend nullement de la volonté des individus; ce n'est qu'indirectement qu'il est en leur pouvoir de changer de statut, en changeant de nationalité. Le domicile ne détermine le statut que quand une personne n'a plus de nationalité, qu'elle est étrangère partout : mais alors il n'est plus question de statut personnel.

88. Maintenant nous abordons les difficultés auxquelles donne lieu la distinction des statuts. Les lois qui règlent la famille sont par essence des lois personnelles. C'est donc la loi étrangère qui décidera si telles personnes sont entre elles dans des rapports de père ou de fils, légitime ou naturel; si telles autres sont époux, majeurs ou mineurs. Ce n'est pas seulement l'état qui est régi par la loi étrangère, c'est aussi la capacité; l'article 3 est formel : d'ailleurs l'état et la capacité sont inséparables. Il en est de même des droits et des obligations qui résultent de l'état; car l'état n'est rien sans les droits et les obligations qui en découlent. Cela ne fait pas de doute quand la question du statut se débat entre étrangers. Lorsqu'il y a un Français et un étranger en cause, la doctrine de l'intérêt français est invoquée pour modifier ou neutraliser les effets du statut. Nous avons repoussé cette doctrine en principe, nous repoussons aussi les applications qu'on en fait.

On demande si un étranger peut exiger des aliments d'un parent français; on suppose qu'il y aurait droit selon

la loi française, mais non d'après la loi de son pays. Il n'y a pas de doute dans cette hypothèse ; l'étranger étant régi par son statut personnel, il ne peut pas réclamer des droits que ce statut ne lui donne pas. Mais que faut-il décider si le statut étranger lui donne droit aux aliments, et que la loi française le lui refuse ? On décide que la loi française sera appliquée, parce que le prétendu débiteur est Français : or, celui-ci peut invoquer son statut personnel d'après lequel il ne doit pas d'aliments à son parent étranger (1). Il y a conflit entre les deux statuts ; lequel doit l'emporter ? A notre avis, c'est le statut qui accorde un droit à l'étranger : ce statut peut-il devenir inefficace parce que le droit est exercé en France ? Alors on déroge au statut personnel, et on y déroge dans un intérêt français : or, la question des statuts n'est pas une question où s'agitent des intérêts opposés, c'est une question où des droits sont en cause ; et tout droit doit pouvoir être exercé, sinon ce n'est plus un droit. Vainement le Français dira-t-il que la loi française ne reconnaît pas le droit de l'étranger ; elle le reconnaît par cela seul qu'elle reconnaît le statut étranger ; puisqu'elle admet que l'étranger jouit d'un état à raison duquel il a un droit, elle doit aussi admettre ce droit. Il reste néanmoins quelque doute, à cause du statut personnel du débiteur. C'est encore un de ces conflits qui ne peuvent être vidés définitivement que par un traité.

89. Les lois qui concernent le mariage forment certainement un statut personnel, car elles règlent l'état des époux et cet état produit l'incapacité de la femme mariée. De là suit que la capacité requise pour contracter mariage est régie par le statut de l'étranger. La cour de Paris a fait l'application de ce principe à un cas mémorable. Un Espagnol, capucin et diacre, s'était marié avec une Française, après avoir obtenu l'autorisation de fixer son domicile en France, mais en ayant soin de cacher son état. Sa femme demanda la nullité du mariage en vertu de la loi espagnole ; le tribunal de première instance rejeta la demande, mais la cour l'admit. Il ne peut y avoir de ma-

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 392

riage, dit-elle, qu'entre personnes capables de se marier ; or, cette capacité, comme tout ce qui intéresse l'état, se règle par le statut personnel qui affecte la personne et la suit, en quelque lieu qu'elle aille. Busqueta, capucin et diacre, était, à ce double titre, incapable de contracter mariage ; la fuite d'un apostat sur un sol étranger pour se soustraire aux peines que lui attireraient ses déportements, ne peut pas lui donner une capacité que les lois de son pays lui refusent ; le décret qu'il a surpris n'a point effacé l'incapacité inhérente à sa personne, effet inévitable de la loi de son pays. On ne pourrait valider le mariage sans aboutir à une conséquence monstrueuse, c'est que son union, nulle en Espagne, serait valable en France, bien que l'état qui le rend inhabile à se marier soit ineffaçable (1).

Il y a un arrêt en sens contraire. La cour de Caen a jugé qu'un étranger peut valablement contracter mariage en France, alors même qu'il serait frappé d'incapacité par les lois de son pays, s'il est capable d'après les lois françaises (2). Nous ne pouvons tenir aucun compte de cet arrêt, puisqu'il nie le statut personnel de l'étranger. Dès qu'on admet qu'il y a un statut personnel, il est évident qu'il faut y comprendre les lois qui régissent le mariage. Nous avons cependant quelque doute sur l'application que la cour de Paris a faite du principe de l'article 3 au moine espagnol. Le moine est considéré comme mort civilement. Or, la mort civile qui frappe un homme vivant, par suite d'un vœu religieux, est contraire à la loi française qui ne connaît plus de vœu ni d'ordres monastiques. N'est-ce pas là une de ces règles de droit public qui font exception au statut personnel de l'étranger ? La loi espagnole peut-elle recevoir son application en France, alors qu'elle contredit un principe de liberté naturelle consacré par le législateur français ? Nous n'hésiterions pas à le décider ainsi d'après le droit public belge. En effet, l'article 13 de notre constitution porte que la mort civile est abolie, et qu'elle ne peut

(1) Arrêt de la cour de Paris du 13 juin 1814 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 408).

(2) Arrêt du 16 mai 1846 (*Recueil de Dalloz*, 1847, 2, 33).

être rétablie. Cet article est placé sous le titre qui traite des Belges et de leurs droits; c'est donc un de ces principes fondamentaux qui constituent et caractérisent notre état politique. C'est dire que la loi constitutionnelle doit l'emporter sur le statut étranger, lequel établit une espèce de servitude religieuse. Si la cour de Paris ne s'est pas préoccupée de ces considérations, c'est qu'elle paraît elle-même avoir subi l'empire des préjugés nés du catholicisme : il y a, en effet, une passion religieuse dans la réprobation dont elle frappe l'*apostat* espagnol. Nous n'entendons pas excuser ses déportements, lesquels, du reste, sont étrangers à la question de droit : quant à l'apostasie, elle ne peut plus être une flétrissure là où la liberté de penser est inscrite dans la constitution; cette liberté doit être maintenue en faveur de l'étranger aussi bien que de l'indigène, car elle a autant d'importance que l'abolition de l'esclavage, la servitude de la pensée étant le pire des esclavages.

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.

Le législateur français est allé plus loin. On lit dans une circulaire ministérielle du 10 mai 1824 que les étrangers qui se marient en France sont soumis, comme les sujets du roi, à la nécessité d'obtenir des dispenses, dans les cas déterminés par le code, quand même la loi de leur pays ne leur imposerait pas cette obligation. La circulaire se fonde sur ce que le mariage est régi, quant à la forme, par la loi du pays où il est célébré (1). C'est faire une fausse application de l'adage *locus regit actum*, car les dispenses concernent les conditions intrinsèques requises pour la validité du mariage, et non la forme de la célébration. Une autre circulaire, du 29 avril 1832, invoque l'*ordre public* et les *bonnes mœurs* pour soumettre les étrangers aux lois qui exigent une dispense d'âge (2). Nous ne pouvons admettre cette doctrine, que nous allons retrouver dans bien des arrêts; car elle tend à nier le statut personnel de l'étranger. Qu'entend-on, en effet, par lois personnelles? Ce sont celles qui règlent l'état et la capacité des personnes; or, ces lois sont, de leur essence, d'*ordre public* (3). Si donc on déclare toutes les lois d'ordre public applicables aux étrangers, on les soumet par cela même aux lois françaises pour ce qui concerne leur état et leur capacité, c'est-à-dire que l'on nie leur statut personnel.

91. La capacité de la femme mariée est-elle un statut personnel? Si elle est étrangère, et si elle contracte en France, sera-t-elle régie par la loi de son pays ou par la loi française? Au premier abord, on est étonné de voir la question controversée, et plus étonné encore que Merlin ait soutenu d'abord le pour, puis le contre. Si une femme française contractait à l'étranger, ne faudrait-il pas lui appliquer les articles 215 et 217 qui la frappent d'incapacité? La question ne peut pas même être posée en présence de l'article 3. Ne dit-il pas que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français résidant en pays étranger? Or, si la loi qui régit la capacité de la femme française est un statut personnel, il en doit être de

(1) Sirey, *Recueil d'arrêts*, 1829, 2, 285.

(2) Duvergier, *Collection des lois*, 1832, p. 193.

(3) Voyez plus haut, n° 47, p. 83.

même de la loi qui régit la capacité de la femme étrangère, puisqu'il s'agit d'un seul et même principe, établi par un seul et même article, explicitement pour les Français, implicitement pour les étrangers.

Cependant dans l'ancien droit la question était très-controversée. Merlin commença par se prononcer pour la personnalité du statut, en appliquant le principe tel que d'Aguesseau l'avait formulé. L'incapacité de la femme mariée signifie qu'elle ne peut faire aucun acte juridique sans l'autorisation de son mari. Pourquoi le législateur exige-t-il cette autorisation? Est-ce pour conserver les biens dans les familles? est-ce pour assurer la propriété ou des droits réels? Non, certes. La loi déclare la femme incapable à raison de la dépendance dans laquelle elle est placée; l'incapacité est une suite de la puissance maritale. Ne serait-il pas absurde que la femme fût dépendante dans un pays, indépendante dans un autre? que la femme fût soumise à la puissance de son mari pour tels immeubles et qu'elle n'y fût pas soumise pour tels autres? qu'elle lui dût plus ou moins de respect, selon qu'elle passerait telle frontière ou telle autre (1)?

Voilà des raisons décisives pour maintenir toujours la personnalité du statut, qui déclare la femme mariée incapable. Pourquoi donc Merlin a-t-il changé d'avis? Parce que le statut cède devant les lois qui sont d'ordre public et de bonnes mœurs. Or, telle est la loi qui soumet la femme à la puissance maritale. Coquille nous le dit: « L'interdiction de contracter durant le mariage a son respect à ce qu'une femme mariée, par bienséance, ne doit avoir communication avec d'autres sans le scû et le congé de son mari, pour éviter la suspicion (2). » Nous avons répondu d'avance à l'objection tirée de l'ordre public. Quant aux bonnes mœurs, si elles étaient réellement intéressées à l'incapacité de la femme mariée, il faudrait dire que l'intérêt de la moralité l'emporte sur le statut personnel. Mais est-il bien vrai que l'incapacité

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Autorisation maritale*.

(2) Coquille, sur la coutume du Nivernais, chap. XXIII, article 1^{er}; Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 2, art. 5, n° 3.

soit établie pour un motif d'honnêteté publique? Coquille ne dit pas cela. C'est à cause du respect qu'elle doit à son mari qu'il ne convient pas qu'elle traite avec des tiers sans son autorisation; c'est donc à raison de la puissance maritale qu'elle est déclarée incapable, d'où suit que l'incapacité est d'ordre public, mais elle n'intéresse pas directement les bonnes mœurs. Ce qui le prouve encore, c'est que le code civil permet de déroger à l'incapacité de la femme mariée (223, 1536) : si les bonnes mœurs y étaient intéressées, cette dérogation ne se concevrait pas. Il s'agit donc uniquement d'une de ces lois qui règlent l'état des personnes et l'incapacité qui en résulte. Ces lois, bien qu'étant d'ordre public, forment un statut personnel.

Il y a des arrêts contraires à notre opinion. Une femme française épouse un Espagnol, elle devient Espagnole : dès lors, son état et sa capacité sont régis par la loi d'Espagne : rentrée en France, elle reste soumise au statut espagnol, qui forme son statut personnel : elle s'y oblige solidairement avec son mari. Cette obligation serait valable d'après la loi française, ainsi que l'hypothèque consentie pour la sûreté du créancier, mais elle est nulle d'après la loi espagnole, qui ne permet pas à la femme de s'obliger solidairement avec son mari. Le tribunal de la Seine annula l'obligation, en se fondant sur le statut personnel de la femme qui l'avait souscrite, mais la cour de Paris infirma le jugement; elle décida qu'il fallait apprécier la capacité de la femme espagnole d'après les lois françaises, parce que, si l'on n'admettait pas ce principe, on serait soumis à autant de lois étrangères qu'il y aurait d'étrangers possessionnés en France, ce qui serait une violation de l'article 3, lequel soumet à la loi française les immeubles possédés par les étrangers. Mais ce même article dit aussi que la capacité est régie par la loi personnelle des étrangers : il faut donc voir lequel des deux statuts est applicable; or, le statut de l'incapacité est essentiellement personnel, il doit donc recevoir son application en France. Il y aura, il est vrai, autant de lois diverses que d'étrangers; mais qu'importe? C'est la conséquence naturelle et nécessaire de la personnalité des statuts. Qu'importe