

privé. Le législateur n'a pas d'intérêt à imposer ses prescriptions à l'étranger; dès lors il est sans droit; c'est la loi personnelle de l'étranger qui doit recevoir son application. En définitive, les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois. De quel droit donc le législateur soumettrait-il les étrangers à des lois qu'ils ignorent, à des lois qui ne sont pas faites par eux ni pour eux, à des lois qui peuvent être en opposition avec leurs sentiments et leurs idées? Nos principes de liberté s'opposent à une pareille extension de la puissance souveraine. La souveraineté ne doit intervenir que quand il y a un intérêt social à sauvegarder. Alors l'individu doit plier, parce que c'est à cette condition qu'il y a une société, et sans société l'individu ne pourrait ni se développer, ni même exister. Il y a donc des lois réelles. Mais la réalité est l'exception, la personnalité est la règle; car la règle est que tout se rapporte à l'individu et à son perfectionnement.

135. En nous plaçant à ce point de vue, nous pourrions apprécier la doctrine des statuts, et rendre justice aux deux principes qui se combattent et semblent s'exclure l'un l'autre. Le principe de la personnalité remonte aux peuples barbares qui détruisirent l'empire romain et qui ouvrirent une nouvelle ère de la civilisation. On sait que leurs lois étaient personnelles, et on entendait par là que le droit qui régissait chaque homme était déterminé par la tribu à laquelle il appartenait, c'est-à-dire par la race, et non par le pays ou l'Etat dont il faisait partie. Dans un seul et même empire, le Franc Salien était régi par la loi salique, le Franc Ripuaire par la loi ripuaire, le Bourguignon par la loi des Bourguignons, le Visigoth par la loi des Visigoths, le Longobard par la loi des Longobards. Et chaque homme était régi par la loi de sa race, non-seulement pour sa personne et ses biens, mais pour toutes ses relations juridiques, même pour les crimes qu'il commettait. C'était la négation de l'Etat et de sa souveraineté dans le domaine du droit; pour mieux dire, les Barbares ne niaient pas l'Etat, ils l'ignoraient, ils ne connaissaient que l'individualité humaine. C'est ce sentiment

énergique de personnalité qui caractérise les nations germaniques; c'est grâce à ce sentiment qu'ils régénérèrent l'humanité, en lui communiquant l'esprit de liberté individuelle qui fait sa vie. Mais sa personnalité était excessive, car elle absorbait tout; elle méconnaissait un élément également important, celui de l'Etat, de la souveraineté et de la loi générale qui en est l'expression.

Les lois restèrent personnelles aussi longtemps que les races diverses ne furent pas fondues dans une nationalité nouvelle. C'est au début de l'ère féodale que la fusion s'opéra; quand on ne pouvait plus distinguer un Franc Salien d'un Franc Ripuaire, il était impossible de leur appliquer un droit différent. Le droit cessa de varier d'après les races, parce qu'il n'y avait plus de races distinctes. Sous le régime féodal, la personnalité fit place à la territorialité, c'est-à-dire à la réalité de la loi. La notion de l'Etat commença à se développer au sein des petites sociétés féodales qui s'établirent sur les ruines de l'empire carlovingien. Chose singulière! la personnalité fit place en tout à la réalité. On dirait deux esprits contraires, hostiles, se succédant l'un à l'autre chez les mêmes peuples. Car c'est le génie des races germaniques qui régna pendant la féodalité, comme il avait régné à l'époque des Barbares. Comment donc de personnelles qu'elles étaient, les lois devinrent-elles réelles?

C'était encore le fier esprit du Barbare qui inspirait le seigneur féodal: chaque baron était roi dans sa baronnie, comme après la conquête chaque propriétaire était indépendant dans son alleu. Seulement tous ces petits souverains étaient unis par un lien de dépendance, réelle tout ensemble et personnelle. Nulle terre sans seigneur, et tout seigneur avait un suzerain. Les Germains transportèrent à ces souverainetés locales leur idée de personnalité, en ce sens que chaque vassalité était une personne distincte, comme jadis chaque propriétaire d'alleu. Mais la nécessité de s'unir s'était fait sentir: les hommes ne peuvent pas coexister dans une absolue indépendance; l'absence de tout lien social serait la dissolution de l'humanité. Des rapports s'établirent donc entre les possesseurs

du sol; et comme ils n'avaient aucune notion de l'Etat, ni d'une loi générale embrassant tous les hommes, ils formèrent des sociétés aussi étroites que leurs idées. De là les baronnies, les vassalités qui couvrirent l'Europe féodale. De là, plus tard, les coutumes diverses qui régissaient les provinces, les villes et les communes rurales.

C'était un axiome de notre ancien droit que les coutumes sont réelles. On entendait par là qu'elles étaient souveraines, mais leur empire était limité au territoire où elles avaient pris naissance (1). Poussé à bout, le principe de la réalité des coutumes aurait exclu l'idée de personnalité; toutes les coutumes étant également souveraines, chacune excluait toute influence d'une souveraineté étrangère. L'indépendance du Germain s'était transformée en souveraineté, et celle-ci était tout aussi exclusive, tout aussi absorbante que l'autre. On peut dire aussi que c'était le premier germe de l'Etat, mais plus son action était restreinte, plus il y tenait, moins il voulait souffrir une action quelconque d'un autre Etat. C'était tomber de l'excès de la personnalité dans l'excès de la réalité. La nature humaine nous explique ces excès contraires. Quand un principe nouveau se fait jour, il veut tout envahir, parce que dans son étroitesse l'homme y voit la vérité absolue, et il faut cette domination exclusive pour qu'il jette racine dans les âmes. Voilà pourquoi la *réalité* des lois régna si longtemps dans le droit. Expression de la souveraineté, elle était jalouse du moindre empiétement d'une coutume étrangère. Il fallait cet empire exclusif à l'idée de l'Etat pour y habituer les hommes de race germanique : en écartant toute influence d'une souveraineté autre que la leur, les hommes du moyen âge obéissaient encore au farouche amour de l'indépendance qui animait leurs ancêtres. Les jurisconsultes des pays coutumiers expriment avec une énergie singulière cette opposition des coutumes qui allait jusqu'à l'hostilité.

« Les diverses provinces, dit le président Bouhier, formaient jadis des Etats divers, régis par différents princes ;

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Statut*.

presque toujours en guerre les uns avec les autres, il y avait peu de liaison entre les Etats voisins, et moins encore 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 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 français que *toutes coutumes sont réelles* (1). » Il en résulta que les *lois* étaient *ennemies* aussi bien que les peuples. C'est l'expression de Boullenois (2), et elle caractérise admirablement la lutte des lois réelles contre l'envahissement de la personnalité : c'était un *ennemi* qu'elles repoussaient.

136. Les deux principes de la personnalité et de la réalité étaient faux l'un et l'autre, tout en renfermant chacun un élément de vérité. Ils étaient faux. En effet, les lois personnelles des Barbares ne tenaient aucun compte de l'Etat et de ses droits, elles ne connaissaient que l'individu ; tandis que les lois réelles de la féodalité faisaient de l'homme l'accessoire du sol, et l'assujettissaient à la souveraineté qui y était attachée. A force d'exalter la personne, les Barbares détruisaient la société générale, sans laquelle l'individu ne peut pas vivre. Et à force de réagir contre toute loi étrangère, la féodalité méconnaissait la personnalité humaine, dont la loi est l'expression. Il fallait arriver à une conception nouvelle qui accordât une place aux deux principes, à chacun celle qui lui est due. Ce travail se fait depuis des siècles dans le domaine de la science. Dès que le droit devint une science, il réclama la personnalité de certaines lois. On s'est moqué de la distinction que les premiers glossateurs imaginèrent pour distinguer les lois personnelles des lois réelles : elles étaient personnelles, disaient-ils, quand le législateur commençait par parler de la personne, réelles quand il commençait par parler de la chose. Il en est de ce ridicule

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XXIII, n° 38.

(2) Boullenois, *Traité de la réalité et de la personnalité des statuts*, Préface, p. II.

comme de bien d'autres que l'on reproche aux glossateurs : ils s'adressent à l'esprit humain et à son imperfection plutôt qu'aux esprits intrépides qui les premiers frayèrent la voie dans une science nouvelle. Il faut leur savoir gré de ce qu'ils revendiquèrent les droits de la personnalité contre la domination exclusive des lois réelles. La lutte devait durer des siècles, elle n'est pas encore à sa fin.

Un de nos grands jurisconsultes, Charles Dumoulin, joue un rôle considérable dans cette lutte séculaire. Au seizième siècle, on était encore en pleine *réalité*, bien que les provinces et les villes régies par des coutumes diverses eussent cessé d'être ennemies, puisque depuis longtemps elles faisaient partie d'un même Etat et étaient soumises à un seul prince. C'est que rien n'est plus tenace que l'esprit traditionnel du droit. Dumoulin ne songeait pas à nier la réalité des coutumes, il l'admettait comme règle générale (1); mais il réclama une petite place pour la personnalité. Il y avait plusieurs choses sur lesquelles les coutumes variaient beaucoup : comme sur l'âge de la majorité, sur le droit de tester. En s'en tenant à la réalité des coutumes, on aboutissait à des conséquences que le bon sens repoussait. Quoi! le même homme sera majeur dans une coutume, et mineur sous une autre! Ici il aura la capacité de tester, là il ne l'aura pas! Quand les parties disposent de leurs biens, leur volonté sera-t-elle arrêtée par la diversité des statuts? Si les époux stipulent la communauté, la société de biens qu'ils forment ne s'étendra-t-elle pas hors des limites de la coutume sous laquelle ils vivent? On voulait bien admettre que les conventions expresses devaient régir tous les biens des époux, quel que fût le lieu de leur situation; mais on soutenait avec chaleur qu'en l'absence de conventions, c'était le statut réel qui devait l'emporter. Dumoulin répondit aux réalistes qu'ils se faisaient une fausse idée des coutumes qui réglaient la communauté entre époux : il dit que les coutumes ne faisaient que présumer l'intention des parties, que la commu-

(1) Ch. Dumoulin, in *Alexandri consil.*, 16, lib. I : « Teneas indistincte, quod statuta vel consuetudines, tanquam reales, non extenduntur ultra sua territoria. »

nauté était par conséquent une société tacite, fondée sur la volonté des époux; et pourquoi la volonté tacite n'aurait-elle pas le même effet que la volonté expresse (1)? Cependant la doctrine de Dumoulin eut de la peine à pénétrer dans les esprits. De grands jurisconsultes, tels que d'Argentré, firent les plus grands efforts pour maintenir la réalité des statuts concernant la communauté. Cette opinion si peu rationnelle, si peu juridique, trouva encore des partisans au dix-huitième siècle. Le président Bouhier se crut obligé de la combattre (2). Tant est lent le progrès qui se fait dans notre science du droit!

137. Le judicieux Coquille se moque de la règle brocardique, qui, dit-il, est communément aux cerveaux des praticiens, que toutes coutumes sont réelles (3). Notre savant Stockmans se plaint aussi quelque part de l'entêtement des jurisconsultes flamands sur ce point : il serait plus aisé, dit-il, d'enlever à Hercule sa massue que de les faire départir de l'axiome que toutes les coutumes sont réelles (4). Heureusement que les besoins des peuples, leurs relations croissantes, entraînent les praticiens. A vrai dire, dans l'intérieur des divers Etats, la lutte hostile des coutumes n'avait plus de raison d'être. On conçoit que les lois soient ennemies, quand les hommes sont divisés en Etats ennemis. Mais au dernier siècle, les provinces et les villes ne formaient plus qu'un seul Etat; dès lors il n'y avait plus de motif à la réalité des coutumes. Le président Bouhier en fait la remarque. Pour quoi s'obstiner, dit-il, à l'observation rigoureuse de l'ancienne maxime qui réputait les coutumes réelles, alors que le principe de la personnalité rend toutes choses égales entre les différentes coutumes?

L'égalité eut plus de peine à s'établir dans les relations des nations entre elles. Elle s'y introduisit sous l'empire de la nécessité. Pour engager les peuples et surtout les

(1) Dumoulin, *Consil.*, LIII (Œuvres, t. II, p. 964 et suiv.).

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVI, n^{os} 3 et suiv.

(3) Coquille, *Institutes au droit coutumier*, p. 39, édit. de 1666.

(4) Stockmans, *Decisiones*, L, n^o 1.

praticiens à se départir de leur jalousie nationale, Dumoulin, Coquille, Bouhier firent appel à l'utilité que tous retireraient du principe de la personnalité, s'il était admis partout (1). Certainement tous désiraient que les lois qui leur étaient si chères suivissent la personne même à l'étranger. Eh bien, le moyen d'engager les peuples étrangers à admettre le statut personnel en faveur des personnes et des biens qui se trouvaient sur leur territoire, c'était d'accorder la même faveur aux étrangers qui invoquaient leur statut personnel. C'est cette considération d'utilité qui engagea les peuples voisins à souffrir l'extension des statuts étrangers chez eux : de là est née une espèce de droit des gens et de bienséance, en vertu duquel on reconnaît partout l'autorité du statut personnel.

138. Dumoulin dit quelque part que les lieux ne doivent pas dominer sur les personnes, que ce sont plutôt les personnes qui doivent dominer sur les lieux et les choses, comme étant de plus grande considération et dignité (2). Ce principe, si on l'avait appliqué dans ses dernières conséquences, aurait conduit à une règle toute contraire à celle que l'on suivait dans l'ancien droit : au lieu de réputer toute loi réelle, on aurait dû réputer toute loi personnelle, sauf à admettre la réalité dans le cas où il y a un intérêt social en cause. Dumoulin ne songeait pas à donner cette application à la maxime que nous venons de citer. Il admettait, au contraire, la réalité comme règle, d'où l'on concluait encore, au dix-huitième siècle, que, le statut personnel étant l'exception, il fallait, dans le doute, se prononcer pour le statut réel. Le président Bouhier fut le premier qui renversa la règle, et dit que les statuts étaient en principe personnels. Il importe d'entendre les raisons qu'il donne, elles sont considérables et nous conduisent à un nouvel ordre de choses, que Dumoulin déjà pressentait, mais que l'avenir seulement réalisera.

Quand il y a conflit entre la loi qui régit la personne

(1) Voyez les témoignages dans Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIII, n^{os} 62 et 63.

(2) Dumoulin, *Consil.*, XVI, n^o 2 (Op., t. II, p. 854).

et la loi qui régit la chose, laquelle doit l'emporter? C'est demander si les personnes sont faites pour les choses ou les choses pour les personnes. En réponse à cette question, Bouhier cite ces paroles d'un jurisconsulte de son temps : « La personne, comme plus noble, doit l'emporter sur les biens qui ne sont faits que pour elle. » Par la même raison, il faut dire que les lois sont faites principalement pour les personnes; elles sont donc présumées personnelles; d'où suit qu'en cas de doute, le statut doit être réputé personnel plutôt que réel. Bouhier invoque encore une autre considération à l'appui de cette opinion qui parut étrange aux praticiens. Quand y a-t-il doute sur la personnalité ou la réalité d'un statut? Ce n'est pas quand il est exorbitant du droit commun; en ce cas, tout le monde admet la réalité. C'est donc quand la disposition est conforme au droit commun. Et qu'est-ce que ce droit commun? C'est ou le droit naturel, qui est la loi primordiale de toutes les nations, ou le droit romain, qui est presque toujours fondé sur l'équité, à ce point qu'on l'a appelé la raison écrite. Ne devons-nous pas nous rapprocher autant que possible d'un droit qui a son principe dans la raison et dans l'équité? Il faut donc l'appliquer partout, en considérant les différentes lois des provinces comme une seule et même coutume. Et ce qui est vrai des provinces, ne le serait-il pas des nations? N'y a-t-il pas un droit qui leur est commun, en tant qu'il se fonde sur l'équité naturelle, qui est la même partout (1)?

139. L'opinion de Bouhier ne trouva pas faveur; elle heurtait les préjugés traditionnels, séculaires des praticiens. Boullenois la combattit (2), et la tradition l'emporta sur la raison. N'y a-t-il pas dans l'appel fait par le président Bouhier à un droit commun, universel, un écho de la philosophie du dix-huitième siècle, philosophie essentiellement humaine, cosmopolite? Il se faisait une réaction violente dans les esprits contre le passé, et surtout

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXXVI, nos 1 et suiv. (t. 1^{er}, p. 819 et suiv.).

(2) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. 1^{er}, p. 107 et suiv.

contre la féodalité. Sous l'influence de cet esprit nouveau, la France révolutionnaire abolit le régime féodal jusque dans ses derniers vestiges. Une conséquence logique de cette tendance doit être de répudier l'idée de réalité dans les lois, pour y faire dominer le principe de personnalité. Les détails dans lesquels nous sommes entré prouvent que telle est en effet la tendance à laquelle les jurisconsultes français obéissent.

Il n'en est pas de même dans les pays où l'esprit féodal s'est maintenu. Par une étrange contradiction, l'élément de l'individualité, et par conséquent de la personnalité, domine dans les sentiments et les idées de la race anglo-saxonne, tandis que la réalité féodale règne toujours dans ses lois. C'est que la propriété est encore féodale, ainsi que les règles qui régissent sa transmission. Il en résulte que les droits sur les immeubles sont régis exclusivement par la loi de leur situation; la capacité personnelle n'influe en rien sur l'aliénation des immeubles. Il y a plus, le droit anglais repousse même toute action du droit étranger sur les meubles. Il a été jugé que le père, Français ou Belge, ne peut invoquer en Angleterre, ni sur les immeubles ni sur les meubles, le droit d'usufruit que le code civil attache à la puissance paternelle (1). On dit qu'il n'y a point de jurisconsultes qui obéissent plus à la tradition et qui écoutent moins la raison que les jurisconsultes anglais. L'exemple que nous venons de citer en est une preuve frappante. Y a-t-il un motif rationnel ou politique pour refuser au père français ou belge le droit de jouir des biens que son enfant possède en Angleterre? La souveraineté de l'Etat est-elle intéressée dans ce débat? Nous cherchons vainement un motif rationnel qui justifie cet esprit exclusif, il n'y en a pas d'autre que la puissance de la tradition féodale.

140. Depuis le dix-huitième siècle, l'humanité s'inspire de sentiments plus larges et d'idées plus élevées. L'Assemblée constituante abolit le droit d'aubaine, en invoquant la fraternité des peuples. Vainement les auteurs du code

(1) FOENX, *Traité de droit international privé*, p. 68 et 70, note 4.

le rétablirent-ils : en France et en Belgique, le législateur a déserté la tradition impériale pour revenir au généreux esprit qui animait les hommes de 89. Ce mouvement doit aboutir à un droit universel, tel que Bouhier le réclamait au dernier siècle, fondé sur la raison et sur l'équité, droit qui régira les rapports d'intérêt privé des nations, comme dès maintenant il y a un droit général qui règle leurs relations politiques. Cette tendance se manifeste avec éclat dans la science allemande. L'Allemagne est plus cosmopolite encore que la France; elle pense, avec le poète latin, que rien de ce qui est humain ne doit rester étranger à l'homme. C'est sous cette inspiration que Savigny a écrit le mot qui est appelé à renouveler la science du droit international privé. Ceux de nos vieux jurisconsultes qui sont les plus favorables au statut personnel invoquent l'utilité des peuples, ou ils font appel à la courtoisie qui doit régner entre les nations comme entre les individus. L'utilité n'est pas un principe que de fois n'a-t-on pas fait valoir l'intérêt pour pallier et pour excuser les plus grandes iniquités! La courtoisie ne suffit pas davantage. Il s'agit de principes de droit, et le droit n'est pas une affaire de courtoisie. Nous ne demandons pas que l'on respecte la loi de la personne au nom de l'indulgence ou de je ne sais quelle faveur : nous demandons justice au nom de la nature humaine qui nous dit que tous les peuples sont frères, aussi bien que les individus; il y a donc entre eux une *communauté de droit*. C'est le mot de Savigny (1). La communauté de droit qui relie tous les membres du genre humain, assure l'empire de la personnalité dans le domaine des lois, bien mieux que la courtoisie, que les peuples pourraient parfois oublier; bien mieux surtout que l'intérêt, qui trop souvent les a égarés.

Comment organiser cette communauté de droit? comment la faire sortir du domaine de la théorie pour la réaliser dans la pratique? Depuis longtemps, répond Savigny, les jurisconsultes demandent que l'on règle par des traités les principes qui doivent régir les rapports du droit inter-

(1) Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, p. 30 et suiv.

national privé. Déjà le vieux Huber disait, dans son traité du *Conflit des lois* : « La question appartient plutôt au droit des gens qu'au droit civil, parce qu'il est évident que les rapports respectifs des diverses nations entre elles rentrent dans le domaine du droit des gens. » Plus loin, Huber ajoute : « La décision de ces questions doit être cherchée, non dans le simple droit civil, mais dans la convenance réciproque et le consentement des nations. » Il faut dire plus : les lois sont impuissantes à vider le conflit. Le législateur peut bien admettre l'application du statut personnel quand il s'agit de la personne et des biens de l'étranger ; mais il ne peut pas donner à ses propres lois une action quelconque hors du territoire sur lequel s'étend son autorité. Il faut pour cela le consentement des divers peuples, il faut donc des traités. Ajoutons que des traités ne seront possibles que lorsque le droit commun, universel, dont parle le président Bouhier, aura pénétré partout et brisé les barrières que lui opposent la tradition et les préjugés. Tant qu'il y aura des nations qui répudieront le divorce comme une chose immorale, peut-on espérer que le divorce sera respecté là où il est flétri ? C'est à la science à préparer les traités qui réaliseront l'empire de la justice universelle entre les peuples, au moins dans le domaine des intérêts privés.

CHAPITRE IV.

DE L'EFFET DES LOIS QUANT AU TEMPS QU'ELLES RÉGISSENT.

SECTION I. — Le principe de la non-rétroactivité.

§ 1^{er}. Quand le législateur peut ou ne peut pas régir le passé.

141. L'article 2 du code civil porte : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. » Ce principe s'adresse-t-il au législateur ? signifie-t-il que le pouvoir législatif ne peut jamais régir le passé ? On répond d'ordinaire que l'article 2 ne lie pas le législateur (1). Cela est vrai en ce sens que l'article 2 est une loi et non une disposition constitutionnelle ; or, le législateur peut toujours déroger à une loi, il peut donc faire une loi rétroactive, quoique le code dise que la loi ne dispose que pour l'avenir. Le principe de la non-rétroactivité n'est donc pas un principe constitutionnel. Il faut dire plus : il serait contraire à l'essence du pouvoir législatif qu'il fût lié par cette règle que la loi ne dispose que pour l'avenir. En effet, il y a bien des cas où la loi doit régir le passé, soit dans un intérêt social, soit dans l'intérêt des citoyens. Dès lors le législateur ne doit pas être enchaîné par un principe absolu qui entraverait sa liberté d'action au préjudice de la société et des individus.

Il y a cependant une constitution qui a fait de la non-rétroactivité des lois un principe constitutionnel, c'est

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. II, n° 2.