

Étude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé / par Louis Olive,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Olive, Louis. Étude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé / par Louis Olive,.... 1899.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

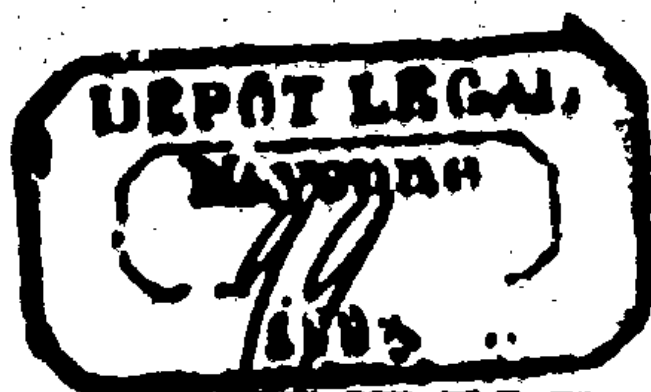
4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

8*
F
673



ETUDE

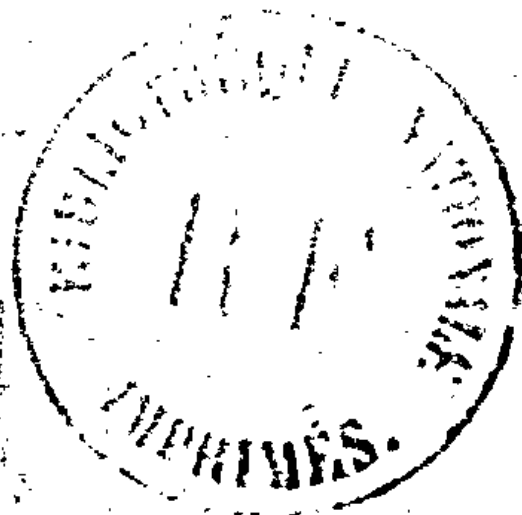
SUR LA

THÉORIE DE L'AUTONOMIE

EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PAR



LOUIS OLIVE

Docteur en Droit
Avocat à la cour d'appel de Bordeaux

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

FONDÉE PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

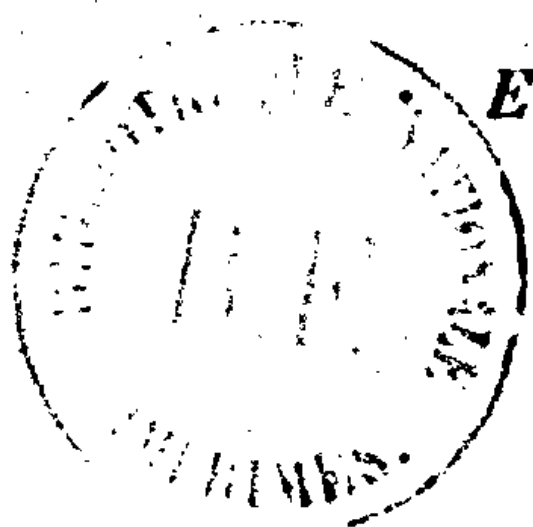
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1899

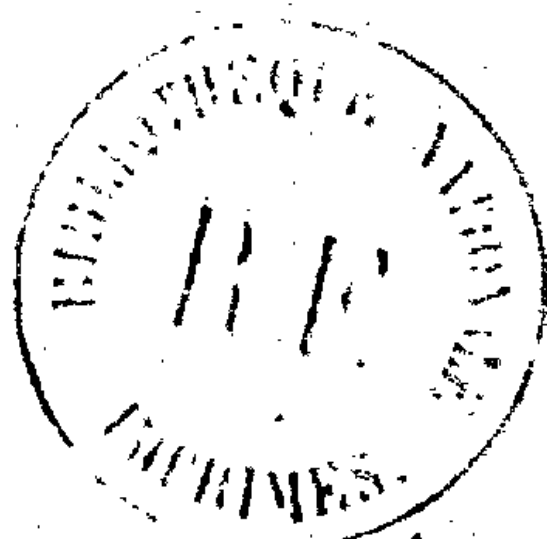
ÉTUDE
SUR LA
THÉORIE DE L'AUTONOMIE
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ



*E
8°

673

ÉTUDE
SUR LA
THÉORIE DE L'AUTONOMIE
EN
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ



PAR

LOUIS OLIVE

Docteur en Droit
Avocat à la cour d'appel de Bordeaux

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉE PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison **L. LAROSE & FORCEL**
22, rue Soufflot, 22
L. LAROSE, Directeur de la Librairie
1899

ETUDE
SUR LA
THÉORIE DE L'AUTONOMIE
En Droit international privé.

AVANT-PROPOS

Notre ancienne jurisprudence avait cru pouvoir résoudre le conflit des législations au moyen de la division générale des lois en statuts « réels » et « personnels ». L'histoire de la théorie des statuts se réduit presque tout entière au conflit de la réalité et de la personnalité.

On s'accorde généralement à reconnaître aujourd'hui que cette distinction célèbre n'est pas inexacte, mais qu'elle est trop étroite. Quelques auteurs la considèrent comme radicalement fausse, et voudraient la bannir complètement du domaine de la science (1); la plupart la maintiennent, mais en lui enlevant le caractère de généralité que les anciens auteurs avaient prétendu lui don-

(1) La distinction a été combattue, au xvii^e siècle, par Philippe de Renusson, dans son *Traité de la communauté*; récemment, par M. Roguin, dans son ouvrage sur « *La Règle de Droit* ».

ner. Beaucoup de lois, en effet, ne sauraient être rattachées sans de véritables sophismes à la condition juridique des personnes ou à celle des choses.

Le domaine presque tout entier des obligations conventionnelles a été soustrait à la distinction des statuts réels et des statuts personnels. Les conflits de lois qu'elles font naître sont dominés par le principe de *l'autonomie de la volonté*. On fait remarquer que la substance du contrat est, en thèse générale, l'œuvre de la volonté des parties, et qu'elle doit être régie par la loi que les parties auront librement choisie.

Le même principe est étendu par la doctrine à toutes les relations juridiques où la volonté de l'individu a force de loi, notamment au testament.

« L'autonomie de la volonté, dit M. Weiss (1), exerce son influence en matière de testament et de conventions.

« Dans le testament, le disposant substitue aux règles établies par sa loi personnelle pour la dévolution *ab intestat* de ses biens, l'expression de sa propre volonté; il désigne ceux qui succéderont à son patrimoine et répudie ainsi l'ordre héréditaire fixé par la loi. Rien ne l'empêche de s'en rapporter purement et simplement aux dispositions d'une loi étrangère et de s'approprier volontairement un régime successoral étranger...

« Ce que nous disons du testament n'est pas moins vrai de l'obligation qui naît d'un contrat. C'est l'accord de deux ou plusieurs volontés qui l'engendre; et tout ce qui, en elle, dépend du libre arbitre des contractants, échappe à

(1) Weiss. *Traité élémentaire de Droit international privé*, p. 258.

l'application nécessaire de leur législation nationale. La loi qui gouverne dans cette mesure l'obligation contractuelle est celle que les parties ont choisie, à laquelle elles ont voulu se soumettre. Et souvent, dans le silence du contrat, il faudra recourir à des présomptions interprétatives de leur volonté. »

C'est ce principe de l'autonomie en droit international privé qui fait l'objet de notre travail. Nous ne pouvons songer à parcourir le champ infini de ses applications. On trouvera une étude particulièrement approfondie de toutes les questions de détail où il intervient dans le savant ouvrage de M. Albéric Rolin sur « *les Principes du droit international privé* ». Nous nous sommes simplement proposé d'en indiquer le fondement théorique et de dégager les règles générales qui doivent présider à son application dans la pratique.

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'AUTONOMIE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

CHAPITRE PREMIER

Fondement de la théorie de l'autonomie.

I

L'expression d' « autonomie », dans son sens étymologique, désigne le pouvoir de se gouverner par ses propres lois. En droit privé, l'autonomie peut être définie : la faculté pour les personnes intéressées de déterminer elles-mêmes la loi qui doit régir une relation juridique.

Bien que l'expression d' « autonomie » ne figure pas dans notre Code Civil, le principe a été consacré, au point de vue du droit interne français, par plusieurs de ses dispositions, notamment par l'art. 1131, aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », et par l'art. 1387, qui contient une application de la même idée générale aux conventions matrimoniales. De ces textes il résulte bien que la volonté

des particuliers peut, dans certaines conditions, avoir une force obligatoire égale à celle du législateur.

Dans le domaine des conflits de législations, l'autonomie peut être définie : la faculté pour les personnes intéressées, de choisir, parmi les législations des divers Etats, celle qui sera applicable à un rapport juridique donné.

Ce pouvoir peut paraître exorbitant. Le droit international privé a pour objet de tracer les limites respectives de la souveraineté des divers Etats dans la réglementation des rapports de droit privé. Or il semble que ce soit renverser la notion de la souveraineté que d'en faire dépendre l'étendue de la volonté des personnes qu'elle régit.

Le principe de l'autonomie est cependant reconnu d'une façon à peu près unanime. Nous allons en rechercher le fondement théorique, après avoir parcouru rapidement, non point toutes les théories qui ont été émises, mais les principaux aspects sous lesquels le problème a été envisagé, dans les systèmes qui ont exercé l'influence la plus décisive.

II

Les raisons dont s'inspirèrent les jurisconsultes italiens du moyen âge qui créèrent la théorie des statuts, ne procèdent pas d'un système général bien défini. Ce défaut d'unité s'explique par la méthode de ces auteurs. Ils ont vraiment fondé le droit international privé. Certains textes du droit romain leur fournissaient sans doute des arguments d'analogie, mais ne statuaient point sur des difficultés absolument identiques à celles qui se présentaient

à leur examen. Le droit romain, en effet, n'a jamais reconnu le principe qui sert aujourd'hui de base au droit international privé, le respect de la souveraineté des États étrangers, en tant qu'elle se manifeste par la réglementation des rapports de droit privé qui relèvent rationnellement de la compétence de ces États. La coexistence des cités italiennes, autonomes dans une certaine mesure, quoique soumises au droit romain à titre de droit commun, les relations commerciales fréquentes qui s'établirent entre ces diverses cités, presque toutes florissantes et riches, firent naître la question toute nouvelle du conflit de plusieurs législations souveraines au sujet d'un même rapport juridique. Les juristes italiens du moyen âge se virent donc contraints par la force des choses de donner à ces problèmes des solutions vraiment personnelles, et malgré leurs efforts pour greffer leurs décisions sur le commentaire des lois romaines, ce fut en réalité leur propre jugement qui leur servit de guide. Ils s'abstinrent de poser aucune règle applicable *a priori* à toutes les relations juridiques, et ils analysèrent isolément les diverses espèces qui se présentaient dans la pratique, s'efforçant d'assigner à chaque loi la sphère d'application qui leur paraissait lui convenir le mieux. Ils appliquèrent ainsi d'une manière instinctive la méthode dont Savigny devait plus tard formuler plus nettement les principes. Seulement les considérations qu'ils font intervenir sont de nature très diverse, et il leur arrive souvent de procéder pour ainsi dire par voie d'intuition plutôt que de raisonnement déductif, imaginant d'une certaine manière un rapport juridique et y apercevant un

caractère d'après lequel ils le rattachent, souvent d'une manière assez arbitraire, à telle ou telle souveraineté. Dans la matière des conflits de lois relatifs à la substance des conventions, voici les principales solutions qu'ils ont proposées. Bartole soumet le contrat, en principe, à la loi du lieu où il s'est formé. Cette loi ne s'applique cependant qu'aux effets directs du contrat. Les conséquences juridiques qui résultent de faits postérieurs et qui ne s'y rattachent que d'une façon médiate dépendent de la loi du lieu où ces faits se sont passés. Bartole est ainsi le créateur de la distinction adoptée par quelques auteurs modernes entre les « effets » et les « suites » des contrats (1). Il justifie la compétence de la « *lex loci contractus* » par l'idée d'une sujétion temporaire et forcée des contractants à la loi locale (2); la notion de l'autonomie ne joue donc aucun rôle dans son système. Paul de Castre se prononce aussi pour la loi du lieu du contrat, pour la raison suivante: la convention doit être à ses yeux réputée originaire du lieu où elle s'est formée et régie à ce titre par la loi de ce lieu, de même que la personne est soumise à la loi de son pays d'origine; Paul de Castre donne ainsi à l'acte juridique une sorte d'état civil fictif: « *quia talis contractus dicitur ibi nasci ubi nascitur, et sicut persona ratione originis ligatur a statutis loci originis, ita et actus* » (3) » Rochus Curtius adopte égale-

(1) V. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 135 et 136.

(2) V. Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 163 et 256.

(3) Pauli Castrensis in *Primam codicis partem commentaria*, L. *Cunctos populos*, n° 10 et 11 (Édition de Venise, 1591), cf. Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 189 et 256.

ment la loi du lieu du contrat, mais parce qu'il la considère comme tacitement désignée par les parties elles-mêmes (1). C'est là une sorte de présomption légale ; l'auteur ne s'explique pas sur le point de savoir si elle est absolue ou si elle comporte la preuve contraire.

D'une manière générale, on le voit, les postglossateurs ne tenaient guère compte, dans la recherche de la loi applicable à la substance du contrat, de l'intention concrète et variable des parties, telle qu'elle se révélera dans chaque espèce par les circonstances particulières de la cause. C'est au contraire à ce dernier élément que Dumoulin devait donner la place prépondérante.

Le célèbre jurisconsulte eut plusieurs occasions d'exposer sa manière de voir au sujet du rôle de la volonté dans les conflits de législations. Il l'exprima notamment dans une consultation célèbre qu'il donna sur la question de savoir si la communauté établie par la coutume de Paris entre époux mariés sans contrat, s'étend aux biens situés dans le ressort d'une loi qui organise un régime différent. Ce résultat n'était-il pas contraire au principe de la réalité des coutumes, dont l'influence s'était fait sentir de très-bonne heure dans la pratique française et dont d'Argentré devait plus tard assurer le triomphe ? Dumoulin écarta l'objection en assimilant le régime établi en l'absence de contrat à une convention tacite, et en invoquant l'effet extraterritorial auquel une convention tacite a le même droit qu'une convention expresse. On

(1) *Rochi Curtii Tractatus utrius juris*, t. II, n° 2 (Edition de Venise, 1584). cf. *Lainé op. cit.* t. I, p. 205 et 256.

a reproché à Dumoulin de n'avoir pas sur ce point appliqué avec assez de fermeté cette théorie nouvelle de la convention tacite, et d'avoir confondu la notion de l'autonomie avec celle du statut personnel en soumettant invariablement le régime légal à la coutume du domicile matrimonial, au lieu de s'en remettre dans chaque cas particulier à l'intention des époux (1). Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question, et d'examiner si cette critique est fondée.

Mais c'est surtout à propos de la vente que Dumoulin a posé les bases de la théorie de l'autonomie en Droit international privé. L'école italienne soumettait, nous l'avons vu, le contrat à la loi du lieu où il a été conclu. En dehors des considérations diverses que nous avons résumées plus haut, elle invoquait des textes romains et plus particulièrement la loi « *Si fundus* » au Digeste au titre « *De Evictionibus* », d'où il ressort que l'étendue de la garantie en matière de vente dépend de la coutume du lieu où la vente est intervenue. Dumoulin ne récuse pas l'autorité de ce texte, mais il trouve trop étroite et trop exclusive l'interprétation qui en était donnée par les Postglossateurs (2). Il examine d'abord l'hypothèse où un habitant de Tubingue a vendu une maison qu'il possède dans cette ville au cours d'un voyage qu'il a fait en Italie. Le statut du lieu où le contrat s'est formé est plus sévère que celui de Tubingue au sujet de la garantie. Ce statut local sera-t-il applicable ? Dumoulin répond négati-

(1) En ce sens Aubry. *Le Domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, Clunet, 1896, p. 466.

(2) V. à ce sujet Lainé. *op. cit.*, t. I, p. 229.

vement : en fait, il est peu probable que le vendeur ait voulu s'y soumettre; en droit la loi « *Si fundus* » est inapplicable dans l'espèce; elle ne vise pas, suivant Dumoulin, le cas où le lieu du contrat est purement accidentel. Dumoulin suppose ensuite qu'un habitant de Tubingue a vendu dans cette ville une maison qu'il possédait à Genève. Ce sera le statut de Tubingue qui déterminera l'obligation de garantie contractée par le vendeur. Ici Dumoulin invoque l'appui de la loi « *Si fundus* ». On voit que Dumoulin se borne à modifier l'interprétation que l'on donnait généralement de ce texte. Au lieu d'y voir une règle absolue, il y voit une règle interprétative de la volonté des parties, une sorte de présomption d'intention qu'il n'y a aucune raison de révoquer en doute lorsque le lieu du contrat est en même temps le lieu du domicile des contractants, mais dont l'autorité cesse de s'imposer lorsque les contractants ont traité en dehors du pays où se trouve leur domicile. Dans ce cas on ne doit pas se prononcer d'une manière fixe pour la loi du lieu du contrat, mais on doit rechercher la volonté expresse ou tacite des parties, et pour cela se référer aux circonstances diverses qui ont entouré la conclusion du contrat. Le fait que l'acheteur s'est transporté au lieu du domicile du vendeur et qu'il s'est spécialement enquis de la coutume de ce lieu, pourra constituer un élément utile d'appréciation. Mais ce n'est là qu'un exemple.

Une des applications que Dumoulin donne de ces idées générales concerne la vente d'un fonds à la mesure. « Au cas de vente d'un fonds à la mesure, dit-il (1), si la me-

(1) Cité par M. Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 231.

sure indiquée varie suivant les lieux, ce n'est pas nécessairement la mesure usitée au lieu du contrat qui doit être employée, quoi qu'en disent certains auteurs et malgré la loi « *Si fundus* »..... Il faut opter pour la mesure du lieu où le fonds est situé, à moins que la pensée des parties ne soit révélée par d'autres circonstances, car la question est de fait plutôt que de droit. Cette opinion, d'ailleurs, n'est proposée que pour le cas où il s'agit de tel fonds ou de fonds situés dans tel lieu. Elle n'aurait pas de raison d'être si un testateur, possédant des biens dans divers lieux, avait légué « *in genere* » mille arpents, sans s'expliquer davantage. Le testateur, alors, n'a eu en vue qu'une seule mesure et doit être réputé, dans le doute, avoir porté sa pensée sur la mesure du lieu où il avait son domicile ».

C'est encore par une recherche d'intention que Dumoulin résout la question de savoir quelle est la loi qui régit la restitution de la dot, lorsque les époux ont changé de domicile depuis le mariage et que la restitution est réglée différemment par la loi du domicile des époux au commencement de leur union et par celle de leur domicile au moment de la dissolution du mariage. L'obligation de restituer la dot est conventionnelle: c'est donc au moment de la conclusion des conventions matrimoniales qu'il faut se placer pour apprécier l'étendue de cette obligation, et la loi compétente sur ce point est celle que les futurs époux devaient avoir en vue à ce moment, c'est-à-dire celle du domicile matrimonial au début du mariage (1).

(1) Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 232.

Ainsi Dumoulin a introduit dans la science des conflits de lois deux idées fort importantes, méconnues avant lui, ou qui tout au moins n'avaient pas été suffisamment mises en relief.

La première, c'est que la volonté des parties, en tant que source d'effets juridiques, doit être respectée en tous lieux, dans la mesure, bien entendu, où elle est licite, et qu'elle doit produire ses conséquences à l'égard de tous les biens visés par l'acte juridique, sur quelque territoire qu'ils se trouvent situés. La seconde, c'est que certaines lois puisent toute leur force dans la volonté que les intéressés ont manifestée, expressément ou tacitement, de s'y soumettre, et que ces lois ont droit au même effet extraterritorial que les conventions proprement dites.

Après Dumoulin, la théorie des statuts a subi de nombreuses vicissitudes : que sont devenues les deux idées fondamentales dégagées par lui au sujet du rôle de la volonté dans les conflits de lois et qui forment aujourd'hui encore la base de la théorie de l'autonomie ? Ces idées paraissent s'être maintenues, et il nous suffira de rappeler quelques faits d'où il est permis d'induire que, malgré les divergences qu'on pourrait signaler dans l'application, le principe n'a jamais été sérieusement contesté.

On sait avec quelle vigueur d'Argentré combattit la thèse de Dumoulin au sujet du régime matrimonial qui s'établit à défaut de contrat de mariage. C'est là un des points sur lequel le célèbre juriconsulte breton défendit avec le plus d'intransigeance le principe de la réalité des coutumes. Or D'Argentré n'alla jamais jusqu'à nier le pouvoir extraterritorial de la volonté individuelle ; son

argumentation se borne à contester l'assimilation que Dumoulin avait prétendu établir entre le régime matrimonial de droit commun et une convention tacite (1). C'est la loi seule, à ses yeux, qui établit ce régime, et la volonté des futurs époux n'y est pour rien, car ils ne songent pas, en général, lorsqu'ils se marient sans contrat, à quel régime ils seront soumis en ce qui concerne leurs biens.

La doctrine hollandaise est incontestablement celle qui est allée le plus loin dans l'affirmation du principe de la réalité des lois. Jean Voët pose en principe que les lois peuvent être classées au point de vue de leur objet ou de leur effet. Au premier point de vue, elles se divisent en statuts réels, personnels et mixtes. Mais en ce qui concerne leur effet, cette distinction est inutile ; car l'empire de toutes les lois, quelles qu'elles soient, est strictement limité au territoire où elles sont en vigueur. « *Non plus virium habere statuta possunt quam a legislatore statuente acceperunt, et ipsius legislatoris potestas terminis sui territorii coarctata est* (2) ». Telle est la règle ; elle ne peut être tempérée que par la courtoisie internationale. Mais dans la dernière partie de son étude, Jean Voët se demande s'il est permis aux particuliers de se soustraire à l'autorité des statuts par leurs conventions. Il distingue entre les statuts qui concernent l'utilité publique, et ceux qui n'ont en vue que des intérêts privés. Les premiers s'imposent, sans dé-

(1) Voir Surville. *Du rôle de la volonté dans les conflits de législations relatifs aux conventions matrimoniales*, dans la *Revue critique*, 1888, p. 159, 241.

(2) Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 101.

rogation possible ; les seconds au contraire peuvent être écartés par une manifestation de volonté expresse ou tacite (1).

M. Laurent juge cette solution inconciliable avec le système de la territorialité absolue du droit soutenu par Jean Voët (2). Sans prétendre justifier le réalisme du jurisconsulte hollandais, nous croyons que le reproche de contradiction n'est pas fondé. En affirmant dans toute sa force le principe de la réalité des coutumes, Jean Voët se proposait de faire échec au statut personnel, et de le réduire à une simple exception au droit commun, tolérée pour des motifs de courtoisie. Mais si la territorialité des lois fait obstacle en principe, et sauf la dérogation fondée sur la « comitas », à l'immixtion des lois étrangères, considérées comme des manifestations de la souveraineté de l'Etat étranger, il en est autrement lorsque la compétence de la loi étrangère s'appuie sur la volonté des parties intéressées, car c'est une règle de droit interne acceptée par toutes les législations, que la volonté des parties doit être respectée et faire la loi, dans la mesure où elle n'est pas contraire à l'ordre public. Ce principe se concilie avec la territorialité la plus stricte du droit, et c'est là une idée dont Jean Voët paraît avoir eu l'intuition.

Si les auteurs les plus réalistes reconnurent le rôle extraterritorial de la volonté, à plus forte raison en fut-il de même des auteurs qui, tout en adoptant le point de départ de d'Argentré, s'efforcèrent de réagir contre la ri-

(1) Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 106.

(2) Laurent. *Droit civil international*, t. I, n° 326 et suiv.

gueur de son réalisme et d'élargir la sphère de la personnalité du Droit.

C'est ainsi que Boullenois, dans les règles détaillées qu'il consacre aux conflits de lois relatifs à la substance des contrats, adopte les idées fondamentales de Dumoulin. S'il s'efforce, suivant en cela le procédé des jurisconsultes italiens, de tracer des règles fixes pour les diverses espèces d'hypothèses susceptibles de se présenter, il reconnaît que l'application de ces règles dépend beaucoup des circonstances, et qu'en définitive la loi compétente est toujours celle à laquelle les parties sont présumées s'être référées. Bouhier comprend dans le statut personnel les lois fondées sur une convention tacite, de même qu'il y fait entrer aussi celles qui concernent les formalités extrinsèques des actes juridiques, sur lesquelles nous aurons à revenir. Il semble qu'il y ait dans cette doctrine une négation radicale de l'autonomie, puisque le statut personnel est une loi qui s'impose. Mais dans cette classification, Bouhier paraît avoir uniquement en vue l'effet extraterritorial dont le statut personnel est susceptible ; il dénature un peu le sens de ces expressions, afin de rester fidèle à la division générale des lois en statuts réels et personnels, que la doctrine française avait adoptée comme principe sous l'influence du système de d'Argentré (1).

La notion d'autonomie en Droit international privé n'a point été, en somme, éclaircie par les auteurs du *xvii^e* et du *xviii^e* siècles. On voit simplement dans leurs travaux se combiner de manières diverses les deux tendances op-

(1) V. en ce sens Laliné, *op. cit.*, t. II, p. 53 et suiv.

posées qui s'étaient manifestées dans la doctrine de l'école italienne et dans celle de Dumoulin : d'une part, ils cherchent à faire dépendre d'une règle fixe, autant que possible, la loi applicable à la substance de la convention ; d'autre part, ils reconnaissent que l'on doit tenir compte d'un élément essentiellement variable, l'intention des parties.

III

Dans le cours de notre siècle, les recherches de droit international privé ont été inspirées d'idées nouvelles et guidées par une méthode plus large ; le cadre trop étroit dans lequel les anciens auteurs avaient tenté d'enfermer la théorie des conflits de lois, a été brisé ; la notion de l'autonomie, obscurcie jusque-là par la division générale des lois en statuts réels et personnels, a été plus nettement mise en lumière. Elle tient une place importante dans toutes les théories modernes. Sans entrer dans l'analyse détaillée et qui serait inutile, de toutes les opinions qui ont été émises, nous bornerons notre examen aux systèmes qui ont exercé l'influence la plus considérable sur le développement de la science des conflits de lois.

IV

Savigny, dans le dernier volume de son « *Système de droit romain* », parle à différentes reprises de la « *soumission volontaire* » comme élément de solution du conflit de lois. C'est en particulier par l'idée de soumission

volontaire qu'il justifie l'application de la loi du domicile matrimonial au régime de droit commun, reproduisant à peu près en cette matière la doctrine de Dumoulin. Mais le rôle de la volonté individuelle dans la solution des problèmes de droit international privé est analysé d'une manière particulièrement approfondie dans les développements consacrés à l'obligation. C'est là que nous devons chercher la pensée de Savigny.

Deux questions y sont examinées : Quelle est la juridiction spéciale qui est appelée à connaître de l'obligation ? Quel est le droit local qui lui est applicable ? (1) De ces deux questions, la première n'a d'intérêt qu'au point de vue du Droit romain ; la seconde seule se rattache à notre étude. Mais il existe entre l'une et l'autre une connexité intime : les raisons qui déterminent le droit local sont, d'après Savigny, exactement les mêmes que celles qui décident de la juridiction (2). De sorte que c'est dans la dissertation relative à la juridiction que l'on trouve exposées les idées de Savigny sur les principes qui régissent les conflits de lois relatifs à la substance de l'obligation.

Du reste les deux questions se ramènent à une troisième, d'une nature toute théorique, et qu'on peut formuler de la manière suivante : Quel est le siège de l'obligation (3) ? Il s'agit de donner à ce lien de droit, immatériel par nature, une sorte d'attache visible au territoire d'un Etat déterminé (4). L'essence de l'obligation réside dans la volonté

(1) Savigny, *Système* (traduction Guenoux), t. VIII, p. 203.

(2) Savigny, *op. cit.* p. 244.

(3) Savigny, *op. cit.* p. 203.

(4) Savigny, *op. cit.* p. 294.

des parties ; mais c'est là une chose incorporelle, et c'est seulement par ses manifestations que l'on peut chercher à la saisir. L'échange des consentements et l'exécution constituent les deux actes principaux par lesquels la volonté des parties se traduit extérieurement, par lesquels elle passe pour ainsi dire dans le domaine des réalités tangibles. Il faut opter pour l'un ou pour l'autre : Savigny se prononce pour l'exécution ; il y voit l'élément qui doit servir à assigner à l'obligation le siège qu'elle sera censée occuper dans l'espace. « En effet, dit Savigny, l'obligation consiste à rendre certaine et nécessaire une chose auparavant incertaine et soumise au libre arbitre d'une personne. Or, la chose devenue ainsi nécessaire et certaine est précisément l'accomplissement de l'obligation ; c'est là-dessus que se concentre l'attente des parties : dès lors il est de l'essence de l'obligation que le lieu de l'accomplissement en soit regardé comme le siège, et que dans ce lieu se place la juridiction spéciale de l'obligation en « vertu de la soumission libre » (1).

Ces expressions n'ont peut-être pas toute la clarté qu'on serait en droit de souhaiter. Il est notamment assez difficile de comprendre comment, de ce que l'attente des parties se concentre sur l'accomplissement de l'obligation, il résulte d'une façon nécessaire qu'elles se soumettent volontairement à la législation du pays où cet accomplissement doit avoir lieu. On ne peut nier sans doute que le lieu d'exécution, à raison de son importance, doive être pris en sérieuse considération lorsqu'il s'agit de rechercher

(1) Savigny, *op. cit.* p. 205.

l'intention des parties au sujet de la loi applicable : les circonstances peuvent démontrer qu'elles ont eu en vue la loi de ce lieu. Mais Savigny paraît établir entre l'idée d'exécution et celle de soumission volontaire à la législation du pays où cette exécution doit se produire, une sorte de lien logique qu'il est malaisé de saisir. Pourquoi, d'autre part, dire qu'il est de l'essence de l'obligation que le lieu d'accomplissement en soit considéré comme le siège, ce qui signifie pratiquement qu'elle relèvera de la loi de ce lieu ? N'est-ce pas donner à entendre qu'elle ne pourra jamais être soumise à une autre législation ? Ce serait certainement aller trop loin, et Savigny reconnaît lui-même que les règles qu'il propose pour fixer le droit local de l'obligation cesseront d'être applicables en présence d'une volonté contraire expressément manifestée par les intéressés (1).

N'y a-t-il pas, dès lors, une contradiction, ou tout au moins une certaine obscurité, dans la pensée de Savigny ? L'idée de soumission volontaire, c'est-à-dire de libre choix de la part des intéressés, n'est-elle pas incompatible avec la règle qui assujettit d'une manière inflexible l'obligation à la loi du lieu d'exécution ? La méthode employée par Savigny l'a peut-être entraîné à forcer un peu l'expression de sa pensée. Parti du principe de la territorialité du Droit (2), et voulant néanmoins soumettre chaque relation juridique à la loi que la raison conseille de lui appliquer, au lieu de la faire dépendre invariablement de la « *lex-fori* », comme l'exigerait le droit strict, Savigny a

(1) Savigny, *op. cit.* p. 216.

(2) V. notamment, *op. cit.*, p. 21 et suiv.

été amené à recourir à un système de fictions, en vue de localiser chaque rapport juridique sur le territoire d'un Etat déterminé et de le soumettre ainsi au « droit local » de cet Etat. La manière dont Savigny pose d'une manière générale le problème du droit international privé révèle sa pensée à cet égard : ce problème consiste à « déterminer, pour chaque rapport de droit, le *domaine de droit* le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport (1) ». Savigny est du reste particulièrement explicite au sujet de l'obligation : «.... Ici encore se représente la question de savoir quel est le véritable *siège* de l'obligation, l'endroit où elle est localisée dans l'espace (2) ». On s'explique par là que Savigny ait cherché un élément objectif et fixe qui permette d'opérer cette localisation. Il ressort néanmoins de l'ensemble de ses développements que c'est la notion de la soumission volontaire qui domine dans sa doctrine. Ce qui le prouve surtout, et ce qui dissipe les ambiguïtés que peut présenter le passage que nous avons cité plus haut, c'est que la compétence qu'il attache à la loi du lieu d'exécution cesse lorsque les parties ont expressément opté pour une loi différente (3). C'est, en définitive, par une présomption légale d'intention, susceptible de tomber devant la preuve contraire, que Savigny détermine la loi applicable à la substance de l'obligation. Il décide d'une manière générale et *a priori* que les parties seront réputées s'être

(1) Savigny, *op. cit.*, p. 30.

(2) Savigny, *op. cit.*, p. 198.

(3) Savigny, *op. cit.*, p. 216.

volontairement soumises à la loi du lieu d'exécution, à moins qu'il ne soit établi en fait que leur volonté est différente. Savigny ne prévoit que le cas où cette preuve contraire résultera d'une déclaration expresse ; mais il n'y aurait pas de raison pour ne pas tenir un égal compte d'une manifestation tacite, mais certaine, de volonté. Savigny se prononce sans doute, suivant une locution familière au langage du Droit, « *de eo quod plerumque fit.* » Rarement, en effet, en l'absence d'une déclaration explicite, il sera possible de pénétrer d'une façon sûre la pensée des contractants sur cette question si délicate, qui le plus souvent ne se sera même pas présentée à leur esprit.

Savigny complète la règle générale que nous venons d'indiquer par un certain nombre de règles accessoires destinées à préciser, dans une série d'hypothèses qu'il passe en revue, quel est le pays qui devra être considéré comme lieu d'exécution. Cette question, en effet, en l'absence d'une convention spéciale à ce sujet, peut soulever des difficultés délicates. Savigny la résout par des règles interprétatives de l'intention probable des parties et qui présentent encore le caractère de véritables présomptions légales.

Telles sont les idées essentielles de Savigny au sujet du rôle de la volonté dans les conflits de législations. On voit que si le célèbre jurisconsulte a repoussé en cette matière l'expression d'« autonomie » comme susceptible de provoquer des confusions, à raison d'une particularité de la terminologie du droit allemand, il a fait néanmoins une large part au principe.

V

Savigny n'admettait pas que les divers conflits de lois pussent être résolus par une règle universelle d'où il suffirait de tirer des déductions particulières. Il y a, dans sa doctrine, autant de règles indépendantes les unes des autres, en droit international privé, qu'il y a de catégories distinctes de rapports juridiques. L'Ecole italienne moderne, dont les principes fondamentaux ont été posés par Mancini, Pasquale Fiore, Esperson, et qui compte d'ailleurs en France un certain nombre de partisans, manifeste une tendance différente. Son système marque une nouvelle tentative, analogue à celle de la doctrine française aux ^{xvii}^m^e et ^{xviii}^m^e siècles, quoiqu'inspirée d'un esprit tout opposé, pour ramener la diversité des règles du Droit international privé à un principe unique.

La théorie des statuts, dans le dernier état du Droit en France, avait définitivement adopté la division générale des lois en statuts réels et personnels; quant aux statuts mixtes, admis par certains auteurs, l'accord ne se réalisa jamais sur le sens de ces expressions, et moins encore sur l'intérêt pratique qu'il y avait à distinguer cette troisième classe de lois (1). Quoiqu'il en soit, la réalité était la règle, et la personnalité n'était admise qu'à titre d'exception (2). L'Ecole italienne moderne renverse ce rap-

(1) V. sur cette question des statuts mixtes Lainé. *op. cit.*, t. II, p. 39. et suiv.

(2) Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 69 et suiv.

port : elle fait de l'exception la règle et réciproquement. La souveraineté était essentiellement territoriale dans la théorie des statuts ; avec l'Ecole italienne elle change de caractère et devient personnelle.

Nous trouvons un exposé très net, et en même temps très hardi, de ces idées générales, dans le *Traité élémentaire de Droit international privé*, de M. Weiss. « L'Etat, dit le savant auteur, est avant tout un *agrégat de personnes*, réunies par un lien contractuel de sujétion commune. Mais pour qu'il puisse assurer à chacune de ces personnes les garanties et la protection qu'elle a le droit d'attendre de lui, il faut que l'Etat ait un *territoire*. Sa puissance s'exerce donc à la fois sur les personnes et sur le sol ; mais ces deux éléments sont d'importance très inégale. Privé de sujets, l'Etat ne se conçoit même pas, tandis que l'imagination peut à la rigueur concevoir un Etat dénué de territoire et réduit à sa seule souveraineté personnelle.... C'est donc par ses sujets et pour ses sujets que l'Etat existe ; sa souveraineté territoriale n'est que l'accessoire, que la dépendance de sa souveraineté personnelle (1) ».

Les lois sont donc essentiellement faites pour un groupe de personnes, qu'elles suivent en tous lieux. Quelles sont ces personnes ? Ce sont celles qui sont unies à l'Etat envisagé par le lien de la nationalité. Les lois varient en effet à raison des mœurs, des usages, des idées de chaque peuple, en d'autres termes à raison des éléments

(1) Weiss. *Traité élémentaire de Droit international privé*, 2^e éd., p. 241.

divers qui entrent dans la constitution de la nationalité. Il faut donc reconnaître à chaque Etat le droit et le devoir de légiférer pour ses nationaux. Chaque personne sera régie par la loi de sa patrie dans toutes les phases de son existence juridique et dans tous les pays où elle se transportera (1).

C'est là un principe général et qui domine tous les conflits de lois. Il comporte seulement, suivant M. Weiss, trois limitations : la première résulte de l'« ordre public international », la seconde, de la règle « *Locus regit actum* » ; enfin une troisième restriction est fondée sur le principe de l'« autonomie de la volonté » (2).

Il importe de bien se rendre compte de la place qu'occupe, d'après la doctrine italienne, cette notion de l'autonomie dans les assises du Droit international privé. Le principe de la personnalité du droit est général ; il s'applique, sans distinction, à toutes les lois privées. Mais parmi celles-ci, il en est auxquelles les particuliers peuvent déroger : l'article 6 de notre Code civil leur reconnaît cette faculté, et le principe est commun à toutes les législations. Il suffit de mettre en jeu cette règle de droit interne pour faire la part de l'autonomie sans atténuer la portée des principes fondamentaux du système. L'individu est régi par sa loi nationale, mais il n'est pas soumis à toutes les dispositions de cette loi d'une façon nécessaire ; il en est qu'il peut écarter pour y substituer d'autres dispositions de son choix ; et s'il

(1) Weiss, *op. cit.*, p. 212.

(2) Weiss, *op. cit.*, p. 241, 259.

peut se soustraire à l'empire d'une règle isolée de sa législation nationale, il peut aussi, repoussant d'une manière générale cette législation en ce qui concerne les effets d'un acte juridique, en soumettre la réglementation à une loi étrangère. L'autonomie apparaît ainsi, non point comme une exception au principe de la personnalité du Droit, mais comme n'en étant au contraire qu'une des applications. En effet, en se référant, sur les points qui ne sont pas réglés par des dispositions impératives, à une loi étrangère, l'individu ne fait qu'user d'un droit que lui reconnaît sa loi nationale (1).

Comme une volonté tacite mérite le même respect qu'une volonté exprimée, il y aura lieu de rechercher si les conditions dans lesquelles un acte juridique, un contrat par exemple, a été formé, et notamment la différence de nationalité entre les contractants, ou le fait que ceux-ci ont traité en dehors de leur patrie, n'accusent pas de leur part l'intention de se soumettre à une législation autre que leur loi nationale.

VI

Un système tout récent, celui que M. Pillet a proposé dans une série d'articles parus dans le *Journal de Droit international privé* en 1894, 1895 et 1896, reconnaît aussi le rôle que doit jouer l'autonomie en Droit international privé. Ce système, qui se rapproche sensiblement

(1) Weiss, *op. cit.*, p. 258.

par ses résultats pratiques de celui de l'Ecole italienne, sans se confondre cependant avec lui, surtout au point de vue théorique, est basé sur une distinction des lois de protection individuelle, faites pour les nationaux seuls mais qui ont un effet extraterritorial, et des lois de garantie sociale, édictées dans l'intérêt de l'Etat et qui s'appliquent sur le territoire de cet Etat à toutes personnes, sans distinction de nationalité. Mais M. Pillet reconnaît que cette division ne comprend que les lois obligatoires et qu'elle laisse en dehors de sa sphère celles qui sont interprétatives ou supplétives. L'application de ces dernières dépend de l'adhésion expresse ou tacite des intéressés (1).

VII

Nous voyons ainsi le rôle de la volonté, dans la solution des conflits de lois, reconnu par des systèmes qui s'inspirent d'idées générales très différentes. M. Aubry remarque que le principe de l'autonomie, longtemps méconnu ou confondu avec d'autres notions, est aujourd'hui en doctrine l'objet d'un assentiment à peu près unanime, et il ne pense pas que ce principe puisse être atteint par le travail de révision générale qui menace, suivant lui, les assises, encore incertaines, du droit international privé (2). Et en effet la théorie de l'autonomie présente une

(1) Pillet. *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, Clunet, 1894, p. 417 et suiv., 711 et suiv., 1895, p. 241 et suiv., 500 et suiv., 929 et suiv., 1896, p. 5 et suiv.

(2) Aubry. *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, Clunet, p. 1896, 466.

particularité qui lui donne, parmi les principes généraux, presque tous controversés, du droit international privé, une solidité toute particulière : elle trouve un appui dans une règle indiscutée de droit interne.

Cette règle, à notre avis, se trouve formulée, en Droit positif français, par l'art. 6 de notre Code civil. Notons tout d'abord que ce texte paraît entièrement étranger à toute question de conflit de législations, et qu'on ne saurait y chercher la base de la distinction, que nous essaierons de justifier plus bas, entre l'« ordre public interne » et l'« ordre public international ». Nous verrons que par ces dernières expressions on désigne les lois qui sont considérées par le législateur qui les édicte comme tellement indispensables au bon ordre social, qu'elles ne sauraient tolérer en aucun cas, sur le territoire où elles sont en vigueur, l'application de lois étrangères différentes, alors même que la nature du rapport de droit réclamerait rationnellement cette application. Est-ce seulement ces lois que vise l'art. 6 par les expressions de lois intéressant l'ordre public ? Non, car le trait qui caractérise, suivant cet article, les lois d'ordre public, c'est que l'on ne peut y déroger par des conventions particulières ; or il est certain que les Français ne peuvent déroger par leurs conventions aux dispositions impératives qui ne sont faites que pour eux, et qui par conséquent sont d'ordre public simplement interne, notamment à celles qui gouvernent leur état et leur capacité.

L'article 6 ne s'occupe donc pas de l'autorité territoriale ou extraterritoriale des lois, et il les classe uniquement au point de vue suivant : les unes sont d'ordre public, en

ce sens que les personnes placées sous leur empire ne peuvent y déroger ; les autres ne sont pas d'ordre public en ce sens qu'elles ne s'imposent pas lorsque les personnes qu'elles sont appelées à régir ont manifesté l'intention de les écarter.

Toutefois cette distinction a été contestée, et nous devons signaler un très-suggestif ouvrage de M. de Vareilles-Sommières qui contient une vigoureuse critique de la théorie de l'ordre public telle qu'elle paraît bien être établie par l'article 6 (1).

Cette étude est le développement d'un double paradoxe. D'une part, toutes les lois, sans exception, intéressent l'ordre public. D'autre part, il n'existe aucune loi à laquelle il soit permis de déroger (2).

S'il en est ainsi, l'article 6 devient un pur non sens. C'est en effet à cette conclusion qu'aboutit l'auteur (3), et il émet des appréciations sévères sur cette « solennelle erreur », trop complaisamment reproduite, à son avis, par la doctrine, et sur le désordre qu'elle a jeté dans les idées et dans le langage du Droit.

« Comme M. Huc, nous pensons que l'article 6, et cela dans tous les sens qu'on peut lui prêter, n'est qu'une simple remarque, fort inopportune dans un Code.

« Mais, à la différence de M. Huc, nous pensons que la remarque, dans le sens qu'elle semble avoir et que tout le

(1) De Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois* (Extrait de la *Revue de Lille*). Cf. *La synthèse du Droit international privé*, passim.

(2) *Op. cit.*, p. 9.

(3) *Op. cit.*, p. 9, p. 68.

monde lui attribue et accepte, est d'une insigne fausseté.

« Il est fort heureux qu'elle n'ait aucune portée législative : cette maxime froletée ne trouble en rien la pratique.

« Mais dans le domaine scientifique elle a été perniciieuse.

« Elle a altéré la justesse des idées et du langage de tous les jurisconsultes de ce siècle. Elle a répandu dans tous les livres et dans tous les esprits des notions sur la loi contraires à toute philosophie et même au sens commun, des conceptions vagues et indéfinissables, vrai supplice pour l'intelligence.

« Elle a provoqué, pour l'expliquer et la rendre claire des dissertations qui ont encore obscurci la nuit.

« Elle a vicié la science du droit international privé, car l'inintelligible division des lois qu'elle suppose est la pierre angulaire de toutes les théories compliquées pour lesquelles on a délaissé les principes simples et vrais de la doctrine dite statutaire » (1).

Après s'être efforcé de ruiner par la base les propositions énoncées par l'art. 6, M. de Vareilles-Sommières reconnaît cependant qu'il existe des « vérités cachées » dans cet article, mais que ces vérités ont été complètement défigurées par les expressions malheureuses dont s'est servi le législateur. L'idée exacte que M. de Vareilles-Sommières découvre sous les termes impropres employés par l'art. 6, est la suivante : « On peut, en principe, renoncer aux droits que la loi confère ; toutefois on ne le peut pas quand la loi le défend, et la loi le défend,

(1) *Op. cit.* p. 8.

expressément ou tacitement, lorsque la renonciation serait contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » (1).

M. de Vareilles-Sommières développe et justifie ces deux propositions. Nous les croyons en effet incontestables. Mais il nous paraît difficile d'admettre que l'art. 6 ait été écrit en vue de les consacrer.

Qu'eût été d'ailleurs assez inutile. Si l'on ne peut renoncer valablement à un droit, lorsque la loi interdit cette renonciation, c'est parce que les lois prohibitives, quel qu'en soit l'objet, s'imposent au respect des particuliers, et l'on ne voit pas pourquoi le législateur aurait énoncé cette vérité certaine en la restreignant aux lois qui portent défense de renoncer à un droit, au lieu de lui donner la généralité qu'elle comporte.

Rien ne nous paraît, au surplus, justifier, dans l'art. 6 l'interprétation de M. de Vareilles-Sommières. Suivant cette interprétation, le texte aurait pour but de diviser les droits en deux catégories. Les uns pourraient être valablement abdiqués par leurs titulaires ; les autres ne le pourraient pas. Or, l'art. 6 est placé dans un titre préliminaire consacré à la publication, aux effets et à l'application des lois en général. Il parle d'ailleurs de lois qui intéressent l'ordre public, les opposant par là implicitement aux lois étrangères à cet ordre public. N'est-on pas forcé d'en conclure qu'il est relatif à une classification des lois, et non pas, ce qui serait tout à fait différent, à une classification des droits conférés par ces lois ?

D'autre part, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, il

(1) *Op. cit.* p. 80.

donne pour trait caractéristique aux dispositions d'ordre public, que l'on ne peut y déroger. M. De Vareilles-Sommières traduit cette expression en disant qu'on ne peut renoncer aux droits que ces dispositions reconnaissent ou confèrent. C'est dénaturer d'une façon évidente le sens du mot « déroger ». Si l'on admet qu'il est synonyme de « renoncer à un droit », on aboutit à des conséquences qui pourraient presque être qualifiées d'absurdes. Le propriétaire qui aliène sa chose, le créancier qui cède sa créance, celui qui accorde une remise de dette, le successeur qui renonce à une succession ouverte à son profit, dérogeraient à la loi, alors qu'ils ne font qu'user d'une façon légitime des prérogatives que cette même loi leur attribue.

L'interprétation de M. de Vareilles-Sommières impliquerait d'ailleurs une conception bien peu philosophique de l'ordre public. Ainsi la loi qui organise une incapacité serait d'ordre public, parce qu'on ne peut renoncer au bénéfice de l'incapacité, mais celle qui protège le droit du propriétaire et celle qui oblige le débiteur à payer sa dette seraient indifférentes pour l'ordre public, sous prétexte que le propriétaire peut se dépouiller de son droit de propriété et que le créancier peut faire remise de la dette.

Mais M. de Vareilles-Sommières a lui-même démontré que ce n'est pas déroger à la loi que de renoncer aux droits dont on est investi (1). Il proclame d'autre part que « les lois au bénéfice desquelles on peut renoncer intéressent tout autant le bien public que les autres » (2).

(1) *Op. cit.*, p. 62 et suiv

2) *Op. cit.*, p. 85.

Aussi reconnaît-il que son interprétation de l'article 6 n'en est pas une à proprement parler. Il s'est borné à chercher les vérités cachées sous ce texte. Seulement ces vérités ont si peu de rapport avec les termes employés, qu'il n'y a guère de raison pour soutenir qu'elles sont cachées sous l'article 6, plutôt que sous un autre. Autant vaut le supprimer purement et simplement que de lui faire dire quelque chose de totalement différent de ce qu'il dit.

Faut-il nécessairement prendre ce parti ? Doit-on renoncer à trouver dans l'article 6 un sens naturel et intelligible ? M. de Vareilles-Sommières le prétend. D'après lui, il est absolument faux qu'on puisse déroger à une loi quelconque (1).

Cette proposition, l'auteur s'efforce de la démontrer de deux manières : d'abord, en se basant sur une notion philosophique de la loi ; ensuite, en passant en revue les diverses catégories de dérogations admises par la doctrine et en essayant d'établir qu'aucune ne mérite cette qualification.

« Déroger à une loi par des conventions particulières, dit M. De Vareilles-Sommières, c'est, si on parle français, stipuler valablement des clauses contraires à cette loi ; c'est établir un état de choses qu'elle défend, c'est, en un mot, désobéir impunément à la loi (2). ».

Toute l'argumentation de l'auteur s'appuie sur cette

(1) *Op. cit.*, p. 60 et suiv.

(2) *Op. cit.*, p. 60.

assimilation entre l'idée de « déroger à la loi » et celle de « lui désobéir ». Si cette assimilation était exacte, l'art. 6 aurait dit une absurdité manifeste : il signifierait qu'il existe des prescriptions obligatoires de la loi, qu'on peut légalement enfreindre ; en d'autres termes, qu'il y a des cas où le législateur commande, tout en permettant que l'on transgresse ses ordres ou ses défenses. Ce serait lui attribuer des volontés singulièrement incohérentes que d'adopter une pareille interprétation.

Il est clair qu'en cas de désaccord entre la volonté du souverain et celle des particuliers, le conflit ne peut être légalement tranché qu'en faveur de la première. La solution contraire aboutirait à l'anarchie ; et il serait étrange que l'anarchie fût proclamée par le législateur lui-même.

La démonstration de M. de Vareilles-Sommières serait donc irréprochable si la dérogation à la loi en était la violation. Mais ne peut-on admettre que l'article 6 ait pris cette expression dans un autre sens ? La définition qu'en donne M. De Vareilles-Sommières lui-même est peut-être sujette à quelque équivoque, et les formules qu'il considère comme équivalentes ne le sont pas entièrement. Stipuler une clause contraire à la loi, ce n'est pas nécessairement enfreindre celle-ci. Une clause peut être contraire à la loi, en ce sens qu'elle règle une situation juridique autrement que la loi l'aurait réglée, si cette clause n'était intervenue ; de pareilles stipulations sont licites dans tous les cas où la loi n'a d'autre but que de suppléer au silence des intéressés. Ainsi lorsque la vente d'un immeuble est faite avec indication de contenance, elle est régie, en l'absence d'indication contraire conte-

nue dans la convention, par les art. 1617 et suiv.; mais les parties peuvent convenir, par exemple, dans le cas où la vente n'est pas faite à raison de tant la mesure, qu'un excédant de mesure donnera lieu à un supplément de prix en faveur du vendeur, ou qu'un défaut de contenance donnera lieu à une diminution de prix en faveur de l'acheteur, alors même que la différence serait d'une valeur inférieure au vingtième de la valeur totale du fonds ou des fonds vendus. Cette clause est contraire à la disposition de l'article 1619; mais elle n'est pas prohibée, parce que le législateur n'entend imposer la règle de l'article 1619 qu'à défaut de stipulation contraire. Eh bien, c'est l'insertion de ces clauses contraires à une disposition légale réglementant les effets d'un acte juridique, qui constitue à notre avis la dérogation à la loi. Elle est autorisée toutes les fois que la loi est purement supplétive.

M. De Vareilles-Sommières s'efforce ensuite de montrer qu'il est impossible de citer une seule hypothèse où il y ait à proprement parler dérogation à la loi. Il passe en revue deux catégories de dispositions que les auteurs considèrent, d'après lui, comme susceptibles de dérogation. Ce sont d'abord celles qui confèrent des droits auxquels il est permis de renoncer : c'est à tort, suivant M. D. Vareilles-Sommières, que l'on voit dans la renonciation à ces droits une dérogation véritable (1). Sur ce point, sa démonstration nous paraît exacte. Mais il aborde ensuite l'examen des lois interprétatives ou supplétives, et ici nous ne pouvons nous ranger à son avis. Suivant lui, en

(1) *Op. cit.*, p. 62 et suiv.

réglant les effets d'un acte juridique autrement que ne le fait la loi supplétive, on ne déroge pas à cette loi ; car celle-ci n'est édictée qu'en vue du cas où les intéressés ont gardé le silence sur la question prévue ; d'où il suit que s'ils se sont expliqués, les conditions d'application de la loi supplétive font défaut, et que dès lors il n'y a même pas lieu de se poser la question de savoir s'il peut y être dérogé (1). C'est ainsi, par exemple, que l'on ne déroge pas à l'article 1626 du Code civil en convenant que le vendeur ne sera pas tenu à la garantie, ce texte ne visant pas l'hypothèse où une stipulation de non-garantie a été insérée dans le contrat.

N'est-ce pas jouer sur les mots ? Par cela seul qu'une vente a été conclue, les dispositions du Code relatives à cette opération juridique, et en particulier l'article 1626, deviennent de plein droit applicables ; il faut une manifestation positive de la volonté des parties pour les écarter. Eh bien, cette manifestation de volonté, dont l'effet est en définitive de paralyser l'application de la loi, ne peut-elle être qualifiée de dérogation ? Ici encore M. De Vareilles-Sommières est dominé par l'idée que « déroger à la loi » signifie nécessairement s'insurger contre la volonté du législateur. Mais tel ne peut être le sens que l'article 6 a entendu donner à cette expression.

« Les lois interprétatives et les lois supplétives, encore une fois, ne veulent s'appliquer qu'à défaut d'explications suffisantes ou de conventions certaines des parties. Donc, si les explications et les conventions existent, ces lois,

(1) *Op. cit.*, p. 61 et suiv.

d'elles-mêmes, refusent de s'appliquer. Ce ne sont pas les particuliers qui les repoussent et y dérogent ; ce sont elles qui ne se présentent pas pour régler une situation toute différente de celle qu'elles visent (1) ».

Cette distinction est tellement subtile qu'elle est presque insaisissable. Si dans le cas de convention contraire, les lois supplétives refusent « d'elles-mêmes » de s'appliquer, c'est précisément parce que les intéressés ont manifesté la volonté qu'elles ne s'appliquent pas : idée qu'on exprimerait tout aussi bien en disant qu'ils les ont repoussées, ou qu'ils y ont dérogué. Nous avons ne pas bien comprendre la différence de sens qui sépare ces formules, et nous voyons moins bien encore quel intérêt pratique il peut y avoir à préférer l'une à l'autre.

Nous pensons, en résumé, que l'article 6 a pour objet d'établir une distinction entre les lois impératives ou prohibitives, qui règlent un état de choses d'une manière obligatoire, et les lois interprétatives ou supplétives, qui ne règlent une situation déterminée que sauf stipulation contraire de la part des intéressés. Toute autre interprétation nous paraît incompatible avec le texte de cet article, car nous ne voyons que les lois interprétatives ou supplétives auxquelles il puisse être dérogué. Mais ainsi entendu, nous croyons que l'article 6 ne mérite pas le reproche de non-sens que lui adresse M. De Vareilles-Sommières.

Nous terminerons l'examen des difficultés que soulève l'art. 6 en nous posant deux questions :

(1) *Op. cit.*, p. 66

Et d'abord, convenait-il d'insérer dans un Code une classification des lois qui a peut-être un caractère plutôt doctrinal que législatif ? L'utilité de l'art. 6 peut être discutée. Il constitue cependant un avertissement dont on aurait pu se passer sans doute, mais qui n'est pas dépourvu de toute raison d'être dans le titre préliminaire du Code Civil. Lorsqu'il édicte une disposition supplétive, le législateur réserve quelquefois expressément la faculté d'insérer dans l'acte une clause contraire ; mais quelquefois aussi, le plus souvent même, il se borne à sous-entendre cette faculté. L'art. 6 nous prévient que dans ce cas, l'apparence impérative de la règle ne doit pas faire illusion, et qu'il ne faut pas hésiter à reconnaître aux parties le droit d'y déroger si la disposition n'a d'autre but que d'interpréter leur volonté ou de suppléer à leur silence.

Notre seconde question est celle-ci : Le législateur a-t-il employé des expressions correctes en qualifiant de « lois qui intéressent l'ordre public » toutes celles, et seulement celles qui ne sont pas interprétatives ou supplétives ?

« Le mot « ordre public », dit M. De Vareilles-Sommières (1), a trois sens et n'en a que trois.

« Il signifie tantôt la paix publique, tantôt la disposition rationnelle de toutes choses dans un peuple, tantôt le bien public.

« Il a le premier sens dans la langue courante et littéraire, le second dans la langue philosophique, le troisième dans la langue pratique et juridique.

(1) *Op. cit.*, p. 10.

« Ces trois sens ne sont pas étrangers l'un à l'autre : le premier n'est qu'un extrait du second, dont le troisième est un dérivé ».

Cette dernière phrase est quelque peu énigmatique. Il est assez difficile de saisir la pensée qu'a voulu exprimer M. de Vareilles-Sommières en disant que le premier sens « n'est qu'un extrait » du second, et que le troisième en est « un dérivé ». Le premier sens nous paraît entièrement différent des deux autres ; employée pour désigner la sécurité matérielle des personnes, la tranquillité de la rue, l'absence de séditions et de voies de fait, l'expression d'« ordre public » a une portée beaucoup plus étroite que lorsqu'elle comprend toutes les règles, sans distinction, que le législateur impose à l'observation des particuliers en vue d'un intérêt général. M. de Vareilles-Sommières le démontre lui-même en quelques lignes vigoureuses et concises que nous nous en voudrions de ne pas citer. « L'ordre matériel ne serait pas troublé en France si les fiancés et leurs familles pouvaient valablement convenir, sans dispenses du chef de l'Etat, qu'ils se marieront avant l'âge fixé par le Code ; ou si le mari et la femme pouvaient dans le contrat de mariage, restreindre ou supprimer l'incapacité de la femme. Aucune agitation tumultueuse ne serait engendrée par la possibilité pour la femme de renoncer au droit de renoncer à la communauté. La faculté pour la femme d'abdiquer son hypothèque légale, le droit pour l'adopté d'épouser la fille de l'adoptant, la liberté pour les propriétaires voisins de convenir que le mur bâti par l'un d'eux à l'extrémité de son fonds ne pourra pas devenir mitoyen malgré le constructeur, la validité de la

renonciation à une succession non encore ouverte, ne porteraient aucune atteinte à la sécurité des personnes et des propriétés. Et pourtant toutes ces conventions sont défendues comme contraires à l'ordre public, et les jurisconsultes proclament à l'envi que les lois qui les défendent intéressent l'ordre public (1) ».

En revanche, le second et le troisième sens sont assez difficiles à discerner l'un de l'autre; entre « la disposition rationnelle de toutes choses dans un peuple » et « le bien public » la différence est à peu près insensible; car la disposition des choses dans un Etat n'est rationnelle qu'autant qu'elle procure la plus grande somme de bien possible aux individus qui composent la société, en d'autres termes qu'autant qu'elle réalise dans la plus large mesure le bien public; et réciproquement, le bien public, le seul idéal que le législateur doit avoir en vue, ne peut résulter que de l'exercice régulier des activités individuelles, d'un ensemble harmonieux de règles présidant aux relations des membres de la société, soit entre eux, soit avec l'autorité publique, en un mot de cet ordre général que M. De Vareilles-Sommières qualifie de « disposition rationnelle de toutes choses dans un peuple ». Tout au plus pourrait-on distinguer le sens philosophique et le sens juridique que l'auteur croit devoir attribuer au mot « ordre public » en disant qu'ils désignent l'un et l'autre le bien public, mais envisagé, dans le premier cas par un esprit indépendant et critique, dans le second cas, par le législateur, qui se le propose à lui-même comme objectif.

(1) *Op. cit.*, p. 11.

Cela posé, il est incontestable que l'article 6 n'emploie pas l'expression d' « ordre public » dans l'acception restreinte de « paix publique » ; il nous suffit de rappeler ici l'argumentation de M. De Vareilles-Sommières, que nous avons déjà cité : la clause par laquelle la femme, dans son contrat de mariage, abdiquerait le droit de renoncer à la communauté, celle par laquelle les futurs époux conviendraient que la femme aurait l'administration de la communauté, ou que le régime par eux adopté pourrait être modifié après la célébration du mariage, les pactes sur succession future, les substitutions visées par l'article 896, toutes ces conventions, pour ne citer que quelques exemples, ne sont pas susceptibles de provoquer des désordres dans la rue, et cependant elles tombent sans aucun doute sous la prohibition de l'article 6.

C'est donc dans le sens le plus extensif, dans celui de bien public, que ce texte emploie les termes de « lois qui intéressent l'ordre public. » L'action du pouvoir social se manifeste essentiellement par une contrainte qui pèse sur l'individu, par des limitations de diverse nature apportées à sa liberté en vue du bien commun. L'expression d'« ordre public » paraît bien désigner, dans l'art. 6, d'une manière aussi large que possible, toutes ces limitations, en d'autres termes toutes les règles, quelles qu'elles soient, que l'autorité publique impose, dans un intérêt général, au respect des particuliers.

Partant de cette manière de voir, qui est exacte, M. de Vareilles-Sommières en conclut que la classification des lois établie par l'art. 6 est dépourvue de sens ; car toutes les lois sont édictées en vue du bien commun :

toutes, par conséquent, intéressent l'ordre public; du moins il doit en être ainsi, et les volontés du pouvoir souverain ne méritent le nom de lois, et le respect qui leur est dû à ce titre, qu'autant qu'elles remplissent cette condition. Une loi qui aurait pour but de donner satisfaction à des intérêts exclusivement individuels, de gratifier de certains privilèges ou d'exempter de certaines charges certaines personnes, sans que ces privilèges ou ces exemptions fussent d'aucun profit pour la communauté, serait essentiellement antisociale: elle sortirait de la mission normale du législateur: de telles lois seraient « iniques et nulles », et l'on aurait le droit de les enfreindre (1).

Sauf ce cas tout à fait exceptionnel, et où M. De Vareilles-Sommières se met bien à l'aise avec la loi en la tenant pour nulle et non avenue comme entachée d'excès de pouvoir, la loi est toujours faite dans un intérêt général. M. De Vareilles-Sommières condamne la distinction adoptée par certains auteurs entre les lois d'intérêt privé et les lois d'intérêt social; il critique les formules employées en ce sens par Demolombe, Beudant, Marcadé(2); il attaque vivement la théorie qui sert de base au système général de droit international privé proposé par M. Pillet, et qui consiste essentiellement, ainsi que nous l'avons rappelé plus haut, dans une division des lois en deux grandes catégories, les unes édictées dans l'intérêt de l'individu, les autres dans l'intérêt de la société (3).

(1) *Op. cit.* p. 17.

(2) *Op. cit.*, p. 21.

(3) *Op. cit.*, p. 24.

Nous ne suivrons pas le savant auteur dans le détail des arguments par lesquels il développe sa thèse, qui contient une part de vérité finement observée, mais aussi d'insoutenable paradoxe. Il va trop loin en niant qu'il existe des lois faites pour sauvegarder des intérêts privés, d'autres destinées à protéger des intérêts collectifs. La loi qui organise l'incapacité du mineur est faite dans l'intérêt de ce dernier ; celle qui défend à la femme de se dépouiller par contrat de mariage du droit de renoncer à la communauté, est faite dans l'intérêt de la femme ; celle qui interdit au vendeur d'un immeuble de renoncer par le contrat au bénéfice de la rescision pour cause de lésion, est faite dans l'intérêt du vendeur. Au contraire les lois qui prohibent l'inceste, la polygamie, le divorce, n'ont pour but de procurer aucun bénéfice direct à aucun des membres de la société individuellement considérés. La réparation civile du vol profite à la victime du délit ; tandis que la répression pénale n'a pour objet l'utilité particulière d'aucune personne, mais bien l'utilité générale. Nier que la distinction puisse être faite, c'est s'insurger contre la réalité des faits.

Mais M. De Vareilles-Sommières a raison de prétendre que les lois qui protègent des intérêts individuels ne sont pas indifférentes au bien public, ou, ce qui revient au même, à l'ordre public. En effet, comme toute personne réunissant les conditions légales peut éventuellement être appelée à en recueillir le bénéfice, comme tout le monde, par exemple, peut devenir vendeur d'immeuble et invoquer la disposition de l'art. 1674 du Code Civil, l'intérêt protégé est toujours un intérêt général dans une certaine

mesure, et la société ne peut se désintéresser de cette protection. La différence qui sépare les deux groupes de lois, c'est que l'application des unes est destinée à profiter, dans chaque cas particulier, à une ou plusieurs personnes, tandis que l'application des autres ne doit profiter qu'à l'Etat, et d'une manière indirecte seulement, aux individus (1).

En résumé, le pouvoir souverain ne légifère jamais qu'en vue du bien commun, et par conséquent on peut dire, en un certain sens, que toutes les lois intéressent l'ordre public. Mais toutes ne l'intéressent pas de la même manière. Lorsque le législateur commande, l'ordre public exige incontestablement qu'il lui soit obéi. Mais il existe des lois qui ne commandent pas : ce sont les lois interprétatives et supplétives. Ce sont, ainsi que nous avons essayé de le démontrer, celles que vise l'art. 6 d'une manière implicite, en les opposant aux dispositions auxquelles on ne peut déroger. Ces lois sont-elles étrangères à l'ordre public, comme l'art. 6 paraît le dire ? Il faut bien qu'elles aient quelque utilité sociale ; sans quoi on ne verrait pas pourquoi le législateur leur aurait donné la place considérable qu'elles occupent dans le Code.

Cette utilité se révèle aisément : en l'absence de lois supplétives, les conventions, faute d'explications suffisantes des parties, faute par elles de prévoir et de régler toutes les conséquences possibles de l'acte, deviendraient

(1) M. Pillet, dans l'étude précitée, définit les lois de protection individuelle : celles qui profitent à la société par l'intermédiaire de l'individu ; et les lois de garantie sociale : celles qui profitent à l'individu par l'intermédiaire de la société.

dans la majorité des cas une source de contestations et de procès; la bonne foi aurait trop de chances d'y être surprise; la décision des litiges serait trop abandonnée à l'arbitraire des juges. Voilà en quel sens il est permis de dire que les lois supplétives, comme toutes les lois, intéressent l'ordre public. Mais on peut dire aussi qu'elles ne l'intéressent pas, et justifier par là la disposition de l'art. 6, en ce sens que l'ordre public n'exige pas que la convention soit gouvernée par les règles supplétives édictées par le législateur, et qu'il tolère que ces règles soient remplacées par des dispositions choisies par les intéressés eux-mêmes. Il réclame que, par exemple, en cas de vente, les obligations respectives du vendeur et de l'acheteur soient déterminées d'une manière suffisamment claire et complète; mais il est désintéressé en principe à ce que ces obligations soient fixées d'une manière ou d'une autre: d'où il suit que les art. 1602 et suivants, sauf ceux qui, par exception, présentent un caractère impératif ou prohibitif, ne s'appliqueront qu'autant qu'il sera impossible de connaître par les explications mêmes des parties leur volonté commune sur les points prévus par ces articles. En d'autres termes, ce qui intéresse l'ordre public, c'est l'existence des lois supplétives, mais ce n'est pas leur contenu.

VIII

De cette remarque il résulte que le conflit des législations, en matière de droit supplétif, se présente d'une tout

autre manière que sur les points où la loi est impérative ou prohibitive.

En effet, lorsqu'il s'agit de savoir quelle est, parmi les dispositions obligatoires, c'est-à-dire parmi les mesures d'intérêt général, contenues dans deux ou plusieurs législations, celle qui doit être reconnue applicable à un rapport juridique donné, chacun des Etats engagés dans le conflit est intéressé à ce que sa loi soit proclamée compétente; car l'application d'une règle d'ordre public intéresse toujours l'Etat qui l'édicte. Lorsque par exemple un étranger meurt en France et qu'il s'agit de déterminer d'après quelle loi doit être appréciée la quotité de ses biens dont il a pu disposer à titre gratuit, l'Etat dont il était national et l'Etat français, sur le territoire duquel s'ouvre sa succession, peuvent se prétendre intéressés l'un et l'autre, quoique à des titres différents, dans le règlement de la question. Le problème juridique apparaît ainsi comme un véritable conflit de deux ou plusieurs souverainetés à propos d'un même rapport de droit, et une analyse rationnelle de ce rapport peut seule dire quelle est de ces souverainetés celle dont la prétention doit être sacrifiée.

Au contraire, lorsqu'une convention s'est formée dans des conditions qui font naître un doute sur la législation dont elle relève, et qu'il s'agit de savoir quelles sont les lois supplétives qui doivent la régir, aucun des Etats impliqués dans le conflit n'est intéressé à voir triompher sa législation; car l'ordre public exige, dans chaque Etat, que la volonté des parties soit supplée, dans la mesure où elle est restée obscure ou insuffisamment explicite,

mais il n'exige pas qu'elle soit supplée d'une manière plutôt que d'une autre; l'intérêt de chaque Etat sera donc satisfait du moment où une législation supplétive sera reconnue compétente, alors même que ce serait celle d'un Etat étranger.

Entre deux ou plusieurs législations supplétives en conflit, il ne peut donc y avoir qu'une raison de faire prévaloir l'une sur les autres : c'est de la considérer comme expressément ou tacitement adoptée par les parties. Le législateur, en effet, n'entend pas imposer les dispositions supplétives; il se borne à les proposer aux personnes intéressées, comme des types de réglementation tout préparés d'avance et qu'il leur suffira de s'approprier dans leur ensemble; il ne les rend obligatoires que sur les points où leur intention reste douteuse : pour lever le doute, il présume qu'elles se sont implicitement référées à ses dispositions. En résumé, les lois supplétives n'ont d'autorité que par l'adhésion volontaire que les parties leur donnent ou sont réputées leur donner, et le conflit des lois de cette nature doit être rationnellement tranché en faveur de celle à laquelle il y a lieu de supposer qu'elles se sont volontairement soumises.

Il existe donc des conflits de législations dans la solution desquels la volonté des particuliers doit jouer un rôle prépondérant. Ainsi se trouve justifié le principe de l'autonomie en droit international privé. De cette base théorique que nous lui reconnaissons nous aurons à déduire dans la suite de cette étude les règles générales qui doivent gouverner son application.

CHAPITRE II

Du mode d'application du principe de l'autonomie.

Nous avons établi dans le précédent chapitre que la volonté individuelle doit jouer un certain rôle dans la détermination de la loi applicable à certaines espèces de rapports juridiques. Pour éclaircir cette formule, que nous avons laissée à dessein un peu vague, la première question que nous ayons à résoudre consiste à préciser ce rôle de la volonté, en d'autres termes à rechercher quel est le mode d'application du principe de l'autonomie. Cette question ainsi posée vise deux ordres de difficultés qu'il convient de distinguer.

L'autonomie, en Droit international privé, consiste, nous l'avons vu, dans une faculté d'option entre les législations des divers États. Cela posé, deux hypothèses peuvent se présenter : les intéressés auront usé de cette faculté, ou ils n'en auront pas usé.

Dans le premier cas, leur volonté doit faire la loi, pourvu qu'il s'agisse de droit supplétif ; mais une condition est évidemment nécessaire, c'est que cette volonté soit légalement établie. On sait que la preuve des manifestations de volonté ne peut pas toujours être administrée de-

vant les tribunaux par des moyens quelconques. Les juges ont la mission de rechercher l'intention des parties, mais ils n'ont pas toujours une liberté absolue dans cette recherche. Sur bien des points il leur est interdit de se faire une conviction autrement que par certains modes de preuve que le législateur détermine limitativement. Il nous suffira de citer l'art. 1341 de notre Code Civil, qui proscrit la preuve par témoins et par présomptions simples lorsque la valeur du litige excède 150 francs et qu'il n'a pas été dressé d'acte, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit ; les règles qui assujettissent certains actes juridiques à des formes solennelles, et tiennent la volonté des parties pour inexistante lorsqu'elle ne s'est pas exprimée dans les formes prescrites ; enfin les présomptions légales qui n'admettent pas la preuve contraire, telles par exemple que les présomptions d'interposition de personnes consacrées par les art. 911 et 1100 de notre Code Civil. Nous avons donc à nous demander si la volonté de se soumettre à une législation déterminée est assujettie à certaines règles en ce qui concerne son mode de manifestation.

Dans le second cas, les intéressés ne s'étant pas expliqués, il y a lieu de rechercher comment on doit suppléer à leur silence.

Nous examinerons successivement ces deux hypothèses.

SECTION I

Du cas où les intéressés ont manifesté leur volonté.

I.

Si les intéressés se sont formellement expliqués sur la loi à laquelle ils entendent se soumettre, leur décision est souveraine et tranche le conflit, pourvu qu'ils n'aient violé aucune règle impérative qui les oblige. Ainsi un Français épouse une Espagnole ; dans le contrat de mariage, il est expressément stipulé que les futurs époux adoptent le régime dotal tel qu'il est réglementé par le Code civil espagnol : les questions que soulèvera leur régime matrimonial, en tant qu'il s'agit de droit supplétif, devront être résolues conformément à la loi espagnole, et cela qu'elles se posent devant un tribunal espagnol ou devant un tribunal français. Celui-ci, en donnant ainsi effet à une loi étrangère, appliquera en réalité l'article 1387 de notre Code civil, qui reconnaît formellement aux futurs époux le droit de régler leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent convenable. L'article 1390 interdit il est vrai de se référer d'une manière générale à l'une des anciennes lois ou coutumes abrogées par le Code civil, mais aucune prohibition ne vise la référence à une loi étrangère ; l'esprit comme le texte de l'article 1390 excluent son extension à l'hypothèse que nous examinons.

Il est inutile de multiplier les exemples. Celui que nous venons d'indiquer suffit pour montrer comment l'application du principe de l'autonomie à la détermination de la loi applicable peut se trouver exempte de difficultés. Il serait à désirer que dans toutes les conventions conclues dans des conditions susceptibles de faire naître des doutes sur la législation compétente, les parties prissent le soin d'insérer une clause de référence explicite analogue à celle que nous venons de mentionner. Bien des complications seraient évitées si elles avaient toujours cette prévoyance.

II

La seule question de droit que soulève l'hypothèse que nous envisageons est celle de savoir si cette clause de soumission volontaire est assujettie à des règles de forme

Et d'abord, doit-elle nécessairement être expresse? En principe il faut répondre négativement. Le consentement tacite a les mêmes effets juridiques que le consentement exprès. C'est là une idée générale dont on peut trouver une confirmation législative dans l'article 1135 de notre Code civil, aux termes duquel « les conventions obligent, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. » La plus entière latitude doit d'ailleurs être reconnue aux juges en ce qui concerne l'appréciation des faits qui constitueraient une convention tacite.

Mais si, en thèse générale, une stipulation expresse n'est pas exigée, ne faut-il pas faire exception à cette règle dans le cas où l'acte juridique qu'il s'agit de soumettre à une législation déterminée, est assujéti à des formes légales ?

Supposons qu'il s'agisse d'un contrat solennel, d'une donation par exemple ; ne peut-on pas dire que la volonté du donateur n'a de valeur juridique qu'autant qu'elle s'est manifestée dans la forme authentique, et que par suite son intention d'en faire régler les effets par une loi étrangère, est inopérante si elle n'est pas constatée par un acte notarié ? Supposons d'autre part qu'il s'agisse d'un contrat consensuel ou réel, mais astreint, par suite de la valeur de l'objet, aux exigences de l'article 1311 de notre Code civil. Ne peut-on pas soutenir que la clause d'option pour une loi déterminée est un fait juridique dont il n'est pas impossible de se procurer une preuve écrite, et que dès lors elle doit être relatée dans un acte, sous peine de ne pouvoir être prouvée par témoins ni par présomptions de fait ?

Nous lisons dans l'ouvrage de M. Laurent (1) : « Dans l'ancien droit, les légistes arrivaient à décider par voie de présomptions, et ils le pouvaient, parce qu'ils n'étaient pas liés par le texte d'un Code. Dans le droit moderne, les jurisconsultes ont encore cette faculté, là où le droit est coutumier, en Allemagne, en Angleterre, aux États-Unis, tandis qu'en France et en Belgique, les interprètes sont enchaînés par un texte restrictif en ce qui concerne

(1) Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 388.

les présomptions. D'abord il faut écarter celles qui ne sont point établies par la loi, et que le Code abandonne aux lumières et à la prudence des magistrats (art. 1353). Les présomptions dites « de l'homme », ne sont admises que dans les cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale ; or, la preuve par témoins n'est reçue que dans les contestations dont la valeur n'excède pas 150 francs, ce qui rend l'application des présomptions très rare en matière de statuts. Restent les présomptions légales ; ce sont celles *qu'une loi spéciale* attache à certains actes ou à certains faits (art. 1350). Il n'y a donc point de présomption légale sans loi. Or, dans la matière des statuts, il n'y a pas de loi. » Cette citation que nous empruntons à l'ouvrage du célèbre jurisconsulte semble bien démontrer que dans sa pensée, la volonté des intéressés, au sujet de la loi applicable, ne peut être légalement établie par voie de présomptions de fait, pas plus qu'elle ne peut l'être par témoins, si la valeur du litige est supérieure à 150 francs, et qu'elle ne peut l'être non plus par voie de présomptions légales en l'absence de textes spéciaux. M. Laurent signale tout au moins les raisons qui s'y opposent sur le terrain de la logique ; son sentiment personnel est cependant favorable à une extension aussi large que possible de la notion d'autonomie ; or ce serait en diminuer singulièrement la portée pratique que d'en restreindre l'application aux cas où il y a eu stipulation formelle insérée dans un acte écrit.

Comment M. Laurent résout-il la difficulté ? Il ne s'explique pas sur ce point avec une netteté suffisante. Le juge français ou belge devra, selon lui, se référer à la

tradition ; il remettra en vigueur l'ancienne théorie des statuts (1). Mais M. Laurent reconnaît d'autre part que les anciens auteurs qu'il passe en revue et notamment Boullenois, n'étaient arrivés à aucune solution assez ferme et assez incontestée pour qu'on puisse la considérer avec certitude comme tacitement confirmée par le Code civil, et que d'ailleurs l'admissibilité des présomptions est plus étroitement limitée par notre Code qu'elle ne l'était dans notre ancien Droit. M. Laurent propose une solution, mais en se plaçant sur le terrain de la « *lex ferenda* » plutôt que de la « *lex lata* ». Il est rationnel, suivant lui, de considérer comme présomptivement adoptée par les parties la loi qu'elles connaissent vraisemblablement le mieux. Or la loi la plus familière à une personne est ordinairement sa loi nationale. La législation qui régira l'acte juridique, en tant qu'il relève de l'autonomie, sera donc la loi nationale des personnes qui auront concouru à cet acte, si elles ont la même nationalité ; dans le cas contraire, ce sera la loi du lieu où l'acte a été passé, parce qu'il est toujours facile de se renseigner sur la législation du pays où l'on se trouve. Ce sont, on le voit, des espèces de présomptions légales que M. Laurent propose pour les cas où la preuve de l'intention des parties par témoins ou par présomptions de fait se trouvera irrecevable à raison de l'absence d'acte écrit.

M. Laurent termine en émettant le vœu que l'on oblige les notaires à demander eux-mêmes aux parties quelle législation elles adoptent. Une stipulation spéciale à ce

(1) Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 389 et suiv.

sujet, une fois introduite dans la pratique notariale, deviendrait bientôt de style même dans les actes sous seing privé. Les conflits de lois en matière de droit supplétif seraient ainsi tranchés par la décision même des intéressés, et le principe de l'autonomie recevrait son application la plus directe.

La question de savoir si la clause de soumission volontaire à une législation déterminée, peut être légalement prouvée par voie de simples présomptions de fait, est particulièrement délicate en ce qui concerne les actes solennels. Elle se pose notamment à propos du testament. Nous n'avons pas à entrer dans le détail des difficultés que soulève cet acte juridique en Droit international privé. Nous rappellerons simplement que la matière du testament, comme celle de la succession *ab intestat*, est le sujet d'un conflit entre la doctrine et la jurisprudence françaises. Celle-ci, s'inspirant encore des idées réalistes qui prévalaient dans notre ancien Droit, déclare la substance du testament régie, en ce qui concerne les immeubles, par la loi du lieu où ils sont situés. Les auteurs protestent ; ils font remarquer que le testament est essentiellement un acte de volonté, et qu'il est peu raisonnable de supposer, lorsque le testateur a disposé d'immeubles situés dans divers pays, qu'il a voulu en soumettre la transmission à plusieurs réglementations différentes. Il y a en matière de testament des dispositions légales de diverse nature : des règles de capacité qui se rattachent au statut personnel, soit du testateur, soit des légataires ; des prohibitions qui sont de la compétence de la loi nationale du testateur, par exemple les règles relatives à la réserve, d'au

tres qui intéressent l'ordre public territorial; il y a aussi des règles de forme pour lesquelles on doit se référer à la maxime « *Locus regit actum* ». Mais les effets du testament, les droits qu'il confère et les obligations qu'il fait naître, dépendent en thèse générale de la volonté du testateur. Il y a donc lieu de faire intervenir la théorie de l'autonomie. C'est l'idée qui l'emporte aujourd'hui en doctrine, et qui nous paraît très juste (1).

Mais son application soulève des questions délicates. On présume en général que le testateur s'est référé à sa loi personnelle, c'est-à-dire, dans l'opinion qui prévaut de plus en plus, à sa loi nationale. Le testament d'un Français, en tant qu'il relève de l'autonomie du testateur, sera donc régi par la loi française. Il en sera autrement toutefois si dans une clause spéciale, le testateur a exprimé une volonté contraire. Mais supposons qu'il se soit abstenu de s'expliquer sur ce point dans l'acte qui contient ses dernières dispositions. Pourra-t-on tenir compte des circonstances particulières de la cause, par exemple du fait qu'il résidait depuis longtemps dans un pays étranger ou qu'il y possédait la majeure partie de ses biens, pour en induire qu'il a entendu répudier la loi française et adopter la loi étrangère ?

On peut encore supposer qu'il ait changé de nationalité depuis la confection de son testament. Dans ce cas, d'après quelle loi faudra-t-il interpréter ses dernières volontés ? Les opinions sont partagées en jurisprudence et en

(1) Despagne, *Précis de Droit international privé*, 3^{me} édition, p. 703. Weiss, *op. cit.*, p. 712 et note 2; Asser, *Éléments de Droit international privé*, p. 137.

doctrine (1). M. Weiss se prononce pour la loi que le testateur devait avoir en vue au moment de la confection de l'acte, c'est-à-dire pour celle qui était à cette époque-là sa loi nationale. M. Asser décide au contraire que « la loi du *De cuius* est celle dont il était citoyen au moment de sa mort, puisque c'est seulement par la mort que le testament acquiert force juridique » (2). La question est complexe. Le Français devenu Italien, par exemple, depuis la rédaction de son testament, avait probablement en vue la loi française, plutôt que la loi italienne, lorsqu'il a exprimé ses dernières volontés. Pour appliquer la loi italienne sans méconnaître la théorie de l'autonomie, il faudrait soutenir ou bien qu'à raison des circonstances, il y a lieu de supposer que sa pensée s'était reportée sur la loi italienne au moment de la confection de son testament, ce qui aurait pu arriver par exemple s'il avait prévu à ce moment-là un changement prochain de nationalité ; ou bien qu'en changeant de patrie, et en s'abstenant de rédiger un nouvel acte, il a tacitement manifesté l'intention de modifier la portée de son testament antérieur pour la mettre en harmonie avec les dispositions du Code italien. Ce sont là des questions de fait et d'interprétation, dans le détail desquelles nous n'avons pas à entrer. Mais si on les résout en faveur de la loi italienne, la question se pose, et elle se rattache à notre étude, de savoir si une manifestation tacite d'intention doit être tenue pour efficace. Le testament est un acte solennel ; c'est dire que la volonté d'une personne, en ce qui concerne l'attribution de ses

(1) Weiss, *op. cit.*, p. 712 note 3, et les autorités citées.

(2) Asser, *Eléments de droit international privé*, p. 138.

bien après son décès, n'a d'existence juridique qu'autant qu'elle est revêtue des formes déterminées par la loi. Ce principe ne s'oppose-t-il pas à ce qu'on donne effet à une volonté tacite, en une matière où une volonté, non seulement expresse, mais solennellement exprimée, peut seule être prise en considération ?

M. Albéric Rolin a bien aperçu la difficulté, et elle lui a paru décisive. « Un Belge, dit-il, fait son testament en Belgique, et meurt laissant un légataire universel, ou des légataires à titre universel. Prétendra-t-on que le juge peut se fonder sur telle ou telle circonstance, indicative de l'intention du testateur, pour faire produire à ces legs des effets autres que ceux déterminés par la loi belge ? On n'y serait certainement pas admis, parce que cette volonté aurait dû être solennellement constatée.... Il y a à cet égard une grande différence entre les actes solennels et les contrats qui, en thèse générale, ne requièrent aucune solennité pour leur validité en la substance (1). »

L'opposition apparente que M. Rolin semble établir entre le testament et les contrats existe, en réalité, entre les actes solennels et les actes non solennels : les motifs par lesquels le savant auteur justifie sa doctrine ne permettent aucun doute à cet égard. La thèse de M. Rolin vise donc, non seulement le testament, mais tous les actes juridiques soumis à des formes solennelles, par exemple la donation, le contrat de mariage. C'est cependant à propos du testament que M. Rolin l'expose et qu'il en signale un certain nombre de conséquences pratiques.

(1) Albéric Rolin, *Principes de Droit international privé*, T. II p. 415.

Il en fait une première application aux art. 1005, 1014 et 1015 du Code civil, qui déterminent le moment à partir duquel le légataire a droit aux fruits des biens compris dans le legs. Ces dispositions ne font qu'interpréter le silence du testateur, qui peut les modifier par une déclaration expresse : elles appartiennent au droit supplétif. Cela posé, supposons un testament fait par un Belge domicilié dans un pays où les droits du légataire sont régis par des dispositions différentes des articles précités. L'acte ne mentionne pas la législation que le testateur a eue en vue. Peut-on induire des circonstances qu'il a préféré la loi de son domicile à sa loi nationale ? M. Rolin répond négativement : les effets du legs sont normalement régis par la loi nationale du testateur, si l'on adopte la manière de voir qui domine dans la doctrine moderne ; si l'on aime mieux s'en tenir au système suivi par la jurisprudence en France et en Belgique, on devra décider que ces effets dépendent, en ce qui concerne les immeubles, de la « *lex rei sitæ* ». Dans tous les cas, le testateur ne peut déroger à cette loi normalement applicable, qu'en observant les formes prescrites pour les actes de dernière volonté par la législation compétente, c'est-à-dire, en vertu de la règle « *Locus regis actum* », par la loi du lieu de l'acte. On ne devra donc tenir compte d'une intention tacite, du *De cujus* que si la « *lex loci actus* » admet la validité du testament tacite (1).

Le principe comporterait d'ailleurs d'autres applications.

(1) Rolin, *op. cit.*, t. II, 417.

Ainsi l'art. 888 du Code Civil d'Italie déclare le testament révoqué par survenance d'enfant. Cette disposition présente, dans la législation italienne, le caractère d'une règle de droit supplétif ; elle rentre donc dans le domaine de l'autonomie (1). Supposons qu'il s'agisse de savoir si le testament d'un Italien domicilié en France est révoqué par survenance d'enfant. Cette question sera résolue affirmativement ou négativement, suivant qu'on considérera comme adoptée par le testateur, la loi italienne ou la loi française, laquelle n'admet pas cette cause de révocation. Dans le doute, on présumera que le testateur s'est référé à sa loi nationale, dans l'espèce à la loi italienne ; il y a là une sorte de présomption légale adoptée par la doctrine moderne et législativement consacrée par l'art. 8 du Code Civil d'Italie. Mais la preuve contraire peut-elle résulter d'éléments de fait étrangers à l'acte, par exemple du domicile du *De cuius*, ou d'autres circonstances ? M. Rolin n'examine pas spécialement cette question, mais il la résoudrait probablement par la négative : la volonté du testateur de déroger à la loi italienne aurait dû être solennellement constatée.

Signalons encore les art. 1018-1023 de notre Code Civil, et les art. 1011 et 1015, relatifs à l'accroissement entre co-légataires ; ce sont encore des règles de droit supplétif qui concernent les effets du testament ; elles comporteraient l'application de la même théorie.

M. Rolin reconnaît que sa thèse est contraire à une opinion très généralement admise, et qui veut que l'on tienne compte de toutes les particularités de fait de nature

(1) En ce sens Despagnet, *op. cit.*, p. 707.

à révéler la pensée du testateur. Mais sa conclusion n'en est pas moins très-nette. « Partant, dit-il, du principe exact que la volonté du testateur est autonome, dès qu'il n'est point enchainé par des dispositions impératives ou prohibitives, il (Laurent) semble oublier que la loi n'a pas toujours égard à une expression *quelconque* de la volonté du testateur, à plus forte raison à une volonté tacite, et que notamment dans la matière qui nous occupe, elle exige dans beaucoup de pays une expression solennelle de cette volonté. Si elle n'a pas égard à la volonté expresse du testateur non manifestée en forme solennelle, comment aurait-elle égard à une volonté induite de ce qu'en disposant il aurait eu en vue telle législation plutôt que telle autre ? (1)

La jurisprudence ne fournit aucune solution précise sur ces questions (2).

III

A notre avis, de ce qu'un acte juridique est assujéti à des règles de forme, il ne résulte pas d'une façon nécessaire que la volonté d'en soumettre les effets à une législation déterminée doive être exprimée dans les formes mêmes prescrites pour cet acte. La recherche de cette volonté nous paraît être en effet une question d'interprétation; or en principe, il n'est pas interdit aux magistrats de puiser dans des circonstances de fait étrangères à un acte écrit, des éléments d'interprétation en vue d'éclairer

(1) Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 423.

(2) Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 424.

le sens des stipulations relatées dans cet acte (1). Soit par exemple une vente conclue en France entre un Français et un Allemand et portant sur un objet dont la valeur excède 150 francs. S'il n'a point été dressé d'acte écrit, la preuve par témoins ou par présomptions en sera irrecevable, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit; en effet, les exigences de la loi française, qui est compétente en vertu de la règle « *Locus regit actum* », n'ont pas été obéies. Mais si la prescription de l'art. 1341 a été observée, le tribunal se trouve en présence d'un acte valable constatant une opération juridique qualifiée de vente: ce peut être une vente conforme à la loi française ou une vente conforme à la loi allemande; *a priori* les deux hypothèses sont possibles, et il n'y a qu'un moyen de trancher rationnellement la question, c'est de consulter l'intention des parties. En cherchant dans les circonstances qui ont accompagné la formation du contrat, par exemple dans le fait qu'il a été conclu sur le territoire français, la preuve d'un accord tacite par lequel les contractants se seraient référés, nous le supposons, à la loi française, les juges se bornent à préciser la signification d'un acte régulier en la forme, et qui par conséquent doit avoir une pleine efficacité juridique. L'art. 1341 défend, il est vrai, de prouver par témoins, et conséquemment par présomptions, contre et outre le contenu à l'acte; mais il ne s'agit ici de rien de pareil: il s'agit de bien pénétrer le sens de l'acte.

Les questions qui se posent dans le même ordre d'idées

(1) En ce sens, Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. VIII, p. 322

à propos des actes solennels, en particulier du testament, doivent être résolues d'après les mêmes principes. Pour éclairer les clauses obscures ou ambiguës d'un testament on peut avoir recours à la preuve par témoins ou par présomptions de faits étrangers à l'acte (1). Or, se demander si un testateur a entendu donner à ses dispositions la portée déterminée par le Code Civil français ou y attacher les effets indiqués par une loi étrangère, c'est encore à notre avis, faire œuvre d'interprétation.

Nous adopterons une solution semblable dans le cas où deux futurs époux de nationalité différente, un Français et une Espagnole par exemple, déclarent dans leur contrat de mariage qu'ils se soumettent au régime dotal, sans plus d'explications. Ce peut être le régime dotal du Code français ou celui du Code espagnol. La question nous paraît rentrer dans le domaine de l'interprétation, et par suite les juges doivent disposer de pleins pouvoirs pour la résoudre, bien qu'il s'agisse là encore d'un contrat solennel.

Telle est la solution qui nous paraît la plus juste. Mais les motifs mêmes par lesquels nous avons tenté de la justifier commandent une restriction : elle ne s'appliquera pas lorsque l'acte de volonté qui a pour objet de se référer à une législation déterminée, intervient, non pas au même moment que l'acte juridique qu'il s'agit de soumettre à cette législation et pour en préciser la portée, mais après coup et en vue d'en modifier les effets. Il nous suf-

(1) V. à ce sujet Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 459 et suiv., et les autorités citées, p. 460, note 6.

fit pour en donner un exemple, de nous reporter à une hypothèse que nous avons indiquée plus haut, celle où un individu a changé de nationalité après la confection de son testament. Le conflit s'élève alors entre la loi dont il relevait au moment de la confection de l'acte et celle à laquelle il était soumis au moment de sa mort. En faveur de cette dernière loi, on pourrait soutenir, nous l'avons vu, que le changement de nationalité, joint à l'absence de tout testament nouveau, doit être interprété comme une modification tacite du testament antérieur, en vue de l'adapter à la loi de la nouvelle patrie du *De cujus*. Si on résout affirmativement cette question, qui est toute de fait, en droit cette modification tacite est-elle valable ? Nous ne le croyons pas ; la clause de soumission volontaire aurait ici pour objet de donner purement et simplement naissance à un testament nouveau ; et par suite elle ne peut être tacite, si du moins la loi nationale du *De cujus* et la « *lex loci actus* » soumettent le testament à des formes solennelles.

IV

Une manifestation de volonté tacite suffit donc, en principe, pour se soumettre à une législation déterminée, en ce qui concerne les effets d'un acte juridique relevant de l'autonomie. Cette règle générale comporte une limitation que nous venons d'indiquer.

Elle en comporte une seconde beaucoup plus importante et sur laquelle il convient de nous arrêter un ins-

tant. Il existe des cas où, tout en reconnaissant aux particuliers le droit de déroger à ses dispositions, la loi, pour des raisons d'intérêt général, subordonne formellement l'exercice de ce droit à l'observation de certaines formes déterminées. La compétence de ces dispositions, au point de vue international, ne peut dépendre d'une adhésion tacite des intéressés. En effet, la faculté d'option entre plusieurs législations différentes, qui constitue l'autonomie en droit international privé, a pour seul fondement reconnu et incontesté, ainsi que nous avons essayé de l'établir dans notre chapitre premier, la faculté que le Droit privé interne reconnaît aux particuliers de déroger à certaines lois ; elle ne peut donc être plus étendue que cette faculté de dérogation, du moins en thèse générale et sauf les exceptions qui résulteraient, soit de règles coutumières, soit de textes spéciaux. Les restrictions de forme que la loi impose, pour des motifs d'ordre public, au droit d'écarter l'application de quelques-unes de ses règles, doivent dès lors atteindre, par voie de conséquence, le droit d'opter entre les lois de deux ou plusieurs États se référant au même objet.

Un exemple éclaircira cette règle générale. Nous l'emprunterons à la question célèbre du régime matrimonial applicable à défaut de contrat de mariage.

Nous ne pouvons retracer ici dans tous ses détails l'histoire de la « *famosissima questio* » (1), et nous nous bornerons à rappeler les traits les plus saillants de cette mémora-

(1) Consulter sur cette histoire Surville. *Du rôle de la volonté dans les conflits de législations relatifs aux conventions matrimoniales*, dans la *Revue critique*, 1888, p. 159 et suiv., 211 et

ble controverse. C'est Dumoulin qui le premier donna à la communauté coutumière qui s'établit en l'absence de contrat, le caractère d'une convention tacite. Mais en émettant cette idée qui devait avoir un retentissement si considérable, Dumoulin semble s'être préoccupé surtout, sinon exclusivement, d'éviter l'application de la « *lex rei sitæ* », et par suite la pluralité de régimes, dans le cas où les époux possèdent des biens dans plusieurs territoires soumis à des coutumes différentes. Quoi qu'il en soit, c'est par interprétation de la volonté probable des époux que Dumoulin se prononce pour la loi du domicile matrimonial ; et il décide que le régime matrimonial ne sera pas atteint par les changements que pourra subir ce domicile au cours du mariage (1). Mais Dumoulin établit une règle fixe ; il n'abandonne pas la question à l'appréciation des juges du fait. Sa décision à cet égard a été vivement critiquée. « On peut donc faire un reproche à cette doctrine, écrit M. Surville, car le rôle de la volonté doit être placé tout à fait en dehors de la théorie des statuts. Les conventions ne sont en effet des dépendances, ni du statut réel ni du statut personnel, qui tous les deux, le dernier comme le premier, s'imposent aux parties. Les deux idées, d'une part de liberté de la volonté, et d'autre part de statut personnel, sont donc incompatibles » (2).

D'Argentré soutint contre Dumoulin, dans la matière du régime matrimonial de droit commun, la thèse de la

solv., et la note de M. de Boëck sur un arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1887, D. P. 88. 2, 265.

(1) *Molinæi opera*, t. III, comment. in L. 1, tit. 1, C. J.

(2) Surville, article précité, *Revue Critique*, 1888, p. 170.

réalité. Pour lui, « ceux qui se marient sans contrat n'ont le plus souvent pensé à rien au point de vue du règlement de leurs intérêts pécuniaires (1). » C'est donc la loi qui établit le régime, et comme toutes les lois sont réelles, c'est à la « *lex rei sitæ* » qu'il convient de donner compétence. Malgré l'influence considérable que D'Argentré devait exercer sur la théorie des statuts en France, son opinion sur la « *famosissima questio* » ne paraît pas avoir prévalu. Froland, au XVIII^e siècle, propose de faire du régime matrimonial de droit commun un élément du statut personnel; il émet cette idée avec beaucoup d'hésitations et de réserves, et invoque pour la justifier cette raison un peu singulière, que « la disposition de l'homme est plus noble que la disposition de la loi, et doit avoir la préférence (2); » mais enfin il croit devoir se prononcer pour la personnalité du statut. Boullenois, rapportant et approuvant une opinion de Lebrun, estime que la loi qui établit la communauté entre époux mariés sans contrat, est relative à leur état, et qu'elle se rattache à ce titre au statut personnel (3). Bouhier pose en principe que « tout statut fondé sur une convention tacite et présumée des contractants est personnel », et il fait une application de cette règle générale à notre matière (4). La question était donc encore controversée au XVIII^e siècle, mais

(1) Coutume de Bretagne, art. 218, glose 6, n° 35.

(2) Froland, *Mémoires concernant les statuts*, t. I, p. 92. Cité par Surville, article précité, *Revue Critique*, 1888, p. 175 et 176.

(3) Boullenois, *Œuvres*, t. I, p. 737-739.

(4) V. Laine, *Introduction au Droit international privé*, t. II, p. 60.

les auteurs les plus considérables penchaient pour la thèse de la personnalité.

En Hollande, Jean Voët se prononça aussi dans un sens contraire à la doctrine de d'Argentré ; mais comme il était un réaliste intransigeant, et qu'il n'admettait pas que la souveraineté territoriale pût être tenue en échec par la souveraineté personnelle d'un pays étranger, il précisa sa solution avec plus de soin que ne l'avait fait Dumoulin et indiqua bien que l'application au régime de droit commun d'une loi autre que la « *lex rei sitæ* » ne peut être fondée sur la notion de statut personnel, mais sur celle de convention tacite. Il sépara ces deux idées ; aussi M. Surville lui attribue-t-il l'honneur d'avoir le premier appliqué la théorie de l'autonomie à la question qui nous occupe. Voici l'espèce prévue par Jean Voët : un Hollandais possède des biens en Hollande et en Frise ; il se marie dans son pays : ses biens, même ceux qui sont situés en Frise, seront soumis à la communauté hollandaise ; mais comment ce résultat se produit-il ? La loi hollandaise, suivant Voët, n'est applicable, ni comme statut réel, ni comme statut personnel : elle ne peut donc puiser sa force que dans la volonté des parties (1).

Dans l'état actuel du Droit, la controverse subsiste, et les considérations que s'opposaient Dumoulin et d'Argentré sont encore reproduites, bien que de nouvelles manières de voir se soient aussi fait jour. Dans une sa-

(1) Jean Voët, *Comment. ad Pandectas*, lib. XXIII, tit. II, § 85 et suiv. Cité par Surville, article précité, *Revue critique*, 1838, p. 172 et suiv.

vante étude qu'il a consacrée à cette question (1), M. De Boëck a groupé en trois systèmes principaux les théories divergentes qui se partagent la doctrine et la jurisprudence: le système de la réalité, qui prévaut en Angleterre et en Amérique, mais qui est à peu près complètement abandonné sur le continent: celui de la personnalité, qui l'emporte principalement en Allemagne et en Italie; enfin celui de la convention tacite, qui est consacré par la jurisprudence française et par la jurisprudence belge.

Nous n'entrerons pas dans une discussion approfondie du système réaliste: il faudrait refaire toute l'histoire du statut réel, et montrer la régression continue qu'il a subie. Dans l'opinion qui domine aujourd'hui dans la doctrine, le statut réel ne comprend que ce qui se réfère à la condition juridique des choses, à la classification des biens, à la détermination des droits réels et des modes d'acquisition et de transmission de ces droits qui ne sont pas incompatibles avec le régime économique dont le législateur entend assurer la rigoureuse application sur son territoire (2). Le régime matrimonial de droit commun ne touche à aucune de ces questions. Le système réaliste présente d'ailleurs le grave inconvénient pratique de soumettre les époux à des régimes divers lorsque leurs immeubles se trouvent disséminés sur le territoire de plusieurs Etats.

Le système de la personnalité se défend par des rai-

(1) De Boëck, note précitée, dans *D. P.* 88. 2. 265.

(2) En ce sens Despaquet, *op. cit.*, p. 201 et suiv.

sons beaucoup plus plausibles. Les jurisconsultes Italiens de notre siècle ont apporté pour le soutenir des considérations nouvelles et intéressantes. Ils invoquent cette idée générale, que les relations de famille doivent être régies autant que possible par la loi nationale des personnes intéressées dans ces relations. Or il existe, d'après eux, dans le mariage, entre l'union des personnes et le régime des biens, des liens étroits et une influence réciproque. Les droits du mari sur les biens de sa femme, l'incapacité plus ou moins étendue dont celle-ci doit être frappée, le degré d'indépendance qui doit lui être accordé dans la gestion de sa fortune, les mesures à édicter en vue de la protéger contre la mauvaise administration du mari ou contre les abus de l'autorité maritale, autant de questions dont la solution implique une certaine conception du mariage et des rapports de famille, pour laquelle il faut s'en remettre à l'indépendance souveraine de chaque législateur national. On en conclut que le régime matrimonial doit être réglementé par la loi nationale du mari.

Cette doctrine a été brillamment soutenue par Pasquale Fiore (1). Elle a été adoptée par M. Asser (2), et a trouvé place dans le Code civil d'Italie. Elle est exacte en tant qu'elle vise les quelques législations, très-peu nombreuses, qui imposent un régime déterminé, comme celles de certains cantons suisses, de la République Argentine, du Pérou (3). Mais

(1) Pasquale Fiore, *Droit international privé* (traduction Antoine), t. II, n° 636.

(2) Asser, *Éléments de Droit international privé*, p. 111 et 112.

(3) V. Weiss, *op. cit.*, p. 502.

elle nous paraît méconnaître le caractère que notre Code civil et la plupart des législations donnent au régime de droit commun. Il est difficile, à notre avis, de soutenir, en Droit français, que l'organisation de la famille, telle que notre législateur a voulu l'établir, est intéressée à ce que les époux soient soumis au régime de la communauté légale plutôt qu'à tout autre; car si cet intérêt existait, il devrait primer la volonté individuelle des parties, et celles-ci n'auraient pas le droit de s'écarter du régime que le législateur considérerait comme le seul compatible avec sa conception des relations domestiques. Or c'est un fait indéniable, que le régime légal de notre Code civil n'est pas obligatoire, et que les futurs époux ont le droit de régler librement leurs conventions matrimoniales, à la seule condition d'observer les règles impératives du Code civil. Le système de la personnalité soulève aussi une autre objection qui a été souvent formulée par les partisans de l'autonomie. Si le régime légal dépend du statut personnel du mari, lorsque celui-ci changera de nationalité, le régime subira le même changement; il est du moins difficile d'expliquer rationnellement qu'il n'en soit pas ainsi. Le mari pourra donc, en se faisant naturaliser dans un pays étranger, modifier le régime matrimonial, au grand préjudice des droits de la femme, qui n'aurait peut-être pas consenti à se marier sans contrat si elle avait prévu cette éventualité, au grand préjudice aussi des droits des tiers.

Ainsi le système qui place le régime légal sous la dépendance de la loi nationale du mari, au même titre que les effets personnels du mariage, quoique plus accep-

table que le système réaliste, n'est cependant pas pleinement satisfaisant. Nous ne pouvons cependant nous rallier à la théorie que consacre la jurisprudence française. Celle-ci considère le régime matrimonial qui s'établit à défaut de contrat, comme le résultat d'une convention tacite, et elle en conclut que pour déterminer ce régime, il faut rechercher quel est celui que les époux qui se sont mariés sans contrat ont vraisemblablement voulu choisir par leur silence. Dès lors aucune règle absolue ne peut déterminer la loi compétente ; la solution du problème se ramène dans chaque espèce particulière à une question de fait. Aussi la jurisprudence, qui se prononce généralement pour la loi du domicile matrimonial, fait-elle exception à cette règle et applique-t-elle, soit la loi nationale du mari, soit même tout autre législation, lorsque les circonstances de la cause, dont le juge a la souveraine appréciation, sont de nature à faire supposer que telle a été l'intention des parties. M. de Boëck, qui analyse minutieusement cette jurisprudence, l'approuve (1), et M. Surville, dans l'étude déjà citée, se prononce d'une façon très-catégorique dans le même sens : « Il n'y a point à rechercher un critérium, dit-il, là où tout se ramène à une simple question de fait et d'appréciation. Sans doute le domicile matrimonial, la nationalité des époux pourront être parfois, souvent même, de sérieux éléments de décision à prendre en considération par le juge, mais ce ne sont là que des raisons de décider qu'il faut se garder d'ériger en principes, et qu'on ne doit pas considé-

(1) V. note précitée sur Paris, 7 déc. 1887. D. P. 88. 2, 265.

rer comme suffisantes par elles-mêmes pour imposer une solution en tel ou tel sens (1) ».

M. Aubry adopte la même théorie, mais il ne s'en dissimule pas les inconvénients pratiques. « Même renfermée strictement dans son domaine, l'application de la loi d'autonomie introduit, dans les transactions et les relations diverses de la vie internationale, un élément d'incertitude qui porte atteinte au crédit, entraîne des méprises et des embarras de tout genre et devient trop souvent une source de procès. Cette incertitude est particulièrement fâcheuse, comme je l'ai remarqué, dans le régime des biens entre époux. Il peut arriver que des époux soient en communauté toute leur vie sans le savoir ou inversement. On a vu plus d'une fois un notaire, après la dissolution du mariage, liquider une communauté qu'un tribunal déclarait ensuite n'avoir jamais existé. Il faut avouer que la logique nous oblige ici à pousser bien loin le respect d'une volonté plus ou moins probable, mais qui en fait, dans bien des cas, n'aura jamais existé à aucun degré ni dans aucun sens (2). »

La logique impose-t-elle vraiment ce résultat qu'on juge fâcheux? Nous ne le croyons pas. Le système que nous venons d'exposer donne prise à une critique qui nous paraît décisive. En donnant effet à une prétendue convention tacite, il enfreint la règle qui édicte la solennité du contrat de mariage. Nous ne connaissons aucune réponse qui ait été faite à cette objection, vigoureusement

(1) Sarville, article précité, *Revue critique*, 1888, p. 267.

(2) Aubry, *Le Domaine de la loi d'autonomie en Droit international privé*, Clunet, 1893, p. 743.

mise en lumière par M. Albéric Rolin dans « *Principes de Droit international privé* » (1).

Ainsi deux époux Hollandais, qui se sont mariés en France sans contrat, y établissent leur domicile. A quel régime seront-ils soumis? Faut-il se référer à leur loi nationale, c'est-à-dire à la loi hollandaise, ou à la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire à notre Code Civil? La jurisprudence française résoudra la question en recherchant, d'après les diverses circonstances de fait, leur intention probable. Elle leur reconnaît donc en définitive le droit d'opter, par une manifestation tacite, et à plus forte raison par une manifestation expresse, mais non solennelle, de volonté, entre le régime de droit commun organisé par le Code néerlandais et celui de la loi française, en d'autres termes entre la communauté universelle (art. 174 du Code néerlandais) et notre communauté légale. Or, opter entre deux ou plusieurs régimes, on ne peut nier, sans jouer sur les mots, que ce soit faire un contrat de mariage. On valide ainsi un contrat de mariage dépourvu de formes solennelles, alors que la loi nationale des parties et la loi française, dont la compétence se justifierait, dans l'exemple que nous avons choisi, par la maxime « *Locus regit actum* », soumettent l'une et l'autre ce contrat à la règle de l'authenticité.

Le défaut que nous reprochons au système de la jurisprudence est surtout visible dans l'hypothèse où les époux ont fait un contrat de mariage entaché d'une cause de

(1) Albéric Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 755-761. Voir dans le même sens les observations de M. Pillet dans *Clunet*, 1893, p. 20.

nullité et se trouvent, par suite de son annulation, soumis au régime légal qu'ils avaient cependant formellement répudié dans ce contrat(1). Ainsi deux époux ont, par contrat, adopté le régime de la communauté réduite aux acquêts ; leur contrat est annulé, soit pour vice de forme, soit parce qu'ils étaient mineurs et qu'ils n'ont pas été assistés des personnes dont le consentement était nécessaire pour les habiliter dans leurs conventions matrimoniales. On a soutenu qu'en pareil cas ils seraient soumis au régime de la séparation de biens. Mais cette opinion nous paraît arbitraire et contraire à l'art. 1393 de notre Code Civil. Au surplus, dans l'exemple que nous avons choisi, elle méconnaîtrait aussi bien la volonté des parties que celle qui se prononce pour la communauté légale. Elle ne compte d'ailleurs que bien peu de partisans. Nous croyons, avec la très-grande majorité des auteurs, que le régime applicable sera la communauté des art. 1400 et suivants du Code Civil. Mais peut-on soutenir que ce résultat se produit en vertu d'une convention tacite ? L'acte qui a été passé, malgré son annulation, ne révèle-t-il pas de la part des époux l'intention bien ferme de choisir un régime autre que la communauté légale ?

M. de Boëck a prévu l'objection, et il répond que les époux ont voulu adopter éventuellement le régime légal pour le cas où leurs conventions se trouveraient dénuées d'effet. Mais le savant auteur reconnaît que cette réponse

(1) Voir les observations de M. Renault dans la *Revue Critique*, 1883, p. 730, Cpr. Rollin, *op. cit.* t. I, p. 756 et suiv.

est très-subtile. Il est en effet peu vraisemblable que les parties aient contracté avec la pensée que leur contrat serait peut-être dépourvu de tout effet juridique, et qu'elles aient prévu les conséquences de son annulation. Mais il y a une réplique plus décisive. Supposons qu'il soit constant en fait qu'elles n'ont pas eu cette pensée, qu'elles ne se sont pas demandé pour quel régime elles opteraient dans le cas où celui qu'elles ont expressément stipulé se trouverait inapplicable ; allons même plus loin et supposons qu'il soit démontré qu'elles ont entendu exclure le régime de la communauté légale d'une manière absolue même à titre subsidiaire, ou ce qui revient au même, qu'elles l'ont placé au dernier rang dans l'ordre de leurs préférences. Elles n'en seront pas moins soumises à ce régime, si leur contrat est nul ; on ne voit pas d'autre solution possible ; c'est là une conséquence forcée des exigences de la loi relatives à la solennité des conventions matrimoniales, combinées avec la règle de l'art. 1393 du Code Civil. Mais on reconnaîtra qu'il est difficile, dans les cas de ce genre, de justifier l'application du régime légal par l'idée d'un libre choix de la part des intéressés.

Une manifestation de volonté dépourvue des formes solennelles prescrites par l'art. 1394 du Code Civil est impuissante, en Droit Français interne, pour substituer au régime de la communauté légale un régime différent. Là-dessus on est à peu près d'accord, et il n'y a guère de difficultés tant qu'aucun conflit de législations ne se présente. Ainsi quand deux époux Français, dont tous les biens sont situés en France, se sont mariés sur le terri-

toire de notre pays et y ont établi leur domicile, on n'hésitera guère, s'ils n'ont pas fait de contrat valable, à les déclarer mariés sous le régime légal de notre Code Civil, et l'on ne se demandera pas si les circonstances n'accusent pas de leur part une préférence pour un régime différent. Mais les choses changent d'aspect, dans le système de la jurisprudence, dès qu'il s'agit de relations juridiques internationales. La détermination du régime devient alors une question de fait, et toutes les présomptions sont admises pour la résoudre. Nous demandons seulement où commence le droit et même le devoir pour les magistrats de baser leur décision sur l'intention effective des parties. M. Surville, défenseur du système de la jurisprudence, s'exprime ainsi : « Quant à la portée pratique de notre doctrine, nous dirons qu'elle doit s'appliquer dans tous les cas où la question de savoir quel est le régime adopté soulève un débat de droit international. » (1) Mais il faudrait indiquer, au moyen d'un criterium précis, quelles sont les conditions qui donnent lieu à l'ouverture de ce débat de droit international. Est-ce la nationalité des parties ? leur domicile ? le lieu du mariage ? le lieu où les biens sont situés ? faut-il combiner ces divers éléments, et dans quelle proportion ? La thèse soutenue par M. Surville demeure incomplète, le domaine de la règle qu'il adopte reste indéterminé, tant que ces questions seront sans réponse. M. Surville s'abstient ce, en-dant de les résoudre, et il faut reconnaître qu'elles sont des plus embarrassantes. S'il est vrai, comme nous le

(1) Surville, article précité, *Revue Critique*, 1888, p. 268.

croyons, que les problèmes de droit international privé doivent être résolus, conformément à la méthode de Savigny, par une analyse rationnelle de chaque espèce de rapports juridiques, il est difficile de concevoir comment un même rapport de droit peut changer de nature suivant qu'il a pris naissance sur tel ou tel territoire, ou entre personnes appartenant à telle ou telle nationalité, et comment son caractère intime peut être diversement apprécié à raison de ces circonstances accidentelles.

A notre avis, pour résoudre les conflits de lois relatifs au régime matrimonial, lorsqu'il n'y a pas de contrat de mariage rédigé, il importe de bien se rendre compte de la nature des lois qui organisent un régime de droit commun. Ces lois prétendent-elles imposer ce régime aux intéressés ? Non, ainsi que nous l'avons déjà constaté plus haut, du moins dans la plupart des législations et spécialement en droit français ; on en trouve une preuve indéniable dans l'art. 1387. Mais si les futurs époux sont libres d'adopter telles conventions matrimoniales qu'il leur plaît, l'exercice de cette faculté est subordonné à une condition, à savoir qu'ils se conforment aux règles impératives de la loi ; et parmi ces règles figure celle qui prescrit la rédaction d'un contrat de mariage revêtu de certaines formes déterminées. On peut donc dire que le régime de droit commun, facultatif sans doute en principe, est obligatoire pour les époux qui ne l'ont pas exclu en manifestant leur volonté dans la forme authentique exigée par l'article 1394. En d'autres termes, il n'y a aucune raison d'ordre public qui contraigne les futurs époux à accepter le régime de la communauté légale,

mais il y a au contraire de véritables raisons d'ordre public pour qu'ils ne puissent l'écarter autrement que par un acte notarié. Ces raisons ne sont pas difficiles à discerner ; ce sont celles qui justifient d'une manière générale l'exigence des formes solennelles pour certains actes ; mais elles sont plus particulièrement pressantes lorsqu'il s'agit d'un acte comme le contrat de mariage. Le législateur a voulu protéger les futurs époux au moment où ils arrêtent les clauses d'un contrat de cette importance, destiné à produire ses effets pendant toute la durée de leur vie commune, immuable en principe, au moins d'après notre Code civil et d'après plusieurs législations étrangères ; il a pensé que l'intervention d'un notaire pourrait les éclairer utilement sur la portée juridique de telle ou telle stipulation, et leur servir de guide dans les difficultés toujours complexes que les conventions matrimoniales, à raison de leurs effets multiples et de la diversité des intérêts en jeu, sont susceptibles de faire naître. Le législateur a aussi voulu protéger les tiers, à qui le contrat de mariage est opposable, et qui ont un intérêt légitime à être exactement renseignés sur le régime adopté par les époux avec lesquels ils traitent ; il importe donc qu'il n'y ait aucune incertitude sur la nature de ce régime. C'est pour ces raisons, d'intérêt général, que la loi n'admet d'autres conventions matrimoniales tacites que celles qu'elle a rédigées elle-même et qu'elle impose aux époux qui n'ont pas manifesté leur volonté dans la forme prescrite.

Si tel est bien le caractère du régime légal ; s'il se présente comme une convention tacite, mais légalement pré-

sumée, la preuve contraire ne pouvant résulter que d'un contrat de mariage valablement rédigé, la question du conflit de lois doit être posée un peu autrement que dans le système de la jurisprudence française. Il ne s'agit pas de savoir ce que les époux mariés sans contrat ont voulu en fait, puisqu'une volonté tacite est à cet égard inopérante, mais de savoir quelle est la législation rationnellement compétente pour déterminer ainsi par voie d'autorité, et par une sorte de fiction juridique, le régime auquel ils seront réputés s'être soumis. Nous nous prononcerions pour la loi nationale du mari ; mais nous n'entrons pas dans l'examen de la question, nous nous bornons à indiquer comment à notre avis elle doit être posée.

V

Des observations analogues à celles que nous venons de présenter pourraient s'appliquer aux dispositions qui règlent la transmission de la succession *ab intestato*, si l'on devait voir dans ces règles une simple interprétation de la volonté probable du *de cuius*.

Il n'est pas de question qui ait soulevé de plus vifs et de plus longs débats en droit international privé. La raison en est facile à saisir. D'une part, le droit de succession, ainsi que le remarque justement M. Lainé (1), est d'une nature éminemment complexe, et il présente des

(1) Lainé. *Introduction au droit international privé*, t. II, p. 279.

points de contact avec presque toutes les catégories de rapports juridiques. D'autre part il est peu de droits qui aient subi des variations aussi profondes suivant les époques et les civilisations. Nous le voyons changer presque complètement de nature en droit romain où, fondé à l'origine sur une co-propriété familiale, il arrive à être basé à l'époque de Justinien sur une interprétation vraisemblable des affections du défunt. Nous assistons à une évolution du même genre en droit français où, dominé d'abord par l'organisation de la société féodale, et répondant à un but politique, du moins en ce qui concerne la succession aux fiefs, ce droit a fini par acquérir avec le Code civil un caractère à peu près semblable à celui qu'il présentait dans le dernier état du droit romain. Mais au cours de ces transformations, si considérables qu'elles soient, le droit successoral ne peut guère dépouiller entièrement sa nature originaire. Aussi est-il très difficile de lui donner une qualification simple et définie, et l'on ne peut lui attribuer, suivant l'expression de M. Laine, qu'un caractère d'emprunt.

En France, de très-bonne heure, les lois successorales furent considérées comme des statuts réels. Cette règle paraît être aussi ancienne que le droit coutumier français. Elle était admise à une époque bien antérieure à celle où la célèbre maxime : « Toutes coutumes sont réelles », devint le principe dominant de la théorie des statuts (1). De très-bonne heure aussi la même règle fut adoptée en

(1) V. en ce sens Laine, *op.cit.*, t. II, p. 284.

Allemagne. Elle était notamment consacrée par les *Miroirs de Saxe et de Souabe* (1).

La réalité des lois successorales était intimement liée à l'organisation féodale ; elle en formait un des rouages principaux. En effet les règles relatives à la succession aux fiefs avaient pour but d'en assurer la transmission aux personnes jugées les plus dignes d'acquitter les devoirs qu'imposait la hiérarchie féodale. Et comme ces devoirs étaient attachés à la possession du fief, les lois successorales intéressaient à un haut degré ce que nous appellerions aujourd'hui l'« ordre public territorial. » Il est vrai que toutes les successions n'étaient pas féodales ; même parmi celles qui présentaient ce caractère, des distinctions auraient pu être faites. Mais sans doute on ne voulut pas les faire ; pour éviter un ensemble de règles trop compliqué, pour fixer d'une manière générale et simple la nature du droit successoral, on se basa sur le caractère que présentait ce droit dans les successions qui avaient alors le plus d'importance (2).

Avec la féodalité disparaissait la raison d'être de la réalité des lois successorales. Mais une autre idée, celle de la conservation des biens dans les familles, vint lui donner un nouvel appui (3). C'était peu rationnel, et contraire en tous cas à nos idées modernes. Si les lois relatives à la transmission héréditaire des biens intéressent principalement l'organisation de la famille, la com-

(1) Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 284.

(2) Nous empruntons cette explication de la réalité des lois successorales à l'ouvrage de M. Lainé. V. t. II, p. 285-288.

(3) Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 298.

pétence de la loi personnelle du *De cujus* est plus naturellement indiquée que celle de la « *lex rei sitæ* ». On s'accorde aujourd'hui assez généralement à reconnaître que les relations de famille doivent être régies par la loi nationale de la personne qui est le sujet principal de la relation. L'organisation de la famille, en effet, ne présente que peu de points de contact avec le régime économique des biens, en tant qu'il intéresse l'ordre public territorial ; en revanche elle dépend étroitement des mœurs et des traditions spéciales à chaque peuple, à chaque nation. Mais nos anciens auteurs raisonnèrent autrement. De ce que les lois successorales constituaient à leurs yeux un règlement de famille, ils conclurent à leur réalité.

Les successions étaient donc régies, en ce qui concerne les immeubles, par la loi du lieu où ces immeubles étaient situés, et en ce qui concerne les meubles, par la loi du domicile du défunt, où les meubles étaient considérés comme fictivement localisés.

Au XVIII^e siècle encore, la réalité des lois successorales était respectée comme une règle traditionnelle, très-ancienne, et que les novateurs les plus hardis hésitaient à mettre en discussion. Elle présentait cependant des inconvénients multiples, plus sensibles à cette époque qu'ils ne le sont aujourd'hui, parce que les conflits de lois successorales étaient plus fréquents à raison de la diversité des coutumes. Elle fractionnait la succession lorsque les immeubles qui la composaient se trouvaient répartis entre plusieurs territoires soumis à des coutu-

mes différentes. De là des complications inextricables, notamment en ce qui concerne la contribution des héritiers au paiement des dettes et leur droit d'option, indivisible par essence, et qui cependant se trouvait divisé par l'application de la règle « *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia tot sunt patrimonia.* » Pour obvier à ces difficultés, on eut recours à divers expédients, mais sans toucher au principe (1).

Cependant l'idée de soumettre la succession à une loi unique, celle du domicile du défunt, devait être suggérée par les complications que nous venons de signaler. Cette idée fut proposée par Boullenois (2). Mais l'auteur reconnaît que cette solution est contraire aux principes. Il la présente comme une mesure législative à prendre dans un but d'utilité générale, en vue de remédier aux inconvénients pratiques de la règle traditionnelle, dont il ne cherche point à ébranler la base théorique.

A plus forte raison nos anciens jurisconsultes ne firent-ils jamais dépendre le règlement de la succession de la volonté du défunt. Cette idée se rencontre cependant, au moins en germe, dans les décisions de quelques auteurs de l'ancienne école italienne. Ainsi Albéric de Rosate rapporte une opinion qui était soutenue de son temps et qui soumettait la succession à la loi du lieu du décès, en invoquant cette raison, que la succession constitue une sorte de testament tacite, et que les actes de volonté sont régis par la loi du

(1) Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 307 et suiv.

(2) Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 320 et suiv.

lien où ils se produisent (1) : théorie assez singulière, qui voit dans la transmission de la succession *ab intestat* un acte de volonté de la part du *De cujus*, s'accomplissant au moment même de son décès. Salicet, partant du même principe, à savoir de l'assimilation de la succession à un testament tacite, concluait à l'application, tantôt de la loi du pays d'origine du défunt, tantôt de celle de son domicile (2).

Ce sont là des décisions isolées et qui ne paraissent avoir exercé aucune influence appréciable sur le développement des idées. Encore faut-il remarquer que les auteurs que nous venons de citer s'efforcèrent d'établir une règle fixe, et qu'ils n'allèrent jamais jusqu'à faire du règlement de la succession une question de fait, jusqu'à faire dépendre ce règlement, dans chaque cas particulier, de l'intention effective du défunt.

Cette dernière manière de concevoir la succession répugnait en tous cas à l'esprit de la doctrine française. Nous en trouvons une preuve particulièrement frappante dans la manière dont Boullenois présente sa proposition, que nous avons mentionnée plus haut, de soumettre l'ensemble de la succession à la coutume du domicile du défunt. Il prévoit une objection possible : un individu pourrait, en changeant de domicile, modifier à son gré l'ordre de sa succession. Boullenois reconnaît qu'il y a là un danger à éviter, et qu'il conviendrait de limiter la mesure législative qu'il propose par un certain nombre

(1) Lainé, *op. cit.*, t. 1, p. 127.

(2) Lainé, *op. cit.*, t. 1, p. 183 et suiv.

de restrictions de nature à préserver les vocations héréditaires éventuelles contre les changements frauduleux résultant de la volonté du *De cuius* (1).

Le principe de la réalité des lois successorales avait poussé des racines si vivaces, que l'effort prolongé de la doctrine moderne n'a pu parvenir à le faire disparaître de la pratique. La jurisprudence française consacre encore aujourd'hui dans notre matière les solutions qui triomphaient dans notre ancien Droit. La plupart des auteurs protestent. Déjà au XVIII^{me} siècle, la règle traditionnelle avait été critiquée, mais seulement en ce qui concerne les difficultés pratiques que soulevait son application. Aujourd'hui c'est le principe même qui est vigoureusement attaqué. La jurisprudence française s'appuie sur la disposition de l'art. 3 § 2 du Code civil, d'après laquelle les immeubles situés sur le territoire français sont régis par la loi française: elle considère ce texte comme une confirmation de la théorie des statuts. La question de savoir si cette théorie a été remise en vigueur par le Code civil est généralement résolue par l'affirmative: cette manière de voir a été cependant contestée (2), et il faut reconnaître en effet, d'une part que l'expression de « statuts » ne figure pas dans le Code civil, d'autre part que la doctrine de nos anciens auteurs en matière de conflits de lois est restée sur presque tous les points tellement indécise, ces auteurs ont si clairement avoué eux-mêmes leur impuissance à édifier un

(1) V. Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 323.

(2) V. en ce sens Despagne, *op. cit.*, p. 195 et suiv.

système assis sur des principes fermes et arrêtés (1), qu'il est bien difficile de préciser dans quelle mesure leur doctrine a pu être confirmée par le Code Civil. En tous cas l'interprétation littérale de l'art. 3 § 2 n'impose nullement l'application du statut réel à la matière des successions, car ce texte paraît viser uniquement la condition juridique des immeubles, envisagée au point de vue du régime de la propriété, mais abstraction faite des relations juridiques dont ces immeubles peuvent se trouver l'objet. La jurisprudence s'appuie, non pas à proprement parler sur le texte même de l'art. 3 § 2, mais sur une prétendue intention du législateur que ce texte ne révèle pas directement et qui reste douteuse.

Mais quelque opinion que l'on adopte sur cette question de droit positif français, si l'on se place au point de vue d'un système universel de Droit international privé, et si l'on cherche de quelle législation relève rationnellement le droit successoral, le système réaliste est certainement contraire à la notion du statut réel qui tend de plus en plus à s'imposer à la doctrine moderne et que nous avons esquissée d'une façon sommaire à propos de la question du régime matrimonial de droit commun. Aussi la jurisprudence est-elle très-critiquée; seulement les arguments qu'on lui oppose sont de diverse nature, et il y a lieu de se demander s'ils se prêtent vraiment un mutuel appui. On invoque, d'une part, la maxime romaine « *Hereditas personam defuncti sustinet* »; la loi successorale, dit-on, a pour objet essentiel

(1) Lainé, *op cit.*, t. II, p. 44.

une continuation fictive de la personne du défunt dans celle de l'héritier, et la transmission à ce dernier du patrimoine, considéré comme un ensemble indivisible de droits et d'obligations; par suite, elle doit être classée parmi les lois personnelles. A cette raison, dont s'inspirait Savigny lorsqu'il soumettait la succession à la loi du domicile du *de cuius* (1), l'école italienne moderne est venue ajouter des arguments qui confirment la thèse de la personnalité, mais qui militent en faveur de la loi nationale du défunt, et non plus en faveur de la loi du domicile. L'école italienne fait valoir cette considération, que le droit successoral est avant tout un rapport de famille, et l'on sait que d'après les idées que cette école s'efforce de faire prévaloir, chaque personne doit être régie en ce qui concerne ses relations de famille, par sa loi nationale, en quelque lieu qu'elle se transporte et sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la situation des biens, sauf les points où l'« ordre public international » est engagé.

On observe, d'autre part, que l'attribution héréditaire des biens, à défaut de testament, est basée sur les affections présumées du *de cuius*, et que la loi réglemente cette attribution comme elle pense qu'il l'aurait fait lui-même s'il avait manifesté ses dernières volontés. Or, il est déraisonnable de supposer qu'il aurait eu autant de volontés différentes pour le choix de ses héritiers, qu'il y a de territoires soumis à des lois différentes où il possède des immeubles. On conclut à l'application d'une loi unique,

(1) Savigny, *Système* (trad. Guenoux), t. VIII, p. 290-292.

qui serait, d'après l'opinion la plus générale, la loi nationale du défunt.

Ainsi on considère les lois successorales, d'une part comme des lois personnelles, d'autre part comme des lois interprétatives de volonté. Dans l'étude si intéressante qu'il a consacrée au *Domaine de la loi d'autonomie en droit international privé* », M. Aubry rapporte ces deux ordres de considérations, mais il estime qu'ils sont logiquement inconciliables (1). Si le règlement de la succession est fondé sur la volonté du *de cuius*, ce n'est pas une loi personnelle et inversement. La notion d'autonomie et celle de statut personnel sont incompatibles. La première éveille l'idée de loi subordonnée à l'assentiment des intéressés, la seconde, celle de loi impérative, suivant la personne en tout lieu, malgré sa volonté de s'y soustraire. Il faut donc opter : M. Aubry se prononce pour « l'autonomie du statut des successions » ; thèse que le savant auteur reconnaît paradoxale, mais qui lui paraît seule conforme au véritable caractère du droit successoral, car les législations de tous les États civilisés proclament, tout en lui imposant certaines restrictions, la liberté de tester, et dès lors, le régime successoral *ab intestat* n'est pas obligatoire ; son application ne peut être basée que sur l'adhésion tacite du défunt, qui aurait pu y déroger et régler la transmission de ses biens à son gré, à condition d'observer les règles d'ordre public.

Ce principe une fois posé, M. Aubry s'efforce d'esquis-

1. Aubry. *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*. Clunet, 1896, p. 735 et suiv.

ser à grands traits le domaine respectif de l'autonomie et de l'ordre public dans la matière des successions. La loi d'autonomie déterminera l'ordre dans lequel les héritiers sont appelés ; elle dira aussi dans quelle mesure ils doivent contribuer au passif. Mais le droit de poursuite des créanciers sera gouverné par la loi locale, parce que l'ordre public absolu est intéressé. Le rapport dépendra de la loi d'autonomie ; car il est fondé sur la volonté présumée du défunt. Mais le partage amiable sera soumis à la loi présomptivement acceptée, non par le *de cuius*, mais par les copartageants eux-mêmes. Quant aux règles relatives à la réserve, M. Aubry les rattache, avec la majorité des auteurs, au statut personnel du *de cuius* ; elles constituent pour celui-ci une incapacité de disposer de ses biens à titre gratuit au-delà d'une certaine quotité.

Quelle est la loi qui gouvernera la succession, en tant qu'elle dépend de la volonté du *de cuius* ? M. Aubry, après avoir opté pour le principe de l'autonomie, s'efforce d'en pousser aussi loin que possible l'application. La succession doit être régie, suivant M. Aubry, par la législation que le *de cuius* mort intestat aura eue en vue et dont il aura entendu confirmer les dispositions par son silence. Ce sera le plus souvent sa loi nationale ; mais il n'en sera pas nécessairement ainsi, et c'est sur ce point que la doctrine de M. Aubry se sépare pratiquement de celle qui est adoptée par la majorité des auteurs modernes. Ceux-ci veulent déterminer la loi compétente par une règle fixe ; pour M. Aubry, le problème se réduit, comme dans la matière du régime matrimonial de droit commun d'après le système de la

jurisprudence, à une question de fait, dont la solution variera suivant les circonstances. Si par exemple le *de cuius* résidait depuis longtemps dans un pays étranger, il y aura lieu de se demander s'il n'a pas porté sa pensée sur la loi de sa résidence de préférence à celle de sa patrie d'origine. Le lieu où se trouvera la majeure partie de ses biens devra aussi être pris en sérieuse considération, et l'induction qu'on pourra en tirer contrebalancera dans certains cas celle qu'on puiserait dans la nationalité. Enfin, puisque tout se ramène à une question d'intention, une déclaration expresse de volonté pourra constituer un élément décisif de solution ; si donc un Français, par exemple, a manifesté verbalement le désir que sa succession soit régie par la loi anglaise, les juges Français, si cette déclaration leur paraît sérieuse, devront lui donner effet et appliquer la loi désignée par le *de cuius*, alors même que celui-ci serait d'ailleurs domicilié en France et y posséderait toute sa fortune.

Il faut aller jusque-là, sous peine d'être illogique ; mais cette dernière conséquence n'est-elle pas un argument contre le principe ? On aboutit en définitive à valider un véritable testament nuncupatif, alors que la loi nationale du *de cuius*, qui est en même temps la loi du lieu de l'acte, proscrit formellement ce mode de tester. Et lorsqu'il s'agit d'opter entre la loi nationale du défunt et celle de son domicile, et qu'on propose de résoudre la question par une recherche de son intention probable, on reconnaît effet à un testament tacite, et cela lors même que la loi nationale et la loi du domicile soumettent le testament à des formes solennelles.

Il n'est pas difficile du reste d'imaginer des hypothèses où l'application de la notion d'autonomie, telle que l'admet M. Aubry, à la matière de la succession *ab intestat*, se heurtera visiblement à la réalité des choses. Supposons par exemple qu'un Français mineur de seize ans vienne à mourir. La loi lui désignera des héritiers. Cette désignation puise-t-elle son autorité dans l'adhésion du mineur, et faut-il rechercher, pour apprécier quelle est la loi compétente, celle qu'il a eue effectivement en vue ? on ne peut l'admettre : le *de cuius* ne pouvait avoir, à raison de son âge, une volonté légalement efficace au sujet de la transmission de ses biens après son décès ; telle est la solution qu'impose l'art. 903 du Code Civil, qui le déclare incapable de tester. Supposons d'autre part que le testament soit annulé pour vice de forme, ou qu'il devienne caduc soit par le prédécès du légataire, soit par son incapacité, soit par son refus. Les héritiers légitimes recouvreront leurs droits, malgré la volonté manifestée par le défunt de les exclure. Le règlement de la succession peut donc n'être pas basé sur la volonté effective du *de cuius*.

Nous préférons donc à la thèse soutenue par M. Aubry celle qu'adopte la majorité des auteurs et qui soumet la succession à la loi nationale du défunt, quelles que soient les circonstances indicatives de ses intentions. Nous avons rappelé plus haut que les arguments qu'on oppose au système réaliste de la jurisprudence présentent la loi successorale, tantôt comme une loi personnelle, se rattachant aux relations de famille, tantôt comme une loi interprétative de la volonté du défunt. L'hésitation serait

permise entre ces deux manières de voir, car le droit successoral, ainsi que nous l'avons fait remarquer, est un droit éminemment complexe, et les transformations qu'il a subies au cours de l'histoire lui ont imprimé des caractères multiples dont il est impossible de ne pas tenir compte. Nous n'entrons pas dans l'examen de cette question, qui sort du cadre de notre étude, et nous nous bornons à la remarque suivante. Si l'on envisage la loi successorale comme une simple interprétation des sentiments de la personne morte sans exprimer ses dernières volontés, cette interprétation présente du moins le caractère d'une présomption légale qui ne peut être combattue par tous les modes de preuve. Si la loi successorale rentre dans le domaine de l'autonomie, en ce sens qu'il dépend du *de cuius* d'en éviter l'application par une manifestation de volonté contraire, cette manifestation de volonté doit, pour produire des effets, revêtir la forme d'un testament satisfaisant à toutes les conditions de validité exigées par la loi. Sur ce point par conséquent une manifestation quelconque de volonté ne peut suffire, et c'est à ce titre que la question que nous venons d'examiner se rattache, comme celle du régime matrimonial de droit commun, à la question générale qui fait l'objet de cette section.

Si donc il n'y a pas de testament valable, la décision du conflit des lois successorales se ramène, non pas à une recherche de l'intention du défunt, mais à une recherche de la loi la plus rationnellement désignée pour interpréter par voie d'autorité ses affections et ses désirs probables. Nous croyons qu'il convient de se prononcer pour



sa loi nationale, celle à laquelle il était rattaché par le lien le plus durable et le plus fort.

Si cette solution se justifie au point de vue des principes, elle ne se recommande pas moins par ses avantages pratiques. Ici nous partageons l'opinion de M. Aubry lui-même. « Je dois reconnaître, dit-il, un inconvénient pratique du système que je propose. C'est d'introduire un élément d'incertitude dans la dévolution de la succession. Sans doute on présumera toujours que le défunt s'est référé à sa loi personnelle. Mais cette présomption a le tort de n'être qu'une présomption. Il pourra se faire qu'on en démontre l'invraisemblance, et que l'on tienne pour certain, à raison des circonstances, que le défunt devait avoir les yeux fixés sur une autre loi. Cette éventualité peut suffire à jeter un doute sur le sort de la succession et à faire naître des procès » (1).

M. Aubry s'efforce, il est vrai, d'atténuer la portée de cet inconvénient en démontrant qu'il sera beaucoup moins fâcheux que dans la matière du régime matrimonial de droit commun. Mais c'est, à notre avis, une manière insuffisante de remédier à un mal, que de montrer qu'il existe des maux plus grands encore. En tous cas l'argument ne peut nous convaincre, puisque nous n'avons pas admis que la détermination du régime légal applicable à défaut de contrat de mariage dépendit de l'intention effective des parties.

(1) Aubry, article précité, *Clunet*, 1896, p. 710. Cpr. Asser. *Eléments de Droit international privé*, p. 136.

SECTION II

Du cas où les intéressés n'ont pas manifesté leur volonté.

Nous avons examiné dans la précédente section la question de savoir si une manifestation tacite de volonté suffit pour déterminer la loi dont l'application est fondée sur la volonté présumée des intéressés et que nous appellerons « *brevitatis causa* », « la loi d'autonomie ». La question présente un grand intérêt pratique. Il est rare que les parties insèrent dans les actes juridiques une clause explicite de soumission volontaire à une législation déterminée. Il y a lieu de le regretter, car faute d'une déclaration expresse, leurs intentions ne peuvent être découvertes qu'au moyen d'inductions presque toujours hasardeuses. Mais les questions de conflits de lois ne sont guère prévues que par les esprits exercés aux difficultés juridiques. Il peut arriver d'ailleurs et il arrive souvent que les parties ne se préoccupent pas de la législation à laquelle elles se soumettent, ne songeant pas à l'éventualité d'un débat devant la justice. Quoi qu'il en soit, dans la pratique, c'est dans la majorité des cas sur le fondement de clauses tacites d'option volontaire, dont on établit l'existence au moyen de présomptions plus ou moins justifiées, que sont résolus les conflits de lois en matière de droit supplétif.

L'existence de ces clauses tacites, comme celle des

clauses expresses, qui se présentent plus rarement, est incontestablement une question de fait. On trouve cependant dans les ouvrages modernes de Droit international privé des développements considérables consacrés à l'examen de ces questions. On se demande, spécialement en ce qui concerne les conflits de lois relatifs à ce qu'on appelle la « substance » du contrat, à quelle législation les contractants doivent être réputés s'être référés; est-ce à leur loi nationale, ou à celle de leur domicile commun, en supposant qu'ils aient, soit la même nationalité, soit le même domicile? Est-ce à la loi du lieu où le contrat s'est formé? à celle du lieu où il doit recevoir son exécution? Le conflit peut se présenter sous des aspects multiples, et il y a là une mine féconde de controverses (1). Mais une question se pose : toutes ces discussions ne sont-elles pas inutiles? Ou du moins, se trouvent-elles à leur place dans des ouvrages de doctrine, et ne devraient-elles pas être abandonnées à l'appréciation souveraine des juges du fait? Puisqu'aucune des lois qu'on passe successivement en revue, et dont on compare les titres, ne puise son autorité en elle-même, dans la décision souveraine du législateur qui l'a édictée, mais dans un acte de libre choix de la part des personnes intéressées, il semble que la question ne puisse être résolue « *in abstracto* ». Peut-on dire, par exemple, que deux personnes de nationalité différente qui contractent ensemble en un certain lieu ac-

(1) Ces questions ont été particulièrement approfondies dans l'ouvrage de M. Von Bar, *Das internationale Privat-und Strafrecht*, §§ 66-88, et dans celui de M. Albéric Rolin.

ceptent volontairement la loi de ce lien ? On peut soutenir sans doute qu'il en sera le plus souvent ainsi, et encore cette proposition n'aura-t-elle que la valeur d'une conjecture ; mais il serait assurément téméraire d'affirmer qu'il en sera ainsi toujours et nécessairement, car la psychologie positive n'est certainement pas arrivée à un degré de développement tel, qu'on puisse prédire à coup sûr quelle sera la pensée de deux ou plusieurs personnes qui traiteront ensemble dans certaines conditions déterminées. Dès lors les présomptions que l'on essayera d'établir à titre de règles générales ne dispenseront pas le juge de rechercher, pour chaque espèce qui lui sera soumise, si elles se trouvent confirmées par les circonstances de la cause, ce qui revient à dire que le conflit de lois ne peut être tranché d'avance et qu'il ne peut l'être que par une appréciation des éléments de fait spéciaux à chaque acte juridique à propos duquel s'élèvera ce conflit.

Les discussions théoriques auxquelles nous faisons allusion ne sont cependant pas inutiles. Il est vrai qu'en tant qu'il s'agit de rechercher ce que les intéressés ont voulu, les décisions qu'on propose ne peuvent s'adresser aux juges qu'à titre de conseils. Mais réduites à ce rôle, elles sont suffisamment justifiées ; elles peuvent guider utilement les magistrats dans des questions fort difficiles ; elles peuvent créer des courants de jurisprudence, assurer une certaine uniformité dans les solutions à donner aux diverses catégories d'hypothèses susceptibles de se présenter.

D'autre part, ces questions peuvent d'autant moins être

négligées en droit, qu'il faut nécessairement prévoir le cas où les circonstances de fait ne permettront de donner aucune solution au conflit.

Plaçons-nous dans l'hypothèse d'un contrat. Il s'agit de savoir quelle est la législation acceptée par les parties.

La difficulté est résolue, si l'on découvre l'existence d'une convention expresse ou tacite par laquelle elles se seraient soumises à telle ou telle loi.

Que faut-il entendre exactement par « convention tacite » ? Il est assez difficile de répondre à cette question par une formule générale. Pour bien comprendre ce qu'est la convention tacite, il faut se rappeler que la bonne foi doit présider aux contrats et s'inspirer du principe posé par l'article 1136 de notre Code civil, en vertu duquel les conventions obligent, non seulement à ce qui y est formellement stipulé, mais à toutes les suites que l'usage et l'équité donnent à l'obligation. Il n'est donc pas nécessaire à notre avis, pour qu'il y ait convention tacite accompagnant un contrat exprès, que les parties aient effectivement pensé, chacune de son côté, à l'objet dont il s'agit ; plus spécialement en ce qui concerne les conventions tacites de soumission à une loi déterminée, il n'est pas indispensable que les contractants aient prévu en fait le conflit de lois et qu'ils se soient mis d'accord pour le résoudre, quoique sans s'en expliquer ; il suffit que le contrat soit intervenu dans des conditions telles, que chacun des contractants ait pu raisonnablement croire que l'autre acceptait telle ou telle loi pour la réglementation des effets du contrat.

C'est là, hâtons-nous de le dire, une question d'appré-

ciation, sur laquelle les juges du fait sont seuls compétents. C'est à eux qu'il appartient de dire si tel ou tel fait est caractéristique d'une convention tacite. Leur décision échappe sur ce point à la censure de la Cour de cassation. Mais si larges que soient leurs pouvoirs en cette matière, ou plutôt à cause même de l'étendue de ces pouvoirs, on ne peut les contraindre à reconnaître dans tous les cas l'existence d'une convention tacite. Il peut arriver que le contrat se soit formé dans des circonstances telles, que la bonne foi n'implique pas nécessairement de la part de chacun des contractants l'acceptation volontaire d'une loi déterminée; les juges du fait peuvent du moins estimer qu'il en est ainsi. Dans ce cas, sur quel élément baseront-ils la décision du conflit de lois? Le fait ne donnant aucune réponse, c'est dans le droit seul qu'on peut en chercher une. Il est donc nécessaire d'établir des règles générales, des présomptions légales de volonté en vertu desquelles, lorsqu'un acte juridique se sera formé dans des conditions déterminées, les intéressés seront réputés s'être librement soumis à telle ou telle loi, toutes les fois qu'il ne sera pas prouvé qu'ils ont eu une intention différente.

C'est à cette nécessité que répond l'effort que nous venons de constater dans la doctrine pour résoudre les conflits de lois en matière de droit supplétif par un certain nombre de règles fixes, tout en reconnaissant de la manière la plus large le principe de l'autonomie individuelle. Nous avons vu, en analysant la théorie de Savigny, que le célèbre juriconsulte s'était inspiré de la même idée, et qu'en soumettant l'obligation à la loi du lieu d'exé-

cution, il avait établi une véritable présomption légale d'intention, susceptible de tomber devant la preuve contraire. Les auteurs modernes, sans accorder la même prépondérance à la loi du lieu d'exécution, sans adopter par conséquent les solutions pratiques de Savigny, ont cependant suivi la même méthode.

Par la force des choses aussi, dans presque tous les pays, la jurisprudence, et dans quelques-uns même, la législation, ont consacré des présomptions légales en vue de déterminer la loi d'autonomie.

En France, nous n'avons point de textes législatifs conçus dans cet ordre d'idées, mais la jurisprudence présume en règle générale, en matière de contrats, que les parties se sont volontairement soumises à la loi du lieu où le contrat a été passé. Ce principe a été notamment consacré par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 23 février 1864 (1), l'autre du 1 juin 1878 (2). Le premier de ces arrêts commence par décider que les contrats sont soumis à la loi du pays où ils se sont formés, en ce qui concerne leur formation, leurs conditions de validité et leurs effets, et cela par application de la règle « *Locus regit actum* » ; cette manière de s'exprimer est de nature à jeter tout au moins quelque confusion dans les idées, car la règle « *Locus regit actum* », dans son sens traditionnel, vise exclusivement les formes extrinsèques des actes juridiques ; dans l'espèce il s'agissait d'une question de fond. Mais l'arrêt invoque aussi le principe en vertu du-

(1) Dans D. P., 1864, 1, 166.

(2) Dans D. P., 1878, 1, 368.

quel les conventions légalement formées sont la loi des parties, et le rapprochement de ces deux considérants paraît démontrer que la Cour a entendu faire une application de la notion d'autonomie. Cette application est théoriquement fautive ; il s'agissait d'apprécier la validité d'une clause de la convention ; or les conditions de validité des actes juridiques sont imposées par la loi, elles ne dépendent pas de la volonté des parties ; nous reviendrons sur cette question dans le chapitre suivant. Mais il n'en ressort pas moins de cette décision de la Cour de cassation que les contractants sont présumés, lorsque les circonstances de fait ne donnent aucune indication spéciale, s'être référés à la « *lex loci contractus* ». L'arrêt du 4 juin 1878 est peut-être plus explicite encore en ce sens. Mais si la jurisprudence française admet ainsi une sorte de présomption légale en faveur de la loi du lieu du contrat, elle reconnaît que cette présomption peut être combattue par la preuve contraire. C'est ce que décide un arrêt de la Cour de Besançon du 11 janvier 1883 (1), maintenu en cassation (2), dans une espèce où il s'agissait d'un billet à ordre souscrit en Californie par plusieurs personnes qui étaient toutes Françaises, ainsi que le bénéficiaire du billet, et qui étaient de plus, ainsi que l'arrêt le constate, « animées de l'esprit de retour ». L'arrêt en tire cette conséquence, qu'elles doivent être considérées comme ayant tacitement adopté la loi française : « Considérant, dit la Cour de Besançon, que la règle « *Locus regit actum* » reçoit excep-

(1) Dans D. P., 1883, 2, 211.

(2) Cass., 19 mai 1884, D. P., 1884, 1, 286.

tion lorsque l'acte a été passé à l'étranger par des personnes appartenant à la même nationalité et que les circonstances particulières de la cause permettent de présumer que ces personnes ont voulu se soumettre à la loi de leur pays...». Là encore nous voyons la jurisprudence donner à la maxime coutumière « *Locus regit actum* » une signification toute différente de celle que l'usage lui a imprimée; mais sous cette terminologie défectueuse, il est facile de reconnaître une doctrine en parfaite harmonie avec celle que consacrent les arrêts de la Cour de cassation que nous venons de citer: les contractants sont réputés en cas de doute avoir opté pour la loi du lieu du contrat, mais ce n'est là qu'une présomption qui tombe toutes les fois que les circonstances indiquent de leur part une intention contraire.

Sans doute il n'y a point, en principe, de présomption légale sans un texte de loi formel (art. 1350); mais il est de toute nécessité que la jurisprudence comble, dans les questions de Droit international privé, les lacunes que présente la loi écrite. Parmi les conflits de lois que fait naître la pratique, bien peu pourraient être résolus par une simple application des textes positifs, peu nombreux et tout à fait insuffisants, qu'on trouve dans notre Code Civil.

En Belgique, un projet de titre préliminaire du Code Civil, (1) rédigé par les soins d'un comité constitué par arrêté du 15 novembre 1884, contient un certain nombre

(1) Consulter sur ce projet l'étude de M. Laine dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890.

de règles fort importantes de Droit international privé. Nous y relevons les dispositions suivantes :

Art. 6 : «... La substance et les effets des donations et des testaments sont régis par la loi nationale du disposant. L'application de la loi nationale du défunt ou du disposant a lieu, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent.

Art. 7 : Les obligations conventionnelles et leurs effets sont réglés par la loi du lien du contrat. Toutefois préférence est donnée aux lois nationales des contractants, si ces lois disposent d'une manière identique. Ces règles ne sont pas applicables si, de l'intention des parties, constatée expressément, ou manifestée par les circonstances, il résulte qu'elles ont entendu soumettre leur convention à une loi déterminée. La faculté accordée, à cet égard, aux parties contractantes, ne peut avoir pour objet que la loi nationale de l'une d'entre elles au moins, la loi du lien du contrat ou la loi du lieu où celui-ci doit être exécuté. Les dispositions du présent article sont suivies quels que soient la nature des biens qui font l'objet de la convention et le pays où ils se trouvent. »

Ce projet, déposé en 1887 sur le bureau de la Chambre belge, n'a pas été encore converti en loi.

Le Code civil d'Italie contient des dispositions à peu près semblables à celles que nous venons de relater (art. 8 et 9) (1).

La compétence de la loi « *lex loci actus* », « quant au contenu et à l'effet des obligations résultant de l'acte »,

(1) V. Weiss, *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, t. III, p. 199.

et celle de la loi du lieu d'exécution, en ce qui concerne le mode d'exécution, ont été législativement consacrées, pour les actes de commerce, par l'art. 4 du Code de Commerce portugais (1).

Citons encore l'article 5 du Code Civil japonais de 1890 (2) :

« Lorsqu'il s'agit des conventions passées à l'étranger, on déterminera la loi qui leur est applicable d'après l'intention expresse ou tacite des parties contractantes. Dans le doute, on appliquera la loi nationale des parties, si elles ont la même nationalité, et celle du pays qui a le plus de rapports de fait à la convention, si elles sont de nationalité différente ».

L'introduction dans la loi positive de présomptions légales précises comme nous venons d'en rencontrer dans le Code Civil d'Italie, et comme on en trouvera sans doute bientôt dans la législation belge, réalise-t-elle un progrès? Nous le croyons, et nous ne pouvons que regretter que la législation française ne soit pas déjà entrée dans cette voie. Nous avons essayé de montrer que ces présomptions légales répondaient si bien à une nécessité réelle, qu'en l'absence de textes positifs, la jurisprudence se trouvait pour ainsi dire contrainte d'y suppléer. Mais une règle promulguée par le législateur a toujours sur celle qui est établie par la jurisprudence, l'avantage d'être plus précise, plus facile à connaître, et moins sujette

(1) V. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 206.

(2) V. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 227. Sur les dispositions du Code Civil allemand de 1900, consulter l'étude de M. Keidel, *Clunet*, 1898, p. 167 et 1899, p. 17.

à des variations imprévues qui peuvent jeter le désordre dans les relations juridiques. La complexité toujours croissante des affaires fait sentir le besoin de règles fixes, dont il soit toujours possible de déduire avec sûreté les conséquences pratiques, et qui ne laissent aucune incertitude dans la réglementation d'une situation juridique.

Le système des présomptions légales a été cependant l'objet de certaines critiques. M. Rolin a tout au moins formulé à ce sujet des réserves dans le savant ouvrage que nous avons eu plusieurs fois l'occasion de citer (1).

Certaines de ses observations visent plus spécialement l'avant-projet de révision du titre préliminaire du Code civil proposé par la commission belge de révision du Code civil, et dont les dispositions, sur les questions qui nous intéressent, sont de tous points semblables à celles qui ont été législativement consacrées par le Code civil d'Italie. Ces dispositions sont, en résumé, les suivantes : les questions de droit supplétif sont résolues, en matière de donations et de testaments, par la loi nationale du disposant ; en matière de contrats ordinaires, par la loi nationale des parties si elles ont la même nationalité, et, dans le cas contraire, par la loi du lieu du contrat. On voit l'influence considérable donnée par ces dispositions à la nationalité : on reconnaît l'influence de la doctrine italienne, dont M. Laurent, l'inspirateur de ces textes, fut, on le sait, un disciple enthousiaste. Le conflit de lois est toujours tranché en faveur de la loi nationale des par-

(1) V. Albéric Rolin, *Principes de droit international privé*, t. I, p. 590 et suiv. et surtout p. 513 et suiv.

ties, sauf lorsque cette solution se heurte à une impossibilité pour ainsi dire matérielle ; c'est ce qui arrive lorsqu'un contrat s'est formé entre personnes de nationalité différente ; quelque bonne volonté que l'on mette à recourir au criterium italien de la personnalité du droit, on est forcé de le laisser de côté dans cette hypothèse, car il aboutirait à soumettre la convention à des réglementations multiples, ce qui serait contraire au bon sens et à l'intention certaine des intéressés. On se prononce dans ce cas pour la « *lex loci contractus* ». M. Rolin trouve exagérée la prépondérance que le projet accorde à la loi nationale ; pour lui la loi du domicile, dans les questions de droit supplétif, a tout autant de titres à être prise en considération, elle peut même en avoir davantage, s'il s'agit de personnes domiciliées depuis longtemps en dehors de leur patrie, plus familiarisées avec la législation du pays où elles vivent qu'avec celle du pays dont elles ne gardent qu'un souvenir lointain. M. Rolin voudrait donc qu'on attribuât à la loi du domicile commun une importance égale ou même supérieure à celle qu'on accorde à la loi nationale commune.

D'autre part, le projet fait prévaloir la loi nationale des parties, si cette loi leur est commune, sur celle du lieu où la convention a été conclue. Or que l'on suppose un négociant Espagnol établi en France. La plupart des opérations de son commerce le mettront en relation avec des Français, et seront soumises à la loi française. S'il vient à traiter avec un Espagnol, est-il vraisemblable que son intention soit de se référer à la loi de sa patrie d'origine ? N'est-il pas beaucoup plus probable qu'il a en

vue la loi française, celle qui régit les actes ordinaires de son commerce, et que son cocontractant accepte tacitement cette loi ?

En revanche, la présomption attachée à la « *lex loci contractus* » n'a pas un fondement bien solide, si le lieu du contrat est purement fortuit.

En résumé, quelque soin que l'on apporte dans le choix des présomptions générales que l'on voudra établir, ces présomptions se trouveront sans doute dans beaucoup de cas conformes à la réalité, mais souvent aussi elles seront en défaut : tout dépend des circonstances. M. Rolin se trouve ainsi amené à élever des critiques générales contre l'admission de présomptions légales en notre matière. Ces présomptions, suivant lui, arbitraires dans une certaine mesure, et parfois contraires à l'intention réelle des parties, seront dans la très-grande majorité des cas inconnues de ces dernières, car l'axiome en vertu duquel « nul n'est censé ignorer la loi », peu justifié en fait lorsqu'il s'agit de droit interne, serait tout à fait dénué de fondement, appliqué à une science aussi incertaine et hérissée de difficultés que le droit international privé. Les contractants seront donc exposés à se trouver soumis à leur insu à une loi qu'ils n'auront pas librement choisie, et leur volonté sera méconnue.

Cette crainte nous paraît chimérique, puisque la législation désignée par la présomption légale cesserait d'être applicable, toutes les fois que les circonstances de fait permettraient d'établir que les intéressés ont porté leurs préférences sur une autre loi. Les présomptions légales n'interviendraient ainsi qu'à titre tout à fait subsidiaire,

et à défaut de convention, soit expresse, soit tacite, par laquelle les contractants auraient adopté telle ou telle loi. Aucune atteinte ne serait donc portée à leur autonomie. Bien au contraire, pour que celui-ci puisse s'exercer normalement, il faut que les parties aient le moyen de savoir d'une façon sûre, lorsqu'elles contractent, à quelle loi les soumettra leur silence, afin d'être en mesure d'y déroger si elles le jugent convenable. Or en l'absence de présomptions légales, il ne leur sera guère possible de se renseigner sur ce point, puisque la question dépendra entièrement de l'appréciation du tribunal appelé éventuellement à connaître du litige. Elles ont au contraire beaucoup plus de chances d'être fixées, si la question est tranchée d'avance et d'une manière générale par l'autorité de la loi.

Les défiances que M. Rolin témoigne à l'égard des présomptions légales destinées à déterminer la loi d'autonomie, pourraient d'ailleurs s'appliquer à toutes les règles de droit supplétif. Prenons un exemple et supposons qu'un contrat conditionnel ait été conclu ; il s'agit de savoir si la condition une fois accomplie doit ou non produire effet rétroactif. Aucune question d'ordre public n'est engagée dans la question ; par conséquent, si les parties se sont formellement expliquées, leur décision est souveraine. Mais si elles ont gardé le silence, la loi parle pour elles et proclame l'effet rétroactif. Cette solution, édictée ainsi *a priori* et sans tenir compte de la pensée des contractants, qui peut varier suivant les circonstances, ne risque-t-elle pas de se trouver en opposition avec leur intention réelle ? Ne serait-il pas préférable, par suite, que la loi

s'abstint de statuer et abandonnât la décision au juge du fait ? Le législateur ne l'a pas pensé : il respecte suffisamment la volonté des parties du moment où il reconnaît que cette volonté devra être suivie, toutes les fois qu'elle pourra être connue ; mais dans les cas où les éléments de fait du débat ne fourniront aucune indication sérieuse sur leur intention, au lieu de subordonner la solution à une appréciation des tribunaux qui serait nécessairement arbitraire, il vaut mieux la faire dépendre d'une disposition législative que les intéressés ont pu connaître, et qu'ils peuvent être présumés avoir ratifiée par cela seul qu'ils ont gardé le silence. Il en est exactement de même lorsqu'il s'agit de savoir quelle législation les intéressés ont choisie ; il est bon, lorsqu'ils ne se sont pas expliqués et que les circonstances ne révèlent pas leur pensée commune, que le législateur supplée à leur silence au moyen de règles générales dans le genre de celles que nous avons signalées.

M. Rolin lui-même conclut en proposant la formule législative suivante : « La substance et les effets des conventions, en tant qu'ils dépendent de la volonté des parties, sont régis par la loi de leur domicile commun ou par celle de leur nationalité commune, et, dans le cas de nationalités et de domiciles divers, par la loi du lieu du contrat, à moins qu'elles n'aient manifesté d'une manière expresse ou tacite la volonté de se soumettre à quelque autre loi, ou qu'il ne résulte, soit de la nature du contrat, soit de leur situation relative, qu'elles s'y seraient soumises, si elles avaient songé à faire un choix » (1).

(1) Albéric Rolin, *op. cit.* t. 1, p. 524.

Mais lorsque les circonstances démontrent clairement que les parties auraient fait un choix déterminé, si elles y avaient songé, ne peut-on dire qu'il y a convention tacite ? La doctrine de M. Rolin ne diffère donc pas sensiblement de celle à laquelle nous croyons devoir nous rallier.

Nous terminerons par une remarque : dans certains cas, exceptionnels il est vrai, la loi d'autonomie ne peut être déterminée que par voie de présomptions légales ; c'est ce qui a lieu lorsque la loi exige, pour qu'il puisse être dérogé à ses dispositions, une manifestation de volonté revêtue de certaines formes, et que cette manifestation ne s'est pas produite. Ainsi lorsque deux époux sont mariés sans contrat, le régime matrimonial de droit commun ne leur est appliqué que sur le fondement de leur volonté présumée : mais c'est là une présomption légale irréfutable ; nous avons développé ce point dans la précédente section. Il en résulte que c'est uniquement par voie de présomption légale que doit être déterminée, en cas de conflit, la loi compétente en ce qui concerne le régime matrimonial de droit commun.

SECTION III.

Du conflit des législations qui déterminent la loi d'autonomie par voie de présomptions légales.

L'admission de présomptions légales en vue de déterminer la loi d'autonomie fait naître une dernière question.

Il peut arriver que les législations ou les jurisprudences des divers Etats adoptent à ce sujet des règles différentes, et que ces règles se trouvent en conflit.

Un exemple montrera comment ces difficultés peuvent se produire.

La jurisprudence française décide, nous l'avons vu, qu'en cas de doute, les contractants sont réputés s'être soumis volontairement à la loi du lieu du contrat ; elle donne même à cette règle un nom pour ainsi dire usurpé, celui de la maxime contumière « *Locus regit actum* », créée pour les formes extrinsèques des actes juridiques. Cette présomption n'est cependant pas absolue ; mais le seul fait que les contractants sont de même nationalité ne paraît pas suffire, d'après notre jurisprudence, pour exclure la « *lex loci contractus* » au profit de leur loi nationale, si ce fait n'est confirmé par des circonstances spéciales qui révèlent de leur part l'intention de se référer à la loi de leur commune patrie. Cette théorie paraît ressortir d'un arrêt précité de la cour de Besançon du 11 janvier 1883 (D. P. 83. 2. 211) confirmé par la Cour suprême. La loi italienne, au contraire, dispose formellement que la loi nationale commune des parties est préférée à la loi du lieu du contrat.

Cela posé, supposons que deux Français aient contracté en Italie, et qu'un litige relatif à cette convention soit soumis à un tribunal français. Les circonstances de fait ne donnent aucune indication sur l'intention des parties. Le tribunal saisi devra-t-il appliquer la présomption admise par la jurisprudence française, ce qui entraînerait la compétence de la loi italienne, ou celle qu'édicte le

Code Civil italien, ce qui aurait pour résultat de donner compétence à la loi française ?

C'est là une question de droit supplétif, puisqu'il s'agit de savoir ce que les intéressés doivent être réputés avoir voulu : l'ordre public français ni l'ordre public italien ne sont engagés. La question ne peut être résolue cependant par une recherche de leur intention effective, puisque par hypothèse cette intention ne peut être connue. L'admission de présomptions légales a pour but de substituer à l'examen d'une question de fait, insoluble à raison des circonstances, une décision législative ; ce but serait évidemment manqué, si entre deux ou plusieurs présomptions légales en conflit, le choix devait être basé sur l'examen de la même question de fait, c'est-à-dire sur une recherche de la volonté réelle des parties. On serait réduit à édicter une nouvelle présomption légale pour trancher le conflit des premières ; on tournerait dans un cercle vicieux.

On ne peut non plus résoudre la question en appliquant les présomptions admises par la loi nationale des parties ; ces présomptions rentrent dans le droit supplétif, et le droit supplétif ne fait pas partie du statut personnel. Cette solution pourrait d'ailleurs se heurter à un obstacle en quelque sorte matériel, au cas où les parties n'ont pas la même nationalité. L'école italienne moderne, dont nous avons exposé plus haut les idées fondamentales, et qui s'efforce de résoudre tous les conflits de législations par l'application de la loi nationale des personnes intéressées, reconnaît elle-même que son principe de la personnalité du Droit cesse de s'imposer d'une ma-

nière absolue sur les points où la loi est simplement supplétive, et non point impérative, et que sur ces points, la loi nationale des parties n'a d'autorité qu'autant que celles-ci l'ont expressément ou tacitement adoptée. Elle reconnaît aussi que lorsqu'un rapport de droit, réclamant une réglementation unique, se forme entre plusieurs personnes qui n'appartiennent pas à la même nationalité, le principe de la personnalité du Droit est impuissant à trancher la difficulté, et qu'il faut recourir à la méthode de Savigny, c'est-à-dire à une analyse rationnelle du rapport juridique envisagé. M. Surville, partisan résolu de la doctrine de la personnalité, prévoyant, dans un article qui contient un exposé du système, l'hypothèse que nous venons d'indiquer, et se demandant ce qu'il faut faire en pareil cas, répond en ces termes : « Ce qu'il faut faire, le voici : C'est analyser minutieusement et dans sa nature intime le rapport juridique dont il s'agit. Cette analyse faite, c'est la nature propre et essentielle de ce rapport qui dira la loi qu'il faut suivre. On appliquera donc ici, le principe de la personnalité ne suffisant plus, la loi réclamée par la nature du rapport de droit. De même, en effet, que chaque personne appartient à une loi par son origine, de même chaque rapport juridique appartient par sa nature à un principe positif de Droit à rechercher (1) ». C'est là un aveu, précieux à recueillir de la part d'un défenseur de la doctrine italienne, de l'impossibilité où l'on se trouve de résoudre toutes les questions

(1) Surville, *De la personnalité des lois comme principe fondamental du Droit international privé*, Clunet, 1889, p. 535.

de droit international privé par le criterium de la nationalité, même en dehors des points où l'« ordre public international » est intéressé (1).

Appliquera-t-on d'une manière exclusive la présomption édictée par la loi du lieu où l'acte est intervenu ? On n'en verrait pas la raison. On ne peut songer à faire intervenir la règle « *Locus regit actum* », car il ne s'agit évidemment pas d'une question de forme. Quant à soutenir que les parties ont toujours en vue la loi locale, et que par suite elles doivent s'être conformées à la présomption admise par cette loi, ce serait affirmer ce qui est précisément en question.

Nous ne voyons donc que la « *lex fori* » dont la compétence s'impose en ce qui concerne les présomptions légales relatives à la détermination de la loi d'autonomie. Cette solution n'est cependant pas pleinement satisfaisante, car elle ne permet pas aux parties de savoir d'une façon certaine à quelle loi sera soumis l'acte juridique, au cas où elles auront gardé le silence ; mais c'est, nous le croyons, la seule solution possible, et l'inconvénient pratique qu'elle présente ne peut guère trouver de correctif que dans l'admission, par les divers États, de présomptions légales identiques, résultat qui peut se produire, soit sous l'influence uniforme de la doctrine, soit

(1) Voir sur cette insuffisance du principe de la nationalité : Despagnet, *op. cit.*, p. 212 et 213. *D'une nouvelle dénomination de ce qu'on appelle droit international privé et de ses effets fondamentaux*. Glunet 1898, p. 5 et suiv. — Jitta. *La Méthode du Droit international privé*, *passim*. Albéric Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 109 et suiv.

au moyen d'accords positifs entre les Etats, réalisés sous la forme de traités internationaux.

Nous avons supposé jusqu'à présent que le conflit s'élevait entre deux lois déterminant la loi d'autonomie par des présomptions différentes. Le conflit peut aussi surgir entre deux lois disposant à ce sujet dans les mêmes termes. On sait que la manière dont naissent les obligations contractuelles soulève des controverses très-déliées, lorsqu'il s'agit de contrats formés par correspondance ou par mandataire (1). Deux lois peuvent contenir des décisions différentes sur le point de savoir à quel moment les contrats conclus dans ces conditions doivent être réputés prendre naissance ; il peut en résulter des divergences en ce qui concerne la détermination du lieu de formation du contrat. Par exemple, au cas de contrat conclu entre deux correspondants qui résident dans des pays différents, la convention doit-elle être considérée comme prenant naissance au lieu d'où est partie la lettre qui contient l'acceptation de l'offre, ou au lieu où cette lettre est parvenue à la connaissance du pollicitant ? Nous nous bornons à poser la question, et à indiquer qu'elle peut être diversement résolue par deux législations. Dès lors, si ces deux législations soumettent l'une et l'autre le contrat à la loi du lieu où il s'est formé, elles pourront, malgré la similitude apparente de leurs dispositions, se trouver en conflit, puisque le lieu de formation

(1) Voir sur ces questions Weiss, *Traité élémentaire de Droit international privé*, p. 633 et suiv. ; Despagnet, *Précis*, n° 299 et 300 ; Valéry, *Des contrats par correspondance*, p. 359-379 ; Surville, dans *Clunet*, 1891, p. 361.

du contrat différera, suivant qu'on s'en rapportera à la manière de voir de l'une ou de l'autre.

La détermination du lieu d'exécution peut aussi soulever des difficultés, et nous avons rappelé dans notre Chapitre premier que Savigny avait proposé, pour résoudre cette question, en dehors du cas où les intéressés se sont formellement expliqués, tout un système de règles générales fondées sur leur intention vraisemblable, mais contenant, comme toutes les présomptions légales, une part inévitable d'arbitraire. Le conflit peut donc naître entre deux lois qui soumettent le contrat à la loi du lieu d'exécution, si ce lieu est déterminé par ces deux lois de deux façons différentes.

La détermination du lieu d'exécution est certainement du ressort de l'autonomie ; la volonté des parties est souveraine sur ce point. C'est ce que décide avec raison M. Bartin (1) à propos d'une espèce fournie par la jurisprudence et où il s'agissait d'un contrat d'assurance passé entre un national français et une compagnie allemande. En supposant que la loi que les parties devaient être présumées avoir acceptée fût la loi du lieu d'exécution, la détermination de cette loi devait varier suivant qu'on s'en rapporterait à la manière de voir de la jurisprudence française ou à celle de la jurisprudence allemande, la première admettant que les primes sont « quérables », c'est-à-dire payables au domicile de l'assuré, la seconde les déclarant au contraire « portables », autrement dit payables au domicile de l'assureur. Suivant M. Bartin, la décision de

(1) *Clunet*, 1897, p. 472.

la « *lex fori* » ne s'impose pas à cet égard d'une manière absolue ; la loi d'autonomie aurait compétence pour trancher la question. Cette solution serait irréprochable, si la loi d'autonomie était connue ; mais précisément elle ne l'est pas. Bien entendu, si les parties ont elles-mêmes désigné un lieu d'exécution, leur décision doit être suivie, et ce lieu d'exécution fixera la loi d'autonomie en vertu de la présomption légale que nous supposons admise. Mais si elles ne l'ont pas fait, le pays qui devra être considéré comme lieu d'exécution ne pourra être fixé que conformément à la manière de voir de la « *lex fori* ».

La détermination du lieu de formation du contrat rentre-t-elle aussi dans le domaine de l'autonomie ? La question est plus délicate. M. Bartin la résout négativement (1). Il suppose qu'un contrat se forme par correspondance entre un Italien et un Prussien. Suivant la loi italienne, le contrat est réputé formé à la date et au lieu où l'auteur de l'offre a eu connaissance de l'acceptation. Suivant la loi prussienne, il est réputé formé dès le moment même et par conséquent au lieu où l'acceptation s'est produite. Dans notre espèce, si nous supposons que l'offre est partie d'Italie, que l'acceptation a eu lieu en Prusse et qu'elle a été notifiée au pollicitant en Italie, le contrat sera réputé formé en Italie ou en Prusse, selon qu'on suivra sur ce point les dispositions de la loi italienne ou celles de la loi prussienne. Le conflit qui se produit à ce sujet entre les deux législations peut-il être tranché par la décision des parties ? « Chaque législation, dit M. Bartin, détermine

(1) Clunet, 1897, p. 475 et suiv.

pour ses ressortissants les conditions dans lesquelles leur volonté de s'obliger les oblige réellement, par conséquent la date et le lieu où cette transformation de l'offre ou de l'acceptation en un contrat se produit. On peut, dès lors, se demander si l'un de ses ressortissants peut, en s'abouchant avec le ressortissant d'un autre État dont la législation statue différemment sur la date et le lieu de cette transformation, se dégager des prescriptions de sa propre loi et prendre la qualité d'obligé dans des conditions dans lesquelles sa propre législation n'attribue pas d'effet obligatoire à l'expression de sa volonté (1) ». M. Martin incline à penser que la volonté commune des parties ne peut avancer le moment où le contrat sera considéré comme formé, parce qu'elles ne peuvent s'obliger dans des conditions où leur loi ne le leur permet pas, et qu'entre les diverses lois en conflit sur ce point il faut toujours s'en rapporter à celle qui retarde le plus l'époque de la formation du contrat.

Nous croyons exact, en effet, que les conditions dans lesquelles une personne peut légalement s'obliger ne peuvent dépendre de sa volonté. Mais il ne faut pas oublier que dans l'hypothèse que nous examinons, la détermination du lieu où le contrat doit être considéré comme formé n'a d'intérêt qu'en vue de désigner la loi d'autonomie elle-même. Nous supposons que les parties n'ont pas expressément choisi cette loi, et qu'il doit être suppléé à leur intention restée douteuse au moyen d'une présomption légale. Nous supposons aussi admis que les parties

(1) Clunet, 1897, p. 475.

doivent être réputées avoir opté pour la loi du lieu où le contrat s'est formé. Or la présomption qui s'attache à ce lieu n'a de raison d'être qu'autant qu'il s'agit de celui que les contractants ont vraisemblablement considéré, à tort ou à raison, peu importe, comme le véritable lieu de formation du contrat, et vers lequel il est probable que leur pensée s'est reportée en vue d'en accepter la législation. Nous croyons donc que s'ils ont désigné le lieu où, d'après eux, le contrat a pris naissance, cette indication, dans notre hypothèse, fixera la loi d'autonomie. S'ils ne l'ont pas fait, ce qui sera le cas ordinaire, la manière de voir de la « *lex fori* » nous paraît s'imposer, pour les motifs que nous avons indiqués plus haut.

La loi d'autonomie doit donc être déterminée d'après les présomptions légales admises par la loi du juge saisi, et interprétées conformément à l'esprit de cette loi. Mais ne peut-on soutenir que ces présomptions doivent avoir pour effet d'entraîner l'application, non point de la loi d'autonomie ainsi désignée, mais de la présomption établie par cette loi ? Reprenons l'exemple cité plus haut, celui où un tribunal français est saisi d'une convention conclue en Italie entre deux Français. Ce tribunal devra s'inspirer de la présomption admise par la jurisprudence française en faveur de la loi du lieu du contrat, ce qui conduit dans l'espèce à l'application de la loi italienne ; mais ne peut-on prétendre que cette application doit porter, non sur les dispositions de la loi italienne qui se réfèrent directement à la convention, mais sur la règle en vertu de laquelle les contractants sont réputés s'être volontairement soumis à leur loi nationale commune, ce qui aboutirait

en dernière analyse à l'application de la loi française? Ce serait un des aspects de la théorie du « renvoi », qui a donné lieu, plus particulièrement dans la matière du statut personnel, à une controverse que nous nous bornons à rappeler (1). Nous n'hésitons pas à repousser cette manière de voir, et cela pour deux raisons. D'une part, le renvoi, dans notre hypothèse, serait fondé sur la volonté présumée des parties; on supposerait qu'elles ont voulu se soumettre, non à la législation même désignée par la présomption de la « *lex fori* », mais à la présomption édictée par cette législation; or il n'est guère admissible qu'une pareille complication réponde à l'intention que les parties auraient vraisemblablement exprimée, si elles avaient été appelées à se prononcer sur la question. D'autre part, si les présomptions légales édictées en vue de déterminer la loi d'autonomie devaient être considérées comme se référant, non point à cette loi même, mais à la présomption qu'elle aurait cru devoir admettre dans le même but, le renvoi devrait se produire indéfiniment, et l'on serait enfermé dans un véritable cercle.

(1) Voir sur cette question du renvoi: Labbé, *Du conflit entre la loi du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause*, *Clunet*, 1885, p. 5; — Laine, *la Conférence de La Haye relative au Droit international privé*, *Clunet*, 1891, p. 218; — *De l'application des lois étrangères en France et en Belgique*, *Clunet*, 1896, p. 241; — Despagnet, *Précis*, n° 106; — Weiss, *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, t. III, p. 77 et suiv., et les autorités citées en note.

CHAPITRE III

Du domaine de la loi d'autonomie.

Nous avons recherché dans le chapitre précédent comment doit être déterminée la loi d'autonomie. Cette loi une fois connue, il convient de préciser son domaine, c'est-à-dire les limites de sa compétence. Nous allons essayer d'indiquer les règles générales qui doivent présider à cette délimitation.

SECTION I

Première limitation.

La compétence de la loi d'autonomie peut tout d'abord être limitée par la volonté même des intéressés. Il est en effet loisible à ceux-ci de donner à leur soumission volontaire une portée plus ou moins étendue. Ils ne deviennent pas, par cet acte de libre soumission, les sujets d'un Etat étranger. Il ne dépend pas de la seule volonté de l'individu de relever de telle ou telle souveraineté : la nationalité, le lien le plus durable qui unisse un individu à un Etat, est subordonnée à des conditions variables, déterminées par la loi ; quant à la soumission aux lois que notre Code civil qualifie de « lois de police

et de sûreté », elle résulte d'une façon nécessaire de la résidence sur le territoire où ces lois sont en vigueur. Les lois, en tant qu'émanation de la souveraineté, ne peuvent donc pas leur force dans un simple acte d'adhésion volontaire de la part des personnes qu'elles doivent régir. L'autonomie consiste uniquement à incorporer en quelque sorte, expressément ou tacitement, dans un acte juridique dont les effets dépendent en principe de la volonté des intéressés, les dispositions législatives qui réglementent les actes de ce genre. Mais si cette incorporation peut être générale, elle peut aussi être partielle, et rien n'empêche les parties de faire un choix parmi les dispositions de la législation à laquelle elles entendent se référer.

En s'inspirant ainsi de leur intention probable, on est conduit à exclure de la sphère d'application de la loi d'autonomie les dispositions prohibitives que cette loi peut contenir. Ainsi deux étrangers passent un contrat de prêt à intérêt et en soumettent la réglementation à la loi française; il n'y a pas lieu de présumer qu'ils acceptent celle-ci dans la disposition qui limite le taux de l'intérêt. Il convient à cet égard de distinguer deux hypothèses possibles. La première est celle où les contractants sont naturellement soumis à une règle plus sévère que celle de la loi française en ce qui concerne la restriction apportée au taux de l'intérêt conventionnel; l'adoption de la loi française sur ce point aurait pour effet de les soustraire, au moins en partie, à une prohibition qui les frappe; ce résultat est inadmissible: c'est là une idée que nous développerons dans la section suivante. Mais on

peut supposer le cas inverse, celui où la loi normalement applicable au taux de l'intérêt est plus libérale que la loi d'autonomie; en adoptant volontairement la règle limitative du taux de l'intérêt, les contractants s'assujettiraient de leur plein gré à une prohibition qui par elle-même ne s'impose pas à eux. En ont-ils le droit? On peut se poser la question. En tous cas, en fait, il est peu vraisemblable que telle soit leur intention. Cette soumission volontaire à la règle prohibitive ne pourrait avoir d'autre but pratique que d'introduire dans la convention une cause de nullité. Or il est contraire aux règles d'une bonne interprétation de supposer que les intéressés ont voulu faire un acte nul; en cas de doute, on doit toujours donner à une opération juridique le sens le plus propre à en assurer la validité (1).

Cette remarque a été faite par Savigny. « L'application d'un droit local déterminé à une obligation, dit-il, est fondée, d'une manière générale, sur une présomption de soumission volontaire: or, il est impossible d'admettre une telle soumission lorsqu'elle conduirait à appliquer une loi qui annulerait précisément l'obligation dont il s'agit (2). » Savigny en conclut qu'une obligation ne peut être annulée par application d'une disposition « coactive » édictée par la législation qui régit la substance de cette obligation, c'est-à-dire par celle du lieu d'exécution, mais inconnue de la « *lex fori* ». On peut seulement reprocher à Savigny de n'avoir pas compris parmi les lois « coactives », et d'avoir par suite rattaché à la compé-

(1) Cpr. c. art. 1159 c. c.

(2) Savigny. *Système* t. VIII, § 374.

tence de la loi présomptivement acceptée par les parties, certaines dispositions qui sont cependant obligatoires, telles que celles qui concernent la prescription extinctive, et les règles de forme qui, suivant Savigny, relèvent normalement de la loi qui régit la substance de l'acte, sauf la dérogation résultant de la maxime « *Locus regit actum* ».

La compétence d'une loi adoptée par les parties peut se trouver limitée, toujours en vertu de leur intention présumée, au profit d'une autre loi également adoptée par elles, de sorte que les conséquences d'un même acte juridique, en tant qu'elles relèvent de l'autonomie, peuvent se trouver soumises à deux ou plusieurs législations distinctes. C'est ainsi qu'on décide généralement que les questions concernant le mode d'exécution des obligations doivent être résolues conformément à la loi du pays où cette exécution doit se produire, lors même que la substance de l'obligation est régie par la loi du lieu où elle a pris naissance (1). Dans ce cas la « *lex loci contractus* » et la « *lex loci executionis* » ont chacune leur domaine d'application restreint, par interprétation de la volonté des contractants.

Toutefois il faut se garder d'exagérer la portée de la limitation que nous venons d'indiquer. Ce serait, à notre avis, une erreur de prétendre que la loi d'autonomie a pour mesure exacte la volonté effective des parties, et qu'elle ne doit s'appliquer que sur les points que celles-ci ont réellement prévus. Dans toutes les questions où l'ordre

(1) En ce sens Despagnet, *Précis*, n° 309 ; Asser, *op. cit.* p. 73.

public n'est pas engagé, la solution ne peut être rationnellement basée que sur ce que les intéressés ont voulu, ou sur ce qu'ils auraient voulu, s'ils y avaient songé ; nous avons essayé de montrer dans le chapitre précédent que dans les cas où les éléments de fait ne permettent pas de résoudre le problème ainsi posé, on doit recourir à des présomptions légales.

Nous indiquerons deux applications de cette idée générale. La première concerne la distinction des « effets » et des « suites » des contrats. Cette théorie, dont l'origine paraît remonter à Bartole (1), a été reproduite dans le cours de notre siècle par Fœlix, et admise par un certain nombre d'auteurs, notamment par Fiore (2). « Les effets, dit Fœlix, dérivent de la nature même de l'acte ou de l'exercice du droit établi par cet acte ; ce sont les droits et obligations que les parties ont positivement entendu créer, les droits et obligations inhérents au contrat, c'est-à-dire qui y sont contenus expressément ou implicitement, ou qui en résultent médiatement ou immédiatement ; il n'y a pas lieu de distinguer si ces droits et obligations sont ou non actuellement ouverts ou exigibles, ou s'ils ne sont qu'éventuels et expectatifs. Sous la dénomination de *suites* du contrat, on comprend les obligations ou les droits que le législateur fait naître à l'occasion de l'exécution de l'acte ou du droit ; les suites n'ont pas une cause inhérente

(1) V. Lainé, *Introduction au Droit international privé*, t. I. p. 135 et 136.

(2) Fiore, *Le Droit international privé* (trad. Antoine), n° 145 et suiv.

au contrat même : elles résultent d'événements postérieurs au contrat et qui surviennent à l'occasion des circonstances dans lesquelles le contrat a placé les parties (1). »

La distinction repose donc, en définitive, dans la doctrine de Fœlix, sur le criterium suivant : les effets ont leur source dans la volonté des parties ; les suites, dans la volonté du législateur. De là on conclut que les premiers doivent être régis par la loi choisie par les contractants, tandis que les secondes échappent au domaine de l'autonomie et dépendent de la loi du lieu où se sont passés les faits qui leur ont donné naissance.

Cette théorie contient une part de vérité, mais la portée en a été singulièrement exagérée par ses partisans (2).

Il est vrai que la situation respective des parties peut se trouver modifiée par des faits postérieurs au contrat et qui en sont complètement indépendants. C'est ainsi que l'obligation peut se trouver éteinte par la compensation légale. Or celle-ci s'opère de plein droit, dès que les conditions exigées par la loi se trouvent réunies. La volonté des parties ne concourt pas à ce résultat, et elle ne peut l'empêcher de se produire. Tout ce qu'elles peuvent faire, c'est de renoncer au bénéfice de la compensation acquise. Mais Fœlix et Fiore rangent parmi les « suites » du contrat la mise en demeure, les dommages-intérêts qui peuvent être dus pour inexécution de l'obligation ou pour retard dans son accomplissement, enfin le mode d'exécution. Or ce sont là des questions assez impor-

(1) Fœlix, t. I, p. 109-110.

(2) Voir en ce sens Aubry, *Le Domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, Clunet, 1896, p. 731 et suiv.

tantes pour qu'il soit peu probable qu'elles échappent complètement à l'attention des contractants. Mais alors même qu'on admettrait que ceux-ci, dans la majorité des cas, ne les aient pas effectivement prévues, on aurait tort d'en conclure qu'elles sont en dehors du domaine de l'autonomie. La loi d'autonomie doit être appliquée, à notre avis, par cela seul qu'il s'agit de questions dont la réglementation est subordonnée à la volonté des parties, et où la loi, par conséquent, n'a d'autre autorité que celle qu'elle puise dans l'assentiment tacite que lui donnent les intéressés en acceptant ses dispositions alors qu'ils avaient le droit de les modifier. Si donc on soumet les questions que nous venons d'indiquer à la loi du lieu où se sont produits les faits qui leur ont donné naissance, ce ne peut être qu'en vertu de l'intention présumée des contractants.

La seconde application que nous avons à signaler est relative aux quasi-contrats. C'est là une des difficultés les plus embarrassantes que l'on rencontre en droit international privé. On peut partager en deux groupes les opinions émises (1). Les unes soumettent dans tous les cas le quasi-contrat à la loi du lieu où il s'est formé. Les autres l'assimilent au contrat, et lui appliquent les présomptions variées qui régissent les conventions.

La première thèse est assez difficile à justifier. Certains auteurs l'adoptent sans essayer de la rattacher à un principe. Ainsi M. Asser se borne à l'appuyer sur cet argument tout négatif, qu'« on ne concevrait guère l'applica-

(1) On trouvera un excellent exposé de cette question dans Albéric Rolin, *Principes de droit international privé*, t. I, p. 557 et suiv.

tion d'une autre loi que la « *lex loci* » (1). On a soutenu d'autre part que les dispositions relatives aux quasi-contracts sont des lois de police et de sûreté, et qu'à ce titre elles doivent être rigoureusement appliquées aux étrangers comme aux nationaux sur le territoire où elles sont en vigueur (2) ; mais c'est faire intervenir l'idée de la conservation de l'Etat dans une matière où il semble bien qu'il n'y ait que des intérêts privés en jeu. Cette théorie pourrait cependant se défendre en ce qui concerne l'indu paiement. On peut douter, malgré la qualification que lui donne notre Code civil, que ce soit un véritable quasi-contrat (3). Il est difficile de fonder l'obligation de restituer sur un accord de volontés, car on ne conçoit guère que l'« *accipiens* », s'il est de mauvaise foi, accepte le paiement avec l'intention de s'obliger à rendre la somme qu'il sait ne pas lui être due. S'il est de bonne foi, c'est-à-dire s'il s'est cru vraiment créancier, on pourrait soutenir sans doute qu'il a entendu s'obliger à la restitution, pour le cas où il serait reconnu que le paiement a été fait par erreur ; mais est-ce bien là qu'il faut voir la véritable cause de l'obligation dont il est tenu ? Alors même qu'il n'aurait pas eu l'intention de s'engager à la restitution, la loi ne devrait-elle pas la lui imposer ? Le caractère quasi-contractuel de l'indu paiement est donc théoriquement contestable ; mais il en est autrement de la gestion d'affaires. Ici un rapprochement avec le mandat s'impose. La simi-

(1) Asser, *op. cit.*, p. 87.

(2) Cette opinion a été soutenue par Brocher. *Cours de droit international privé*, p. 315 et suiv.

(3) En ce sens Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 562 et suiv. ; Despagnet, *op. cit.*, p. 623.

litude presque complète qui existe dans la réglementation juridique de ces deux situations a été manifestement voulue par le législateur, et démontre que la base de ces deux réglementations est de même nature. Il y a cependant entre ces deux opérations juridiques une différence qui semble un obstacle insurmontable à l'application de la théorie de l'autonomie à la gestion d'affaires. Le consentement réciproque, élément essentiel de la convention, fait défaut dans le quasi-contrat. Comment dès lors fonder la solution du conflit de lois sur la commune volonté des intéressés, alors qu'il n'y a pas eu d'accord de volontés ?

M. Rolin a tenté d'éviter la difficulté par un détour ingénieux. Suivant lui, la loi applicable dépendrait, non point de la volonté des deux parties intéressées, mais de celle du gérant seul. Il y aurait lieu par conséquent de rechercher à quelle législation il a entendu se référer. Ce serait ordinairement celle du lieu où a été accomplie la gestion. Il n'en serait autrement que si le gérant s'était trouvé dans ce lieu d'une façon tout à fait accidentelle : on présumerait alors qu'il a tacitement opté, suivant les circonstances, soit pour la loi de son domicile, soit pour sa loi nationale (1).

Cette théorie suppose que les obligations nées du quasi-contrat de gestion d'affaires prennent leur source dans la volonté unilatérale du gérant. Mais il est à notre avis difficile d'admettre qu'une personne ait ainsi le pouvoir d'en obliger une autre par sa seule volonté. Nous aimons mieux voir dans l'opération juridique réglementée par

(1) Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 554-555.

les art. 1372 et suivants du Code Civil un « quasi-concours de volontés », suivant l'expression de M. Laurent (1). Mais l'objection que nous signalions contre l'application de la théorie de l'autonomie demeure entière. Cette objection, qui a paru décisive à M. Asser, serait en effet irréfutable si l'on réduisait le domaine de la loi d'autonomie aux questions qui ont été effectivement prévues par les intéressés. C'est ici le lieu d'appliquer l'idée générale, que nous avons énoncée un peu plus haut : il n'est pas nécessaire, pour que la loi d'autonomie s'applique, que les parties aient réellement songé à la difficulté dont il s'agit ; il suffit que la question soit de celles où la loi n'a d'autre but que de suppléer à leur silence. Or, les dispositions qui réglementent les obligations issues du quasi-contrat de gestion d'affaires n'ont pas d'autre objet : elles font aux parties la situation respective que celles-ci se seraient vraisemblablement faite si elles avaient pu s'expliquer au préalable. La législation rationnellement compétente est donc celle que les intéressés doivent être présumés avoir choisie. Seulement c'est là un des cas où la loi d'autonomie ne peut guère être déterminée que par voie de présomptions légales. Les circonstances de fait ne peuvent donner aucune indication sérieuse sur la commune intention des parties, qui n'a eu aucune occasion de se manifester.

Cette doctrine paraît être celle de M. Laurent. Le savant auteur semble d'abord repousser radicalement l'application de la théorie de l'autonomie en la matière. Mais

(1) Laurent. *Droit Civil international*, t. VIII, p. 9.

il insiste ensuite sur les affinités étroites que la gestion d'affaires présente avec le mandat ; finalement il étend aux quasi-contrats les présomptions qu'il applique aux conventions, et se prononce pour la loi nationale des parties, et, à défaut de nationalité commune, pour la « *lex loci actus* » (1).

SECTION II

Deuxième limitation.

I

En dehors de la première limitation, toute de fait, que nous avons signalée dans la précédente section, il en est une seconde beaucoup plus importante et d'un autre caractère, qui est fondée sur l'autorité même de la loi.

Parmi les dispositions législatives applicables à un acte juridique, il en est qui n'ont d'autre rôle que de suppléer au silence des intéressés, de remédier aux lacunes et aux obscurités de leurs explications. Il en est d'autres, au contraire, qui s'imposent à leur observation, qui restreignent leur liberté en vue d'un intérêt général. Il existe en d'autres termes des lois interprétatives ou supplétives, et des lois impératives ou prohibitives. Nous avons indiqué cette distinction, et nous avons essayé de démontrer que le texte fondamental qui lui sert de base dans notre Code Civil est l'article 6

(1) Laurent, *Droit civil international*, t. VIII, p. 6 et suiv. Dans le même sens Despagnet, *Précis*, n° 321 ; Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 616.

Dans tout acte juridique, les parties sont donc liées par toutes les règles auxquelles la loi ne permet pas de déroger. L'art. 1134, qui proclame en Droit interne le principe de l'autonomie des contractants, formule en même temps la restriction qu'il comporte en disposant que les conventions ne tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, qu'autant qu'elles sont légalement formées ; et l'art. 1387, après avoir reconnu aux futurs époux le droit de régler comme ils le jugent à propos leurs conventions matrimoniales, ajoute que ces conventions ne peuvent être contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions prohibitives dont l'énumération suit cet article. Le même principe est applicable sans difficulté à tout acte juridique relevant de l'autonomie individuelle, en particulier au testament.

Si les parties ne peuvent déroger purement et simplement aux lois prohibitives, le peuvent-elles d'une façon indirecte en se soumettant volontairement à une législation où ces règles sont inconnues ? La question peut être envisagée sous deux aspects principaux. On peut supposer tout d'abord que la validité de la convention soit débattue devant un tribunal du pays même dont les dispositions prohibitives ont été écartées par l'adoption volontaire d'une législation étrangère. On peut aussi supposer que cette même question se pose devant un tribunal d'un pays différent.

Plaçons-nous dans la première hypothèse et supposons par exemple que deux Français, contractant en pays étranger, aient dérogé à une règle prohibitive de la loi française, d'ailleurs rationnellement compétente, par exemple à une règle qui se rattache à leur statut person-

nel, en se plaçant sous l'empire de la loi du lieu de formation du contrat, où cette règle n'est point édictée. Un litige s'élève à propos de ce contrat devant un tribunal français. Celui-ci devra-t-il valider la convention par application de la loi étrangère, ou l'annuler par application de la loi française? Il devra incontestablement prendre ce dernier parti. Le respect de la souveraineté de l'Etat étranger ne peut, dans l'espèce, commander l'application de la loi de cet Etat, puisqu'il s'agit par hypothèse d'une question de statut personnel, dont la solution relève rationnellement de la loi française, et le respect de la volonté des parties ne le peut pas davantage, puisque cette volonté doit être tenue pour illicite comme contraire à une règle d'ordre public à laquelle les contractants étaient tenus d'obéir.

Examinons maintenant la seconde hypothèse et modifions l'espèce précédente en supposant que le débat se produise, non plus devant un tribunal français, mais devant un tribunal du pays dont la législation a été adoptée par les parties, ou devant un tribunal d'un pays tiers. La solution doit être la même, et les juges saisis doivent donner effet à la disposition prohibitive de la loi française. La circonstance que la « *lex fori* » est désintéressée dans la question ne peut permettre aux particuliers de déplacer à leur gré les limites normales de la souveraineté de chaque Etat en matière de Droit privé. La solution contraire serait la négation du droit international privé, dont le principe fondamental veut que chaque loi soit appliquée, dans les limites où elle est rationnellement compétente, quel que soit le pays où la contestation es

jugée. L'autorité extraterritoriale à laquelle a droit, dans notre hypothèse, la règle prohibitive de la législation française, et dont l'effet est d'annuler la convention qui y déroge, ne devrait être tenue en échec que par une disposition de la « *lex fori* » investie d'une force obligatoire absolue, et qui serait, suivant la terminologie adoptée par la doctrine moderne, d'ordre public international ; mais elle ne peut être paralysée par les dispositions contraires d'une législation qui ne puise son autorité que dans un acte de libre choix des parties.

Ainsi, lorsque deux ou plusieurs personnes prennent part à un acte juridique, à une convention par exemple, elles se trouvent soumises à un certain nombre de règles impératives d'une ou plusieurs législations, à raison des circonstances objectives dans lesquelles intervient la convention, telles que la nationalité des contractants, le lieu de formation de l'acte, le lieu où la convention doit être exécutée, le lieu où se jugera le différend. La loi qu'elles choisissent ou qu'elles sont présumées choisir, ne peut trancher aucune question contrairement à ces règles.

M. Aubry, dans l'article que nous avons eu plusieurs fois l'occasion de citer, a vigoureusement mis en relief ce principe général qui délimite le domaine de la loi d'autonomie. « La loi d'autonomie, dit-il, ne peut s'appliquer sur les points qui sont réglés par des dispositions impératives ou prohibitives. Elle doit s'appliquer au contraire sur tous ceux qui sont réglés par des dispositions interprétatives ou supplétives » (1).

(1) Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, Clunet, 1893, p. 171.

II

L'application de cette formule générale soulève deux questions.

En premier lieu, comment doit-on, dans une législation donnée, discerner les dispositions impératives des dispositions supplétives ?

Quelquefois le texte même d'une loi indique qu'elle a un caractère purement supplétif. Ainsi l'art. 1122 du Code civil dispose qu'« on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature de la convention ». — L'art. 843, après avoir imposé à l'héritier l'obligation du rapport, réserve formellement le cas où il en a été dispensé, montrant par là que cette obligation n'est fondée que sur une interprétation de la volonté probable du donateur ou du testateur, et cesse lorsque celui-ci a expressément manifesté une intention contraire. — « Le terme, dit l'art. 1187, est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier ». — « Tout ce que la femme se constitue ou qui lui est donné en contrat de mariage, est dotal, s'il n'y a stipulation contraire », dit l'art. 1541. — « Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, dit l'art. 1626, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ».

Le législateur ne s'exprimerait pas autrement s'il entendait imposer au vendeur une obligation dont il ne pourrait en aucun cas être affranchi. Mais l'art. 1627 ajoute aussitôt que « les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet — elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie ».

Bien que les cas où le législateur réserve ainsi explicitement le droit pour les intéressés de stipuler le contraire de ce qui est légalement présumé, soient assez nombreux, on peut les considérer cependant comme une exception. Il suffit de parcourir les titres du Code relatifs aux divers contrats pour se convaincre que, le plus souvent, il en détermine les effets en des termes aussi impératifs en apparence que ceux qu'il emploie pour consacrer des obligations qui intéressent l'ordre public, comme celles qui naissent du mariage. C'eût été en effet allonger inutilement le Code que de faire suivre chaque règle supplétive d'une restriction rappelant que l'on peut y déroger. Le principe était d'ailleurs posé d'une manière générale par l'art. 6 et par l'art. 1134.

D'autre part, le législateur formule quelquefois expressément, à la suite d'une règle prohibitive, la sanction qu'il croit devoir y attacher. Nous en trouvons des exemples dans les art. 1628, 1660, 1674, 815. Mais le plus souvent, il se borne à sous-entendre cette sanction. C'est ainsi que les art. 791, 1139, al. 2 et 1609, qui proscrivent les pactes sur succession future, n'en prononcent pas en propres termes la nullité, et cependant on n'hésite pas à admettre que la nullité résulte virtuellement de l'objet de ces dispo-

sitions, qui leur donne un caractère nettement prohibitif.

La formule employée par le législateur ne peut donc servir de base à la distinction des lois prohibitives et des lois supplétives, et l'on ne doit chercher de criterium que dans la nature de la disposition envisagée, dans le but qu'elle poursuit. Bien que la question puisse soulever des difficultés, dans la grande majorité des cas l'esprit de la loi permettra de la résoudre avec certitude.

III

La seconde question qui se pose lorsque l'on veut déterminer les obstacles que peut rencontrer l'application de la loi d'autonomie, est celle de savoir quelles sont les législations dont les dispositions impératives ou prohibitives s'imposent, dans chaque cas particulier, à l'observation des parties.

Il n'y a pas de difficulté lorsqu'il s'agit d'une disposition prohibitive qu'on puisse considérer avec certitude comme une règle de capacité. Il est admis aujourd'hui, du moins dans l'opinion générale, que l'état et la capacité des personnes sont régis par leur loi nationale. Mais le domaine des règles de capacité peut donner lieu à des doutes sérieux, car il n'a point été tracé encore d'une manière très-sûre, et la doctrine lui a souvent donné en matière de conflits de lois une ampleur qu'il n'a point en droit interne.

C'est ainsi que nous lisons dans le *Traité élémentaire de Droit international privé* de M. Weiss (1) : « La

(1) Weiss, *op. cit.*, p. 624.

capacité générale ou spéciale requise chez les parties pour intervenir au contrat, en quelque lieu que ce soit, est certainement du domaine de leurs lois personnelles respectives (C. Civ., art. 3, § 3). Le mineur, la femme mariée, l'interdit, de nationalité française, ne peuvent s'obliger que dans les cas et sous les conditions prévus par la loi française. Et, indépendamment de ces incapacités de droit commun, le Français est lié, même hors de nos frontières, par toutes les prohibitions que sa législation nationale a cru devoir édicter, en vue de lui interdire telle ou telle opération déterminée ; il ne saurait consentir une vente (C. Civ., art. 1595) ou une donation irrévocable (C. Civ., art. 1096) au profit de son conjoint, faire une libéralité entre vifs à celui qui a géré sa tutelle, avant l'apurement des comptes de ce dernier (C. Civ., art. 907), stipuler relativement à une succession non encore ouverte (C. Civ., art. 1130), engager ses services à vie (C. Civ., art. 1780), etc. Réciproquement, l'étranger ne peut se soustraire, même en France, aux diverses incapacités dont sa loi personnelle affecte sa condition ; elles seront valablement invoquées par lui ou contre lui, à moins que le souci de l'« ordre public international » français n'oblige le juge à les laisser de côté ». M. Weiss comprend donc parmi les incapacités toutes les lois prohibitives, quelle qu'en soit la nature, car il ne paraît établir aucune distinction.

Mais ainsi entendue, la notion d'incapacité perd le sens propre et technique qu'elle possède en droit interne, notamment dans les articles 1123 et 1124 de notre Code civil, et qui semble bien se restreindre aux prohibitions

inspirées par la condition personnelle de ceux à qui elles s'adressent, par exemple par leur âge, leur état mental ou leur situation de famille; s'il en était autrement, en effet, l'article 1108 n'aurait pas fait de la capacité de contracter une des quatre conditions nécessaires pour la validité des conventions: toutes ces conditions auraient dû être rattachées à la capacité, même celles qui se réfèrent au consentement, à l'objet et à la cause. M. Weiss, dans le passage que nous avons cité, s'est montré fidèle aux principes théoriques qu'il avait adoptés au début, et d'après lesquels toutes les lois sont personnelles, sauf les restrictions résultant de l'ordre public international, de la règle « *Locus regit actum* » et de l'autonomie de la volonté. Il serait heureux sans doute qu'on pût ainsi déterminer l'étendue normale d'application de toutes les règles prohibitives, au point de vue international, au moyen d'un principe général et simple comme celui de la personnalité du Droit. Encore ce critérium si commode serait-il de nul secours, du moins pour beaucoup de dispositions, au cas où les personnes intéressées dans un même acte juridique n'appartiennent pas à la même nationalité. Ainsi quel est l'empire normal de la loi française qui interdit de renoncer d'avance au bénéfice de la prescription libératoire ou de celle qui limite le taux de l'intérêt? Il faut répondre, dans la théorie de M. Weiss, que ces lois sont édictées pour les Français et qu'elles s'imposent à eux en quelques pays qu'ils contractent, sauf à se demander ensuite si elles ne doivent pas de plus être appliquées aux étrangers sur notre territoire, au nom de l'ordre public international. Mais cette dernière question mise à

part, faut-il, pour que nos règles prohibitives s'imposent, que tous les contractants soient de nationalité française ? Ou bien suffit-il qu'un seul ait cette qualité ? Et dans ce cas, faut-il que ce soit le créancier ou le débiteur ? Le critérium de la personnalité ne peut guère fournir de réponse à ces questions, qui montrent combien, en étendant d'une manière aussi large la notion de la capacité, on lui enlève de sa clarté et de sa précision.

Ainsi, en dehors des hypothèses où il s'agit d'une question de capacité proprement dite, et de celles où il s'agit d'une question de statut réel, auquel cas la compétence de la « *lex rei sitae* » est tout indiquée, le problème soulève les difficultés les plus sérieuses. M. Asser (1) pose la règle générale suivante : « Le juge ne peut prononcer aucune condamnation pour une obligation dont la cause est illicite ou contraire à une prescription impérative ou prohibitive en vigueur dans le territoire, quand bien même, conformément à ce qui précède (c'est-à-dire par application du principe de l'autonomie) l'obligation en elle-même serait régie par une loi différente. » M. Asser applique cette règle au cas où une action pour une dette de jeu est intentée dans un pays où la loi dénie l'action fondée sur cette cause, alors que la dette est née dans un pays dont la loi sanctionne les obligations de cette nature. Il se demande ensuite si, en sens inverse, une obligation peut être annulée par application d'une loi prohibitive qui ne se trouve point dans la « *lex fori* », mais qui est édictée par une législation étrangère à laquelle serait soumise

(1) Asser, *Eléments de Droit international privé*, p. 77.

l'obligation. La question peut se poser par exemple dans l'hypothèse suivante : un prêt à intérêt, usuraire d'après notre loi du 3 septembre 1807, a été conclu en France ; une action en vue de réclamer les intérêts est introduite dans un pays où le taux de l'intérêt est libre, par exemple en Belgique. Le tribunal saisi devra-t-il accueillir la demande ? Après avoir réfuté une opinion de M. de Bar, M. Asser examine et repousse aussi celle de Savigny, d'après laquelle l'obligation ne pourrait être annulée, les questions de statut personnel et de statut réel mises à part, qu'en vertu des lois obligatoires en vigueur dans le pays où le litige est jugé, et non en vertu de celles qu'édicte la législation qui régit la substance de l'obligation. « Cette doctrine, nous semble-t-il, dit M. Asser, perd de vue la nature et la destination des lois que Savigny lui-même nomme coactives, qui dénie l'efficacité légale à certains actes, dans l'intérêt soit de l'Etat, soit de l'ordre public ou des bonnes mœurs, soit même des parties. Ces lois agissent en deux sens différents : elles limitent le pouvoir du juge, et en même temps elles limitent la liberté des individus dans le pays où elles sont en vigueur. L'obligation contractée dans le territoire de ce pays contrairement aux lois doit être tenue pour nulle. La circonstance fortuite qu'une contestation s'est élevée subseqüemment devant le juge d'un pays qui a des lois différentes, ne saurait lui conférer la force juridique qui dès le principe lui a fait défaut (1). »

Ainsi les obligations tomberaient sous le coup, d'une

1) Asser, *op. cit.* p. 79.

part des règles prohibitives de la loi du pays où elles se forment, d'autre part de celles de la « *lex fori* ». Toutefois l'application de ces dernières comporte, suivant M. Asser, une restriction qu'il formule en termes assez ambigus. « Il en serait autrement si l'effet de la loi prohibitive était expressément, ou en vertu de la nature de ses dispositions, limité à l'intérieur seul; tel est le cas, par exemple, des lois fixant un taux maximum d'intérêts licite. Le législateur n'a en en vue que la situation économique de son propre pays, et la loi a un caractère purement territorial. » La pensée de M. Asser est sans doute que le législateur n'entend imposer la limitation du taux de l'intérêt qu'aux prêts conclus sur le territoire où il légifère, et que par suite, en cette matière, la loi du lieu du contrat doit seule être prise en considération. En d'autres termes, la « *lex fori* » ne s'impose plus d'une manière absolue, parce que la disposition qui prohibe l'usure n'est pas inspirée par une conception morale inflexible, mais par des considérations d'intérêt local contingentes; autrement dit, parce qu'elle n'est pas d'« ordre public international » : expression dont nous préciserons un peu plus bas le sens. D'où les conséquences suivantes : 1° Un prêt valable d'après la loi du pays où il a été conclu doit être valide, alors même qu'il serait usuraire d'après la loi nationale des contractants et d'après la loi du pays où sa validité est mise en cause; 2° Un prêt usuraire d'après la loi du lieu où il a été conclu doit être annulé, alors même qu'il serait licite au regard de la loi nationale des parties et de la « *lex fori*. »

En résumé, la doctrine de M. Asser paraît être la sui-

vante. En matière d'ordre public international, la loi du juge saisi doit être appliquée d'une manière exclusive. Sur les points où l'ordre public international n'est pas en jeu, les actes juridiques échappent aux règles prohibitives de la « *lex fori* », mais ils sont dans tous les cas atteints par celles que contient la loi du pays où ils se forment; abstraction faite, bien entendu, des questions de statut réel et de statut personnel.

M. Pillet (1) s'est efforcé de jeter les bases d'un système général de droit international privé, qui permettrait de déterminer pour chacune des lois des divers États, en ce qui concerne les personnes et le territoire qu'elle régirait, des limites qui devraient être universellement reconnues: chaque rapport de droit pourrait être ainsi soumis à une réglementation uniforme, quel que fût le pays où s'élèverait le litige relatif à ce rapport.

M. Pillet part de ce principe, que les lois sont par nature à la fois territoriales et extraterritoriales. Edictées en vue d'une situation juridique déterminée, elles la réglementent sans tenir compte ni de la nationalité des personnes, ni du territoire où peut se localiser la relation prévue. Leur empire est absolu par essence; mais les nécessités de la vie juridique internationale les obligent à se départir de cette autorité exclusive. Chaque législation doit donc être réputée abandonner une partie de sa souveraineté afin de se mettre en harmonie avec les législations des États étrangers, et d'assurer dans l'administration de la justice, au point de vue international, l'uniformité que la raison réclame.

1. Essai d'un système général de solution des conflits de lois.

Ce sacrifice que chaque souveraineté doit consentir, dans un but supérieur de justice, portera, tantôt sur la territorialité, tantôt sur l'extraterritorialité des lois. On devra, pour chacune de celles-ci, rechercher quel est le sacrifice le plus conforme, ou pour mieux dire le moins contraire à son « but social ». M. Pillet croit pouvoir classer les lois en deux groupes, à raison de leur but social : celles qui protègent l'individu, celles qui protègent la société, et poser en principe que les lois de protection individuelle doivent être considérées comme extraterritoriales, les lois de garantie sociale, comme territoriales.

Ce classement ne résout point à lui seul les problèmes pratiques que soulèvent les conflits de législations. De ce qu'une loi est déclarée extraterritoriale, il résulte qu'elle s'applique, non à un territoire donné, mais à un groupe de personnes; mais ce groupe peut comprendre, soit les personnes domiciliées sur le territoire de l'Etat considéré, soit les nationaux de cet Etat. L'attribution à la loi du caractère extraterritorial ne résout pas la controverse, et pour la trancher en faveur de la nationalité, M. Pillet invoque des considérations étrangères à sa division générale et puisées dans la mission de protection que chaque Etat doit remplir, suivant lui, à l'égard de ses nationaux. L'attribution à la loi du caractère territorial suffit moins encore à déterminer pratiquement, au point de vue international, sa sphère de compétence. Par exemple la loi française qui fixe un taux maximum d'intérêts licite peut être considérée comme territoriale en plusieurs sens différents : on peut la regarder comme applicable, soit à tous les prêts à propos desquels un débat s'élève devant un

tribunal français, soit à tous les prêts consentis sur le territoire français, soit à tous les prêts remboursables sur ce même territoire. La loi peut être qualifiée de territoriale, quelle que soit celle de ces diverses manières de voir que l'on adoptera, mais chacune d'elles est susceptible d'entraîner des conséquences pratiques différentes, car la loi du lieu de conclusion d'un contrat n'est pas nécessairement celle du lieu où il doit être exécuté, et n'est pas non plus nécessairement celle du lieu où la question de la validité de la convention se pose devant la justice. De même l'opinion qui considère la règle « *Locus regit actum* » comme impérative voit dans les règles de forme des lois territoriales, en ce sens qu'elles régissent tous les actes, et seulement les actes passés sur le territoire où elles sont en vigueur. Mais on pourrait aussi les regarder comme territoriales, en ce sens que la « *lex fori* » s'imposerait, de sorte qu'on devrait tenir pour nul en France l'acte passé en pays étranger conformément à la loi locale, mais contrairement aux prescriptions de forme de la loi française. Ainsi le classement des lois de forme parmi les dispositions territoriales peut aboutir, soit à la reconnaissance de la règle « *Locus regit actum* », soit à la négation de cette règle.

Ces difficultés n'ont point échappé à M. Pillet, mais il pense qu'on peut les résoudre en recherchant, à propos de chaque loi de garantie sociale, quel est l'Etat dont elle a principalement pour but de sauvegarder les intérêts généraux. C'est en procédant ainsi qu'il applique à la question du taux maximum d'intérêts licite la loi de l'Etat sur le territoire duquel la stipulation d'intérêts doit recevoir

exécution ; en d'autres termes, la loi qui prohibe l'usure doit être considérée comme faite par le législateur en vue des conventions réalisables sur son territoire ; car c'est l'exécution de la convention usuraire qui est de nature à léser l'ordre public.

Les principes théoriques qui servent de base à ce système soulèvent des difficultés sérieuses, que nous ne pouvons discuter ici d'une manière approfondie. Les lois, suivant M. Pillet, sont à la fois territoriales et extraterritoriales ; mais dans les questions de conflits de législations, par suite des sacrifices que la raison et la justice imposent à chaque souveraineté, toutes les lois doivent être considérées, soit comme exclusivement territoriales, soit comme exclusivement extraterritoriales. Or, cette classification est éminemment ambiguë. L'exemple déjà cité de la loi prohibitive de l'usure suffira à le démontrer. Supposons que l'on considère notre loi du 3 septembre 1807 comme ayant pour effet de frapper de nullité les prêts conclus sur le territoire français à un taux d'intérêts dépassant 5 0/0 en matière civile. Un prêt contracté dans ces conditions donne lieu à une action devant un tribunal belge (1). Ce tribunal devra annuler, ou du moins réduire au taux de 5 0/0 la convention d'intérêts, bien qu'en Belgique le taux de l'intérêt soit libre. Nous ne discutons pas cette solution, nous la considérons simplement comme possible, et nous en tirons cette conséquence, que le sens des mots « lois territoriales » est mal défini ; car dans notre hypothèse, la loi française pourrait être considérée à bon droit comme territoriale, puis-

(1) Cette hypothèse est prévue par M. Despagne, *op. cit.*, p. 610.

qu'elle atteindrait tous les contrats de prêt à intérêt formés sur le territoire français, et en même temps comme extraterritoriale, puisque ses effets seraient susceptibles de se produire en pays étranger.

D'autre part, nous avons reconnu dans notre chapitre premier que certaines lois procurent un bénéfice à certaines personnes, tandis que d'autres sont faites en vue d'un intérêt collectif. Mais nous ne saurions admettre qu'on puisse voir dans les lois de protection individuelle et dans les lois de garantie sociale deux catégories de lois radicalement différentes. L'intérêt de l'individu et celui de l'Etat sont trop solidaires pour qu'on puisse établir une antithèse aussi absolue. L'Etat ne peut se désintéresser de la protection qu'il organise en faveur de certaines personnes. Peut-on soutenir qu'il est indifférent à la société que le dol et la violence président à la conclusion des contrats? Et cependant les lois qui annulent les conventions entachées de violence ou de dol sont incontestablement, d'après le criterium de M. Pillet, des lois de protection individuelle.

Enfin nous considérons le principe d'après lequel toutes les lois de protection individuelle sont extraterritoriales, et toutes les lois de garantie sociale, territoriales, comme une double affirmation, très-insuffisamment justifiée. Il n'est pas évident *a priori* que l'Etat doive protéger tous ses nationaux, mais seulement ses nationaux. Il n'y a rien d'absurde à admettre qu'il doive une certaine protection à toute personne qui réside, même temporairement, sur son territoire. On peut même affirmer que la disposition qui rend obligatoires d'une manière absolue sur le terri-

toire français les lois de police et de sûreté, n'est pas faite seulement contre les étrangers, mais aussi en leur faveur. L'Etat leur doit incontestablement la sécurité matérielle; il doit les protéger contre les attentats dont ils pourraient être victimes dans leurs personnes et dans leurs biens. Ne leur doit-il aucune protection dans le domaine des relations juridiques d'ordre privé? Il est peut-être arbitraire de l'affirmer d'une manière absolue.

Peut-on soutenir d'autre part qu'en aucun cas, les intérêts généraux de l'Etat français ne peuvent être lésés par un acte accompli par un national en pays étranger? Nous ne le pensons pas. Par exemple les règles relatives à la réserve et à la quotité disponible se rattachent, d'après l'opinion généralement admise, et adoptée par M. Pillet lui-même, au statut personnel du « *De cuius* » : elles s'appliqueront donc aux Français en pays étranger. M. Pillet les considère comme des lois de protection individuelle; mais il est difficile de soutenir qu'elles sont faites dans l'intérêt du donateur ou du testateur; il est manifeste qu'elles sont édictées plutôt dans l'intérêt de l'héritier : différence importante qui les sépare de la plupart des dispositions qui organisent des incapacités, et qui ont pour but de protéger la personne même à qui la prohibition est imposée. On pourrait soutenir avec plus de raison, à notre avis, qu'elles ont pour objet de sauvegarder l'organisation de la famille telle que le législateur français la conçoit et entend l'imposer. Elles sont donc faites en vue d'un intérêt général : on les reconnaît cependant extraterritoriales.

Mais si la division générale des lois adoptée par

M. Pillet soulève des difficultés, elle n'a peut-être pas dans son système une importance aussi essentielle qu'il paraît au premier abord, puisque la seule attribution à une loi du caractère territorial ou extraterritorial ne suffit pas pour déterminer les limites de son autorité au point de vue international, et qu'elle ne dispense pas de pénétrer plus avant dans l'examen de chaque disposition législative, de sa nature, de son esprit. L'idée fondamentale qui, à notre avis, doit être retenue dans le système de M. Pillet, est celle qui consiste à assigner à chaque loi, dans les conflits de législations, des conditions d'application appropriées à son but social, sans préférence pour la loi du juge saisi, sous la réserve de l'ordre public absolu.

C'est ainsi que l'on doit procéder pour toutes les dispositions impératives ou prohibitives. Pour chacune d'elles on pénétrera les motifs qui la rendent obligatoire ; ces motifs sont de diverse nature, mais dans tous les cas placés au-dessus de la volonté des particuliers ; la compétence d'aucune de ces lois ne pourra donc dépendre de l'autonomie.

IV

Les règles générales que nous venons de tracer peuvent se résumer en quelques mots. D'une part, le domaine des règles prohibitives doit être déterminé par des raisons indépendantes de la volonté des personnes qu'elles régissent ; d'autre part, ces personnes ne peuvent se soustraire à ces règles en se soumettant

volontairement à une législation qui les ignore. Bien que ces principes ne puissent guère être théoriquement contestés, ils n'ont pas toujours été observés d'une façon très-correcte, et l'on peut signaler, soit en doctrine, soit en jurisprudence, un certain nombre d'applications abusives qui ont été faites de la notion d'autonomie, rattachant à la législation acceptée par les parties la solution de questions qui rationnellement ne sauraient dépendre de leur volonté, mais de l'autorité seule de la loi.

Les règles relatives aux vices du consentement sont incontestablement prohibitives. On peut toutefois faire exception pour celles qui concernent l'erreur (1) ; la nullité édictée pour cette cause peut être considérée comme fondée sur une clause tacite de la convention : si les parties avaient prévu qu'une erreur substantielle viendrait à être dévoilée, elles n'auraient évidemment pas contracté ; la loi ne fait donc qu'interpréter leur volonté probable, en annulant la convention. Mais il en est autrement dans les cas prévus par les articles 1111 et 1116 du Code Civil. L'auteur de la violence ou du dol ne manquerait pas d'opter pour le maintien du contrat, si cela était en son pouvoir ; la manière dont il a extorqué ou surpris le consentement de la victime en est une preuve indéniable. L'annulation ne peut donc être basée sur la commune intention des parties. Peut-être faudrait-il faire une réserve pour le cas où la violence émane d'un tiers ; encore est-il vrai de dire qu'il importe à l'intérêt général que les particuliers soient protégés contre des actes aussi évidemment

(1) En ce sens Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 481 et suiv.

immoraux que le dol et la violence ; à ce point de vue, les dispositions dont nous nous occupons ne peuvent être considérées comme simplement supplétives.

Nous n'insistons pas davantage sur ces questions, qui ne présentent guère d'intérêt pratique au point de vue international. Au contraire, des conflits de lois peuvent s'élever au sujet de la rescision pour cause de lésion. L'art. 1674 de notre Code Civil déclare la vente d'un immeuble rescindable s'il existe au préjudice du vendeur une lésion de plus des $7/12$. Toutes les législations ne contiennent pas des dispositions semblables : ainsi cette cause de rescision n'est pas admise en Angleterre, en Hollande, en Danemark. Les conflits peuvent se présenter sous des aspects divers, à raison de la nationalité des contractants, du lieu de la vente, du lieu où est situé l'immeuble, du lieu où est intentée l'action dont il s'agit d'apprécier la recevabilité. La théorie de l'autonomie peut-elle donner la solution de ces difficultés ? La disposition de notre art. 1674 est impérative : on n'en saurait douter, puisque l'action en rescision est accordée au vendeur alors même qu'il y aurait renoncé au moment du contrat et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. La loi présume qu'il a contracté sous l'empire d'une contrainte qui a vicié son consentement ; elle croit devoir le protéger, et pour rendre cette protection efficace, elle lui interdit de s'en affranchir. La règle s'impose donc, dans certaines conditions déterminées ; quelles sont ces conditions, nous n'entrons pas dans l'examen du problème ; on peut considérer par exemple la prohibition comme s'adressant aux Français seuls, en quelque pays

qu'ils contractent, ou au contraire comme visant toutes les ventes conclues sur le territoire français, quelle que soit la nationalité des parties. Nous nous bornons à poser la question. En tous cas, l'application de la règle ne peut être subordonnée purement et simplement à l'assentiment des intéressés. Cela posé, de deux choses l'une : ou les conditions dans lesquelles la règle s'impose se trouvent réunies, ou elles ne le sont pas. Supposons par exemple qu'on la rattache au statut personnel du vendeur. Si celui-ci est Français, il ne peut s'affranchir de la mesure protectrice de l'art. 1674 en se plaçant sous l'empire d'une loi comme la loi anglaise ou la loi danoise. Supposons en sens inverse qu'il soit Anglais. Peut-il, en se plaçant sous la protection de la loi française, s'assurer le bénéfice de l'action en rescision ? Il le pourrait sans doute, avec le consentement de son cocontractant ; mais en fait il est contraire à toutes les règles d'interprétation de présumer que les parties ont entendu se soumettre à la disposition de la loi française qui admet la rescision : ce serait supposer qu'elles n'ont pas voulu faire quelque chose de sérieux. Nous en concluons que la notion d'autonomie ne doit dans aucun cas être prise en considération pour trancher le conflit de lois. Un certain nombre d'auteurs décident cependant que la rescision pour cause de lésion dépend de ce qu'on appelle la « loi du contrat », c'est-à-dire de la législation que les contractants sont présumés avoir choisie. M. Aubry a critiqué avec raison cette application illogique de la théorie de l'autonomie (1).

(1) Aubry, article précité, *Clunet*, 1896, p. 472 et suiv. et les références.

La question de la prescription extinctive en Droit international privé est très-diversement résolue (1). Sans examiner toutes les théories proposées, nous signalerons simplement un système qui soumet la prescription extinctive à la loi du contrat, c'est-à-dire à la loi d'autonomie. Ce système comporte la même critique. La prescription extinctive n'appartient pas, du moins entièrement, au droit supplétif ; les contractants ne peuvent en effet y renoncer d'avance (art. 2.220). Ce qui paraît avoir déterminé certains auteurs à subordonner la prescription extinctive à la volonté des intéressés, c'est que le débiteur peut renoncer à se prévaloir de la prescription acquise et que ce moyen ne peut jamais être suppléé d'office. Mais il y a là une confusion. Pour savoir si la prescription peut dépendre de la loi acceptée par les parties pour la réglementation des effets du contrat, il faut se demander si elles avaient, au moment même de la conclusion de ce contrat, le droit de modifier à leur gré le délai de la prescription ou même de renoncer à celle-ci. Or elles n'avaient pas ce droit : l'article 2.220 le leur dénie formellement. La volonté du débiteur peut bien paralyser l'effet libératoire de la prescription une fois celle-ci accomplie, mais elle est sans influence sur la manière dont la prescription peut s'accomplir. En tant qu'elle interdit au débiteur de renoncer d'avance au bénéfice de la prescription ou d'en allonger le délai, la loi est prohibitive, et son empire doit être déterminé au point de vue international par des

1. V. Despagnet, Précis, n° 317, et les autorités citées en note. Cpr. Aubry, article précité, Clunet, 1896, p. 471 et suiv. et les références.

raisons étrangères à l'autonomie. Mais elle ne défend pas aux parties d'abrèger d'avance le délai de la prescription, ce qui équivaut à stipuler que le créancier devra agir dans un laps de temps moindre que celui qui lui est accordé par la loi, sous peine de déchéance ; cette clause n'est pas illicite. Il faut décider par suite que la loi d'autonomie peut assigner à la prescription un délai plus court que ne fait la loi normalement compétente, mais non un délai plus long (1). On appliquera en définitive entre ces deux lois, la plus défavorable au créancier.

V

La question de l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé est une des plus délicates et de celles qui ont donné lieu aux plus grandes divergences d'appréciation. On a vu dans les dispositions des articles 1394 et 1395 de notre Code civil et dans les dispositions semblables que contiennent plusieurs législations étrangères, tantôt des règles d'ordre public international, édictées dans l'intérêt des tiers et applicables à toutes personnes, sans distinction de nationalité, tantôt des règles de statut personnel, tantôt des règles de forme, tantôt des règles dont l'application dépendrait du régime librement choisi par les époux (2).

(1) Aubry, article précité, *Clunet*, 1893, p. 174 et suiv. Dans le même sens Despagnet, *op. cit.*, n° 317.

(2) Voir sur cette question : Juy, *De l'immutabilité des conven-*

C'est cette dernière manière de voir qu'a adoptée M. Jay, dans une étude consacrée à cette question de l'immutabilité au point de vue des conflits de législations (1). M. Jay s'est livré à une étude minutieuse de la jurisprudence, et malgré le caractère indécis que présentent la plupart des décisions judiciaires rendues sur le sujet, il a cru pouvoir en dégager une thèse qui ne serait que l'application pure et simple de la théorie de l'autonomie. La question de l'immutabilité s'incorporerait en quelque sorte au régime matrimonial, elle ferait partie intégrante du système de réglementation applicable aux intérêts pécuniaires des conjoints, et par suite dépendrait, comme l'ensemble de ce système, de la loi pour laquelle les parties auraient volontairement opté.

Il est vrai que plusieurs arrêts invoquent la règle : « *Locus regit actum* ». Mais on aurait tort d'en conclure, suivant M. Jay, que la jurisprudence assimile la question de l'immutabilité à une question de forme. Il faut reconnaître en effet que rien n'est moins précis que le sens que notre jurisprudence donne à cette règle traditionnelle ; à vrai dire, elle

tions matrimoniales en droit international privé, Clunet, 1885, p. 527 ; De Boeck, note dans D. P. 87, 2, 121 ; Pallamary, Des conflits de législations relatifs aux conventions matrimoniales en droit français, thèse ; Ricaud, Des régimes matrimoniaux au point de vue du droit international privé, thèse ; Le Normand, De l'immutabilité des conventions matrimoniales, étude de droit international privé, thèse ; Aubry, Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé, Clunet, 1896, p. 721 et suiv. ; Despagnet, Précis, n° 330 ; Weiss, Traité théorique et pratique de droit international privé, t. III, p. 533 et suiv., et les autorités citées en note.

(1) Jay, *loc. cit.*

la fait intervenir toutes les fois qu'elle veut appliquer la loi du lieu de l'acte et qu'elle est embarrassée pour motiver sa décision. Nous avons vu qu'elle se réclamait de l'adage « *Locus regit actum* » pour déterminer la loi présumptivement adoptée par les parties en ce qui concerne la substance du contrat. M. Jay croit pouvoir induire des considérants des arrêts qu'il analyse et du rapprochement de plusieurs de ces décisions, que si la jurisprudence applique la loi du lieu de célébration du mariage à la question de l'immutabilité, ce n'est que lorsqu'elle considère cette loi comme tacitement adoptée par les époux en ce qui concerne le règlement de leurs intérêts pécuniaires.

Il est cependant difficile d'extraire de la jurisprudence un système d'ensemble sur la question de l'immutabilité, d'abord parce que les motifs sur lesquels elle s'appuie ne sont pas toujours très-nets ni très-faciles à concilier, ensuite parce qu'elle n'a pas eu à examiner la question sous toutes ses faces ; elle a statué sur des hypothèses où il s'agissait de savoir si des étrangers étaient soumis en France à la règle de l'immutabilité, mais elle n'a pas eu à se prononcer sur le point de savoir si des Français sont soumis à cette règle dans un pays dont la législation ne l'admet pas.

Dans une note qu'il a consacrée à un arrêt de la Cour de Douai du 13 janvier 1887 (1), M. de Boëck s'est efforcé de justifier, par une argumentation ingénieuse et forte, la décision de cet arrêt, qui pose en principe que deux Anglais

(1) Dans D. P. 87, 2, 121.

mariés en France échappent à la règle de l'immutabilité, lorsque les circonstances démontrent qu'ils ont voulu rester soumis à la loi de leur pays. Mais M. de Boëck n'a pas non plus envisagé le problème sous tous les aspects qu'il peut présenter, et il ne paraît pas être resté absolument fidèle à la théorie de l'autonomie, qu'il avait cependant adoptée en principe.

M. de Boëck se rallie en effet tout d'abord à la doctrine de M. Jay. « Pour savoir, dit-il, si, dans une hypothèse donnée, il y a lieu d'appliquer les art. 1394 et 1395, on se demandera, au préalable, si c'est la loi française qui doit régler le régime matrimonial exprès ou tacite, si c'est à l'organisation générale du régime matrimonial français qu'il faut se référer. La question préliminaire, ainsi posée, comporte-t-elle une réponse affirmative, on exigera le respect des dispositions établies par les art. 1394 et 1395. Dans le cas contraire..., nous écarterons les exigences de nos deux dispositions pour nous en référer à la loi étrangère.

« Il faut savoir maintenant quelle loi va gouverner ce régime matrimonial : sera-ce la loi française ou la loi étrangère ? Les auteurs sont très divisés sur ce point, mais la jurisprudence française est pour ainsi dire unanime à décider que la loi applicable est déterminée par la volonté commune des parties » (note précitée, p. 123).

L'application de ces principes à l'espèce sur laquelle avait statué l'arrêt annoté confirme la décision de la Cour ; les considérants relatent tout un ensemble de circonstances d'où il ressort que les époux avaient entendu adopter pour le règlement de leur régime matrimonial, leur loi

nationale, c'est-à-dire la loi anglaise. La Cour de Douai en conclut, à bon droit, si l'on admet le principe de M. De Boëck, qu'ils ont pu apporter à ce régime des changements postérieurs à la célébration du mariage, la loi anglaise n'édicte point l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Mais à la fin de sa dissertation, M. De Boëck prévoit l'hypothèse où un contrat de mariage a été passé en France, non plus par deux étrangers appartenant à la même nationalité, comme dans le cas sur lequel avait statué la Cour de Douai, mais par un étranger et une Française, ou par un Français et une étrangère, ou par deux étrangers qui n'appartenaient pas à la même nationalité. « La solution proposée devrait-elle encore être admise ? se demande M. De Boëck. Il ne faut pas hésiter à se prononcer pour la négative. Si d'abord il s'agit d'un étranger et d'une Française ou d'un Français et d'une étrangère qui arrêtent en France leurs stipulations matrimoniales, le Français ne peut se dérober à l'application de la loi de son pays ; or, les prescriptions de fond ou de forme relatives au contrat de mariage étant indivisibles, l'époux étranger est obligé de s'y soumettre également. » M. De Boëck ajoute que cette solution s'applique non seulement dans le cas où un Français épouse une étrangère, mais aussi dans celui où un étranger épouse une Française, et que la règle en vertu de laquelle la femme acquiert la nationalité du mari n'y fait pas obstacle ; en effet le changement de nationalité ne s'opère qu'au moment de la célébration du mariage ; jusque là la femme reste soumise aux prescriptions de sa loi nationale d'origine et notamment, si elle est Française, aux exigences

des art. 1394 et 1395 de notre Code Civil. « L'observation de la loi locale s'imposerait encore, ce nous semble, dit M. de Boëck, si les futurs conjoints, étrangers tous les deux au pays où ils traitent, étaient de nationalité différente....; car, en pareil cas, comme on l'a très bien dit, aucune des deux parties ne peut prétendre imposer à l'autre sa loi nationale, et la loi locale, c'est-à-dire la loi française, est le seul terrain sur lequel les parties puissent se rencontrer. »

Ces décisions sont, il faut le reconnaître, assez surprenantes, car M. de Boëck avait commencé par repousser la théorie qui rattache les art. 1394 et 1395 au statut personnel et préféré celle qui en subordonne l'application à la loi d'autonomie. Comment se fait-il dès lors qu'il refuse au Français le droit de se soustraire, en ce qui concerne la question de l'immutabilité, à l'application de la loi de son pays ? Ainsi un Français épouse une Anglaise ; quel que soit le lieu de célébration du mariage, quel que soit même le lieu où les futurs époux se proposent d'établir leur domicile, il est certain qu'ils sont entièrement libres, en passant leur contrat de mariage, de se référer, pour la réglementation de leur régime matrimonial, dans la mesure où ce régime relève de leur autonomie, à la législation qu'il leur plaît de choisir. Rien ne les empêche d'opter pour la loi anglaise, qui n'édicte point l'immutabilité. Ils n'en seront pas moins soumis, suivant M. de Boëck, aux exigences des art. 1394 et 1395 de notre Code civil. Comment ce résultat peut-il s'expliquer, s'il est vrai que l'application de ces règles dépend de la loi qui gouverne le régime matrimonial en vertu de la vo-

lonté expresse ou tacite des époux ? M. de Boëck répondrait sans doute que l'ordre public l'exige ainsi. Et en effet, après avoir posé la question de savoir si les art. 1394 et 1395 ne doivent pas être considérés comme édictés dans l'intérêt du crédit public, et comme opposables, à ce titre, aux étrangers de même qu'aux nationaux, M. de Boëck, par une distinction ingénieuse, quoique très-contestable, admet que ces articles ont en effet pour but de protéger les tiers, mais seulement ceux qui traitent avec des époux Français. Quant à ceux qui traitent avec des époux étrangers, ils devraient se renseigner sur les dispositions de la loi nationale de ces derniers, au lieu de compter sur les mesures protectrices de la loi française. S'il en est ainsi, les règles relatives à l'immutabilité s'imposent aux Français, et elles s'imposent à eux dans tous les cas ; elles font partie de leur statut personnel ; à moins que par une nouvelle restriction, qu'il ne formule d'ailleurs nulle part explicitement, M. de Boëck n'admette que pour que les tiers aient droit à la protection organisée par les art. 1394 et 1395, il faut, non seulement que les époux avec lesquels ils contractent soient Français, mais encore qu'ils se soient mariés en France.

Mais tout cela est, en définitive, assez arbitraire. Les mesures que le législateur édicte dans l'intérêt du crédit public ont une portée territoriale ; elles s'imposent à toutes personnes, sans distinction de nationalité ; ce sont de véritables lois de police. C'est là une règle de droit international privé admise en doctrine et en pratique, et sur laquelle les tiers ont le droit de compter. M. de Boëck objecte que toutes les fois que l'on contracte avec un

étranger, on doit se tenir en défiance et s'informer avec soin de son statut personnel, notamment des règles qui gouvernent sa capacité. Mais les règles relatives à l'immutabilité des conventions matrimoniales rentrent-elles dans le statut personnel ? c'est précisément ce qui est en question, et M. de Boëck lui-même a commencé par trancher la question dans le sens de la négative. En tous cas il faudrait opter : on ne peut admettre à la fois que l'immutabilité du régime matrimonial dépende exclusivement de la loi d'autonomie et qu'elle dépende d'une façon nécessaire de la loi nationale des époux ou de l'un d'eux.

La décision par laquelle M. de Boëck termine son étude est tout aussi difficile à concilier avec le principe qu'il avait posé au début. Pourquoi, lorsque deux personnes de nationalité différente, mais étrangères l'une et l'autre, se marient en France, sont-elles nécessairement soumises à la règle de l'immutabilité ? M. de Boëck répond qu'il n'y a pas de raison pour que la loi nationale de l'une l'emporte sur celle de l'autre ; et que « dès lors la loi locale, c'est-à-dire la loi française, est le seul terrain sur lequel les parties puissent se rencontrer ». Cette raison est, à coup sûr, insuffisante. Il y a un autre terrain sur lequel les parties pourraient se rencontrer ; il y a une autre loi qui leur est commune : c'est celle sous l'empire de laquelle elles se placent volontairement pour le règlement de leurs conventions matrimoniales, et qui peut être une loi étrangère.

Par exemple un Anglais et une Allemande se marient en France, après y avoir passé leurs conventions matrimoniales ; ils se soumettent à la loi nationale du mari.

c'est-à-dire à la loi anglaise : c'est incontestablement leur droit. Pourront-ils, après le mariage, apporter des changements au régime qu'ils ont choisi ? Pourquoi non ? Pourquoi la loi anglaise, qui tolère ces changements, ne s'applique-t-elle pas ? M. De Boëck se prononce cependant pour l'application obligatoire de la loi française ; il écarte là encore le principe qu'il avait posé, et d'après lequel l'immutabilité n'est qu'une dépendance du régime librement adopté par les époux. La solution qu'il donne s'explique d'autant moins, que les raisons d'ordre public qui, suivant lui, servent de base, dans une certaine mesure, aux règles des art. 1394 et 1395, ne sauraient intervenir dans notre hypothèse : ces règles auraient pour but de protéger les tiers qui contractent avec des époux Français ; mais dans l'espèce les époux sont l'un et l'autre étrangers, et ni la loi nationale de l'un, ni celle de l'autre n'édicte l'immutabilité.

On peut donc reprocher à la théorie de M. De Boëck de manquer d'unité, et après avoir posé en principe que les conflits de législations relatifs à l'immutabilité doivent être résolus par l'application de la loi d'autonomie, de n'avoir pas accepté toutes les conséquences de cette doctrine.

A notre avis, c'est partir d'un point de départ erroné que d'adopter la thèse soutenue par M. Jay et admise, au moins en principe, par M. De Boëck. Les dispositions qui prescrivent de passer les conventions matrimoniales avant la célébration du mariage et qui interdisent de les modifier après cette date, sont manifestement prohibitives, puisqu'elles ordonnent et défendent, sous la sanc-

tion de la nullité. Or on ne conçoit pas une prohibition dont l'application serait subordonnée au bon vouloir des personnes auxquelles elle s'adresse. Les règles sur l'immutabilité doivent donc être considérées comme obligatoires dans certaines conditions, indépendamment de tout assentiment des intéressés. Comme il est à notre avis difficile d'y voir des règles de forme, l'hésitation ne nous paraît guère possible qu'entre deux solutions : on peut d'abord considérer les art. 1394 et 1395 comme édictés dans un intérêt d'ordre public absolu, en vue d'éviter les pièges qui pourraient être tendus à la bonne foi des tiers, et comme applicables par suite sur le territoire français à l'exclusion de toute loi étrangère, alors même que les époux seraient étrangers; on peut d'autre part les considérer comme des mesures de protection, destinées à préserver chaque époux contre les abus d'influence dont il pourrait être victime de la part de l'autre, et à assurer la bonne harmonie des ménages en évitant les conflits que pourrait faire naître entre les conjoints la question du changement à apporter au régime matrimonial; cette manière de voir conduirait à l'application de la loi nationale du mari, car c'est cette loi qu'on déclare généralement compétente sur tous les points qui se rattachent aux rapports personnels des époux. Enfin il n'y a à notre avis aucun obstacle à ce qu'on combine ces deux manières de voir, ou plutôt à ce qu'on les applique cumulativement, de telle sorte que les Français seraient soumis à la règle de l'immutabilité même lorsqu'ils sont mariés dans un pays où cette règle n'est point en vigueur, mais que d'autre part les étrangers y seraient astreints en France comme

les nationaux, alors même que leur loi nationale autoriserait les changements aux conventions matrimoniales postérieurs à la célébration du mariage.

Nous croyons que la pensée dominante qui a inspiré les art. 1394 et 1395 est une pensée de protection pour les époux ; l'intérêt des tiers a pu être pris en considération, mais d'une façon accessoire. On sait que la loi du 10 juillet 1850 a créé un système spécial de publicité en vue de faire connaître aux tiers les stipulations du contrat de mariage. Or, les règles édictées dans ce but ne peuvent s'imposer, du moins dans tous les cas, aux étrangers ; si ceux-ci se marient dans leur pays, ou même en France devant leur consul, ils échappent forcément aux exigences de la loi du 10 juillet 1850, lesquelles impliquent un mariage célébré devant un officier de l'état civil Français. Si les dispositions de cette loi ne sont pas obligatoires pour les étrangers, on peut dire qu'il en doit être de même *a fortiori* de celles des art. 1394 et 1395, qui se rattachent d'une façon beaucoup moins directe à la sauvegarde du crédit public. La meilleure solution consiste donc à notre avis à voir dans les règles relatives à l'immutabilité des éléments du statut personnel, et à en faire dépendre l'application de la loi nationale du mari (1).

Quelque parti que l'on prenne sur cette question, que nous reconnaissons délicate et très-discutable, ce qui est

(1) En ce sens Despagnet, Précis, p. 610 ; Weiss, *Traité élémentaire de Droit international privé*, p. 596 ; Despagnet, La règle « *Locus regit actum* » et l'ordre public, dans la *Revue pratique de droit international privé*, 1890.

certain, c'est que la compétence, au point de vue international, de la loi qui édicte l'immutabilité, ne dépend pas purement et simplement d'un acte de libre soumission des parties. Cela posé, la volonté de ces dernières peut-elle avoir quelque influence sur l'application de cette loi ? La question doit être envisagée sous deux faces. On peut se demander tout d'abord si deux époux normalement soumis à la règle de l'immutabilité, par exemple deux époux Français si l'on admet qu'il s'agit d'une question de statut personnel, peuvent se dérober à la prohibition en se soumettant à une législation qui ne l'édicte point. La réponse résulte assez clairement des explications qui précèdent pour qu'il soit inutile d'insister ; elle doit être incontestablement négative. Mais on peut supposer en sens inverse que deux futurs époux relevant d'une législation qui ne prescrit pas l'immutabilité, deux futurs époux Anglais par exemple, fassent leur contrat de mariage en se référant à la loi française ; pourront-ils apporter au cours de leur union des modifications à leur régime matrimonial ? Seront-ils au contraire liés par la disposition de l'art. 1395 ? M. Aubry résout cette dernière question par la négative : suivant lui, si la loi nationale des futurs époux ne leur impose pas la règle de l'immutabilité, elle leur interdit par là même de s'y soumettre (1). C'est peut-être aller un peu loin. Nous reconnaissons que la liberté des conventions est d'ordre public, et qu'il n'est pas permis aux particuliers d'y apporter d'autres restrictions que celles que la loi a cru devoir établir : mais dans l'hypo-

(1) Aubry, article précité, Clunet, 1893, p. 423.

thèse que nous venons d'indiquer, il ne s'agirait pas d'une atteinte portée à la liberté des conventions, mais d'une diminution de la liberté des parties résultant du jeu même du contrat. En d'autres termes, l'immutabilité changerait ici de caractère : elle deviendrait conventionnelle, au lieu d'être imposée par l'autorité du législateur. Les futurs époux s'engageraient réciproquement, en rédigeant leurs conventions matrimoniales, à n'y introduire aucune modification après la célébration du mariage. Cette clause est-elle illicite ? Elle n'est évidemment pas contraire à l'ordre public tel que le comprend la loi française. Est-elle prohibée par la loi nationale des parties ? A notre avis, de ce qu'une législation garde le silence sur la question de l'immutabilité, il ne résulte pas logiquement qu'elle proscrive la stipulation que nous venons d'indiquer. En l'absence d'une prohibition expresse, ou tout au moins d'une prohibition implicite résultant clairement de l'esprit de la loi, nous croyons que cette clause devrait être validée, puisque la règle est la liberté des conventions matrimoniales. Par suite, les époux étrangers seraient soumis à l'immutabilité, s'il était établi qu'ils ont tacitement accepté la disposition de la loi française qui l'édicte : ce qui est une question de fait. Il en est ainsi, s'ils ont fait un contrat de mariage ; nous rappelons qu'à défaut de contrat, dans la doctrine que nous avons cru devoir adopter, la volonté tacite des époux est inefficace, en ce qui concerne les questions relatives à leur régime matrimonial.

VI

La compétence de la loi d'autonomie a été, on le voit, dans un certain nombre de questions fort importantes, étendue au-delà des justes limites. Ces exagérations de la théorie de l'autonomie ont été critiquées dans des travaux récents, notamment dans les articles que M. Pillet a fait paraître dans le *Journal de Droit international privé*, sous ce titre : « Essai d'un système général de solution des conflits de lois (1) », et dans l'étude de M. Aubry sur « Le Domaine de la loi d'autonomie en Droit international privé », que nous avons eu souvent l'occasion de citer. Dans son savant ouvrage sur les *Principes du Droit international privé*, qui contient une étude si minutieuse et si approfondie des questions de détail que fait naître le conflit des lois, M. Albéric Rolin a soigneusement distingué, à propos des actes juridiques qui relèvent de l'autonomie, notamment des conventions et du testament, les dispositions qui sont simplement interprétatives ou supplétives, de celles qui sont impératives ou prohibitives, et dont l'application est indépendante de la volonté des parties.

Mais il est intéressant de rechercher les raisons qui expliquent la tendance que nous avons constatée dans certaines décisions de jurisprudence ou de doctrine, vers une extension illogique du rôle de l'autonomie. Quelques-unes au moins de ces décisions paraissent avoir été ins-

(1) Voir surtout *Clunet*, 1895, p. 933-944.

pirées par certaines confusions, qu'il importe de signaler, au sujet de la notion de l'ordre public en droit international privé.

Cette notion soulève, on le sait, un des problèmes les plus délicats de la science des conflits de législations, et il est même d'usage, lorsqu'on écrit sur cette matière, d'en constater l'extrême difficulté, peut-être même de l'exagérer un peu. Il faudrait cependant se garder de croire que tout soit obscur et incertain dans cette question de l'ordre public. Bien que la controverse ne soit point épuisée, il y a un certain nombre de points qu'on peut considérer comme définitivement acquis. Nous les rappellerons brièvement.

La doctrine moderne, sauf quelques dissentiments, distingue deux espèces de lois d'ordre public : les premières sont qualifiées « d'ordre public interne » ou « relatif » ; les secondes, d'« ordre public international » ou « absolu » (1). Ce ne sont pas à proprement parler deux catégories distinctes de dispositions législatives, car les lois qui sont d'ordre public international sont en même temps d'ordre public interne, bien que la réciproque ne soit pas toujours vraie. Il serait donc un peu plus exact de dire que les lois peuvent être considérées comme d'ordre public à

(1) V. Despagnet, *L'Ordre Public en droit international privé*, Clunet, 1889, p. 5 et suiv. 207 et suiv ; Pillet, *De l'Ordre Public en droit international privé* (Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble, 1899) ; Bartin, *Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi et l'unité de communauté internationale*, Revue de Droit international, 1897, p. 385 et suiv., 613 et suiv. Weiss, *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, t. III, p. 83 et suiv. et les autorités citées en note.

deux points de vue différents. Elles peuvent l'être d'abord en ce sens, que les personnes qu'elles régissent ne peuvent se soustraire à leur application, y déroger en un mot ; c'est là l'ordre public « interne », et cette notion est fondée en Droit positif français sur l'art. 6 de notre Code Civil. Les lois peuvent être d'autre part considérées comme d'ordre public en ce sens, qu'elles doivent s'appliquer d'une manière absolue sur le territoire de l'Etat où s'élève le conflit, alors même que la nature du rapport juridique envisagé demanderait l'application d'une loi étrangère différente. A ce point de vue, elles sont qualifiées d'« ordre public international » ou « absolu », et si l'on cherche à cette notion une base dans les textes de notre Code Civil, on peut en trouver une dans les deux premiers alinéas de l'art. 3 combinés avec l'argument *a contrario* qu'on peut tirer du § 3 du même article. De cette combinaison il ressort que les lois de police et de sûreté et celles qui regardent la condition juridique des immeubles s'imposent sur le territoire français d'une manière exclusive, quelle que soit la nationalité des parties en cause ; mais que d'autre part les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes ne sont pas obligatoires pour les étrangers, qui restent soumis à cet égard à leur loi nationale : telle est la solution qu'on peut induire de l'art. 3 § 3, qui ne statue il est vrai explicitement que sur l'autorité en pays étranger des lois régissant l'état et la capacité des Français.

La notion de l'ordre public international, dont on a fait remonter assez haut l'origine historique, mais qui n'a été pleinement mise en lumière que dans les travaux moder-

nes, est dominée par les principes théoriques du système de Savigny. Le célèbre juriconsulte part de l'idée incontestable que chaque Etat a le droit absolu de commander sur son territoire à l'exclusion de tout Etat étranger; par suite, d'ordonner à ses tribunaux l'application exclusive de sa propre législation. « En vertu du droit rigoureux de souveraineté, dit Savigny, on pourrait sans doute enjoindre aux juges d'un pays d'appliquer exclusivement leur droit national, sans égard aux dispositions contraires d'un droit étranger avec le domaine duquel le rapport de droit litigieux pourrait se trouver en contact. Mais une semblable prescription ne se trouve dans aucune législation connue, et devrait être repoussée par les considérations suivantes (1) ». Et ici Savigny développe l'idée restée célèbre de la communauté de droit entre les peuples parvenus à peu près au même degré de civilisation et de culture, communauté par suite de laquelle les Etats doivent être considérés comme associés en vue d'une même mission de justice, de sorte que chacun d'eux doit accepter sur son territoire l'application d'une loi étrangère, lorsque le rapport de droit est soumis à raison de sa nature à cette loi.

Cette communauté comporte une limitation. Il existe un certain nombre de lois qui sont, suivant l'expression de Savigny, « absolument obligatoires ». Ces dispositions, à cause de leur force impérative particulièrement énergique, ne peuvent tolérer l'application des lois étrangères différentes, quelle que soit la nature du rapport de droit

(1) Savigny, *Système*, t. VIII, p. 29.

litigieux. Sur les points régis par ces lois, l'espèce de fiction qui rattachait le rapport juridique à la souveraineté d'un Etat étranger est écartée, et le droit strict, c'est-à-dire l'autorité absolue de la « *lex fori* », reprend son empire (1).

Le système de Savigny, d'après les partisans de la doctrine italienne, est encore trop fortement imbu des idées réalistes qui dominaient dans la jurisprudence statutaire, et se rapproche trop de la théorie aujourd'hui justement condamnée de la « *Comitas* ». Ces critiques nous paraissent peu fondées, et nous croyons vaine la tentative qu'a faite l'Ecole italienne de déplacer la base de la souveraineté et de la rendre personnelle, alors qu'elle était territoriale d'après la conception de Savigny. Cette école est forcée de revenir à la territorialité dans les cas, nombreux d'ailleurs et variés, où l'« ordre public international » est intéressé ; et comme elle reconnaît à chaque Etat le droit de décider, en toute indépendance, quelles sont parmi ses lois celles qui doivent être considérées comme d'ordre public international, comme sur ce point sa décision échappe à tout contrôle, non seulement au point de vue du droit positif, mais même au point de vue du droit rationnel et théorique, l'école italienne, malgré les apparences contraires, accepte en définitive les idées fondamentales de Savigny en ce qui concerne le principe de la souveraineté et le fondement de la notion d'ordre public international (2) : dans l'un comme dans l'autre système,

(1) Savigny, *Système*, t. VIII, p. 31 et suiv., 159 et suiv., 216.

(2) L'expression d'« ordre public international » ne figure

chaque Etat possède, comme attribut essentiel de sa souveraineté, le pouvoir absolu d'imposer à ses tribunaux l'application exclusive de sa propre législation ; il peut et il doit user de ce pouvoir toutes les fois qu'il le croit nécessaire, et il est seul juge de cette nécessité ; mais en dehors des cas où ce résultat est commandé d'une manière impérieuse par l'intérêt de la conservation de la société tel que chaque législateur le comprend, la loi du juge saisi doit faire place à une législation étrangère, toutes les fois que le rapport de droit litigieux s'y trouve rationnellement soumis.

Ainsi la théorie de l'ordre public international est fondée sur cette idée, que le droit strict exigerait l'application de la « *lex fori* », et que si chaque Etat doit se départir de cette rigueur pour des motifs, non de courtoisie, mais de justice et de raison, il ne peut consentir à ce sacrifice lorsqu'il pense que sa sécurité serait compromise. Cette idée a été clairement et fortement exposée par M. Despagnet. Après avoir constaté que le but du Droit international privé est de « déterminer, parmi plusieurs lois promulguées par des souverainetés différentes et qui se rencontrent à propos d'un même rapport de droit, celle qui doit être appliquée de préférence aux autres, » il ajoute : « L'acceptation de cette formule générale peut et doit conduire fréquemment à résoudre une difficulté juridique d'après la loi d'un pays où cette solution ne doit pas se réaliser, à faire appliquer, en un mot, par les juges

pas dans l'ouvrage de Savigny, mais la même idée est rendue par les expressions de « lois coactives » ou « absolument obligatoires ».

d'un Etat, la loi promulguée par une souveraineté dont ils ne relèvent pas. Ce résultat peut sembler particulièrement choquant si l'on ne tient compte que de la notion simple et absolue de la souveraineté de chaque pays, qui a sa manifestation la plus haute et la plus complète dans la loi en vigueur dans chaque Etat, et qui paraît bien devoir s'opposer à ce que la loi étrangère s'impose sur le territoire d'un autre Etat. Mais ce premier point de vue est trop étroit et ne vient que d'une conception fautive dans son exagération du principe de la souveraineté. Il est possible, sans compromettre ce principe, d'accepter dans un pays l'application d'une loi étrangère, pourvu que l'on respecte certaines règles édictées par l'autorité souveraine de chaque Etat et que seules elle considère, étant donné le caractère qu'elle leur attribue, comme étant indispensables à la bonne organisation de la société qu'elle régit. Ce sont ces dispositions législatives, *sorte de forteresse dans la législation de chaque pays que l'on ne peut envahir*, qui constituent les règles dites d'ordre public, et dont l'observation, dans chaque Etat, suffit pour assurer le respect de la souveraineté, bien que l'on accepte sur d'autres points l'application d'une loi étrangère (1) ».

Ce que M. Despagnet définit ainsi, ce n'est pas l'ordre public d'une manière générale, mais seulement l'ordre public international : l'ensemble de ses développements ne laisse aucun doute à cet égard.

La distinction que nous venons d'indiquer a été combattue par M. Pillet, qui a soutenu la thèse de l'unité de

(1) Despagnet, *article précité*, Clunet, 1889, p. 3.

l'ordre public (1). Toutefois M. Pillet ne nie pas qu'il existe deux catégories de dispositions impératives ; tout au contraire, il attache à cette division une grande importance. Mais il refuse à l'un de ces groupes la qualification d'ordre public. Suivant lui, les lois que l'on qualifie d'« ordre public interne », et qui ont pour type les lois relatives à l'état et à la capacité, sont obligatoires sans doute, et il est interdit aux particuliers de se soustraire à leur empire ; mais on a tort d'en conclure qu'elles sont d'ordre public. Si une disposition légale est placée au-dessus des conventions privées, ce n'est pas toujours et nécessairement parce qu'elle intéresse l'ordre public ; ce peut être aussi parce qu'elle manquerait son but, s'il était permis aux particuliers d'y déroger. L'exemple des lois relatives à la minorité est dans cet ordre d'idées particulièrement frappant. Pourquoi le mineur ne peut-il s'affranchir de son incapacité ? Est-ce parce que l'intérêt de l'État la réclame ? En aucune façon ; elle est édictée uniquement dans l'intérêt du mineur ; mais si celui-ci pouvait s'y dérober, cet intérêt serait compromis, et par suite le but que s'est proposé le législateur ne serait pas atteint.

D'une manière générale, lorsque la loi protège une personne, c'est qu'elle la juge inhabile à se protéger elle-même ; elle ne peut donc lui permettre de se soustraire à la mesure de protection, sous peine de rendre celle-ci inefficace. Sans doute l'intérêt général exige que les individus ne soient pas dépourvus de toute protection ; mais

(1) Voir l'étude de M. Pillet sur l'Ordre Public en Droit international privé, dans les *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, année 1890.

il est satisfait du moment où il existe en leur faveur des dispositions protectrices, quelle qu'en soit la nature, pourvu cependant qu'elles soient sérieuses ; un État peut par conséquent excepter à cet égard la manière de voir d'un législateur étranger et appliquer à chaque personne, sur les points où la loi n'est obligatoire que dans un intérêt privé, sa législation nationale. Au contraire, lorsque la loi a pour but de protéger, non plus l'individu, mais la société, elle ne peut transiger ni s'effacer devant les règles différentes édictées par un législateur étranger ; et ce sont ces dispositions seules qui méritent le titre d'« ordre public ».

Nous regrettons de ne pouvoir consacrer un examen plus approfondi à ces observations fort intéressantes, où l'on voit se dessiner la distinction fondamentale des lois « de protection individuelle » et de « de garantie sociale », dont M. Pillet a fait la base de son système général de droit international privé (1).

Nous remarquerons simplement que les observations de M. Pillet n'infirment point la distinction que nous avons indiquée au début. M. Pillet ne conteste pas, il ne peut évidemment contester que les lois puissent être considérées comme impératives, soit en ce sens qu'elles s'imposent à l'observation des particuliers, soit en ce sens qu'elles s'imposent sur un territoire donné à l'exclusion de toute loi étrangère. Le point principal sur lequel il se sépare de l'opinion générale est le suivant : les lois dont

(1) Voir l'*Essai d'un système général de solution des conflits de lois* (déjà cité).

l'observation est obligatoire pour les particuliers ne sont pas toutes d'ordre public ; seules celles qui sont imposées dans l'intérêt de l'Etat présentent ce caractère. Cette théorie a le tort d'impliquer entre les lois faites dans l'intérêt de l'individu et celles qui sont faites dans l'intérêt de la société une antithèse absolue que nous avons déjà critiquée. En outre le sens nouveau et plus restreint que M. Pillet donne à l'expression d'ordre public a le défaut d'être contraire aux habitudes du langage juridique. Il est en opposition certaine avec la terminologie employée par l'art. 6 de notre Code Civil, qui désigne sans aucun doute, lorsqu'il parle des dispositions « qui intéressent l'ordre public », toutes celles auxquelles les particuliers ne peuvent déroger, même celles qui ne s'imposent qu'aux nationaux. Il est d'ailleurs assez difficile de qualifier ces dernières lois, si on leur refuse la dénomination d'ordre public ; celle que leur donne M. Pillet suppose qu'elles ne peuvent avoir d'autre but que de protéger les individus auxquelles elles s'imposent : or c'est là une proposition qu'il est peut-être téméraire d'affirmer *a priori* ; en tous cas elle implique une division systématique des fonctions de la loi qui n'est point évidente ni incontestée.

Une analyse très remarquable de la notion d'ordre public en Droit international privé a été donnée récemment par M. Bartin dans une étude publiée par la *Revue de Droit international* (1). M. Bartin s'est efforcé de

(1) Bartin. Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi, et l'idée de communauté internationale, *Revue de Droit international*, 1897. p. 385 et suiv., 613 et suiv.

s'abstenir autant que possible de la méthode déductive et de s'appuyer sur les faits, spécialement sur la jurisprudence. Il a collectionné un nombre assez considérable d'arrêts qui se sont inspirés dans des questions de conflits de lois de la notion d'ordre public : le trait commun qui lui paraît caractériser ces diverses décisions, c'est qu'elles ont appliqué la loi du juge saisi tout en reconnaissant que les principes généraux du Droit international privé commandaient l'application d'une loi étrangère.

Parmi les solutions recueillies par M. Martin, il en est un certain nombre qui sont franchement critiquables. Telles sont celles qui apportent à la règle en vertu de laquelle la capacité de l'étranger est régie par sa loi personnelle, des restrictions arbitraires et généralement condamnées. Il est d'autres décisions dont le mérite peut tout au moins être contesté : par exemple celles qui permettent à l'enfant naturel étranger d'invoquer en France le bénéfice de la légitimation par mariage subséquent, alors que ce mode de légitimation n'est pas admis par la loi nationale de son père. D'autres, au contraire, sont entièrement conformes aux idées généralement admises en doctrine. On peut citer celles qui rejettent les demandes en divorce et en recherche de la paternité introduites par des individus dont la loi nationale admet ces institutions, lorsque la loi locale les repousse ; on peut encore citer une décision du tribunal de l'Empire d'Allemagne qui annule une séparation de biens volontaire intervenue entre deux époux wurtembergeois, conformément à leur loi personnelle, ces époux étant domiciliés dans le Grand-Duché de Bade, dont la législation prohibe la séparation

volontaire (1). La capacité de divorcer, celle de conclure une séparation de biens volontaire, les modes de preuve de la filiation, autant de questions qu'on peut considérer comme rentrant dans le statut personnel : le juge saisi écarte cependant la loi nationale de l'étranger et applique sa propre loi, en justifiant cette solution par des raisons d'ordre public.

C'est dans cette substitution de la « *lex fori* » à une loi étrangère normalement compétente que M. Martin voit l'élément essentiel qui caractérise l'ordre public. Ce point de départ une fois admis, M. Martin en tire des déductions dont quelques-unes au moins pourront paraître singulières. Ainsi les lois territoriales par excellence, celles qui se rattachent au statut réel, sont pour lui en dehors de la sphère de l'ordre public. Le régime juridique de la propriété et des droits réels n'est-il pas cependant dominé par des conceptions sociales et économiques que chaque État considère comme nécessaires au bon fonctionnement de la société, et pour lesquelles il ne peut accepter la compétence d'un législateur étranger ? Sans doute ; mais la loi locale s'applique aux biens situés sur le territoire, en vertu des principes de droit commun, et non par substitution à une loi étrangère dont ces principes exigeraient l'application. M. Martin exclut encore du domaine de l'ordre public, et pour la même raison, les lois relatives à la réparation des délits et des quasi-délits civils et les lois de procédure. Il en exclut enfin les lois pénales. Ce résultat semblera sans doute

(1) Tribunal de l'Empire, 7 octobre 1881. *Clunet* 1886 p. 739 et s. 86. 4. 9.

surprenant. Les expressions d'« ordre public » éveillent l'idée de mesures imposées dans l'intérêt de la sécurité générale, et s'il est une matière où cet intérêt soit manifestement en jeu, n'est-ce point avant tout celle du droit criminel ? Aussi beaucoup d'auteurs ont-ils fait des lois pénales le type des lois d'ordre public ; quelques-uns même, par une exagération qui a été justement critiquée (1), sont allés jusqu'à identifier ces deux notions. M. Martin au contraire les sépare radicalement, et en cela il s'inspire de la même idée générale. En effet, la « communauté de droit » entre les Etats, dont Savigny a fait la base du Droit international privé, ne s'étend pas aux lois criminelles : un Etat ne peut poursuivre l'auteur d'un crime ou d'un délit qu'en vertu de sa propre loi. En d'autres termes, les principes généraux du Droit international privé ne commandent jamais l'application dans un pays d'une législation pénale étrangère : il n'y a donc pas dérogation à ces principes, il n'y a pas éviction de la loi normalement compétente, lorsqu'on applique à la répression d'une infraction la loi du pays où la poursuite est exercée.

Comment s'expliquent ces substitutions que M. Martin a relevées dans la jurisprudence, et où il voit un phénomène juridique d'une nature absolument originale ? Il les rattache à ce qu'il appelle « la théorie des limites du Droit international dans l'espace ». Il insiste sur cette idée que le Droit international, d'une manière générale, a for-

(1) V. Despagnet. L'Ordre public en Droit International privé, Clunet, 1889, p. 211.

cément des limites géographiques. En effet, le Droit implique toujours l'existence d'un lien social entre les personnes qu'il régit ; or, une société n'est possible qu'entre Etats parvenus à un certain développement moral, intellectuel, économique. Ces limites dans l'espace sont même plus étroites pour le Droit international privé que pour le Droit international public. En effet un Etat, d'un degré inférieur de civilisation, peut avoir le droit d'être respecté comme personne morale souveraine, sans que cependant les autres Etats soient obligés de reconnaître à sa législation privée une valeur assez grande pour en ordonner l'application sur leur propre territoire. Chaque Etat a donc le droit de se faire pour son propre compte une liste de ceux avec lesquels il se reconnaîtra en communauté au point de vue du Droit international privé, et d'en exclure ceux qu'il juge indignes d'y figurer. Mais cette exclusion peut n'être que partielle, c'est-à-dire limitée à quelques-unes seulement des dispositions de la loi étrangère dont il s'agit. Par exemple l'Espagne, tout en acceptant d'une manière générale l'application de la loi française dans les cas où elle est normalement compétente, peut faire exception pour quelques-unes des règles qu'elle édicte, de telle sorte que toutes les fois qu'il s'agira d'un rapport juridique relevant rationnellement d'une de ces règles, la France sera traitée par les tribunaux espagnols comme un Etat qui ne mérite pas de figurer dans la communauté internationale, à raison de la différence trop sensible que sa législation présente, sur le point litigieux, avec la « *lex fori* ». C'est ainsi que les tribunaux espagnols repousseront la demande en divorce introduite par un fran-

çais : en effet, en autorisant le divorce, notre loi s'inspire de conceptions morales par trop inconciliables avec celles qui dominant dans la législation espagnole.

Le phénomène juridique décrit par M. Martin est indéniable. Il est d'ailleurs conforme aux principes de Savigny que nous avons déjà exposés, et qui sont adoptés à peu près unanimement, malgré les divergences de terminologie, par les auteurs modernes. La substitution de la « *lex fori* » à une loi étrangère dont la nature du rapport juridique réclamerait rationnellement l'application, doit avoir lieu, nous le savons, dans la doctrine de Savigny, sur tous les points où la loi du juge saisi présente un caractère « absolument obligatoire ». Seulement le tort de M. Martin est peut-être d'avoir identifié l'idée de la substitution qu'il décrit avec celle de l'ordre public. Ce n'est là sans doute qu'une question de mots, mais elle a son importance. Ne peut-on pas dire que la substitution que nous venons de constater n'est qu'un des effets, le plus important si l'on veut et le plus caractéristique, par lesquels se manifeste l'ordre public international, et que celui-ci réside dans une force impérative particulièrement énergique qui appartient à certaines dispositions de la loi ? On éviterait ainsi le résultat paradoxal auquel arrive M. Martin et qui consiste dans l'exclusion du domaine de l'ordre public des lois criminelles, des lois de procédure et du statut réel. En définitive, les lois d'ordre public international (les seules d'ailleurs dont il soit question dans l'étude de M. Martin), pourraient être définies : celles dont l'application, sur le territoire d'un Etat donné, est considérée par cet Etat comme rigoureusement nécessaire,

et par suite comme devant être imposée d'une manière absolue. Seulement, il peut arriver que ces lois entrent en conflit avec une loi étrangère. C'est ce qui arrive par exemple lorsqu'un individu dont la loi personnelle autorise le divorce, en invoque le bénéfice dans un pays dont la loi proscrit cette institution. Un conflit s'élève alors entre la loi nationale du demandeur, compétente puisqu'il s'agit d'une question de statut personnel, et la « *lex fori* », compétente de son côté puisque, en prohibant le divorce pour des raisons de morale absolue, elle doit être considérée comme défendant à ses tribunaux de le prononcer en aucun cas. La difficulté sera tranchée en faveur de la loi locale ; il est impossible qu'il en soit autrement : ce serait nier la souveraineté de l'Etat où s'élève la contestation que de l'obliger à appliquer une loi contraire à une règle qu'il juge absolument indispensable au bon ordre social et à sa propre sécurité. Ainsi se produira, pour employer l'expression de M. Martin, l'« éviction » de la loi étrangère au profit de la loi du juge saisi, et ce fait s'explique ainsi d'une manière qui nous paraît très-naturelle. Il peut arriver au contraire que le jeu des conflits de législations ne mette jamais certaines dispositions d'ordre public international en conflit avec des lois étrangères : leur pouvoir d'éviction ne trouve pas alors l'occasion de s'exercer et demeure en quelque sorte à l'état latent. C'est ce qui a lieu pour les lois criminelles. En résumé, on pourrait peut-être concilier la doctrine de M. Martin avec celle qui est généralement admise en définissant les lois d'ordre public international : celles qui s'imposent sur le territoire d'un Etat, *alors même* qu'une loi

étrangère serait normalement compétente en vertu des principes généraux du droit international privé.

La distinction de l'ordre public interne et de l'ordre public international, telle que nous avons essayé de la formuler un peu plus haut, nous paraît donc se dégager des travaux que nous venons d'analyser sommairement, et à cet égard la doctrine de M. Bartin est, à notre avis, susceptible de se concilier, malgré des différences plus apparentes que réelles, avec celle de M. Despagnet.

Nous n'insisterons pas sur les critiques qui ont été adressées aux expressions mêmes par lesquelles nous désignons, avec la majorité des auteurs, ces deux espèces d'ordre public. On n'en a point à notre connaissance proposé de meilleures (1), et il nous paraît d'ailleurs assez indifférent d'opter pour une terminologie ou pour une autre, pourvu qu'on y attache un sens précis et qu'on s'en tienne fermement aux définitions adoptées.

Si nous nous sommes efforcé de préciser la distinction, c'est pour en déduire la conséquence pratique suivante. Lorsqu'on cherche les limites qui doivent être assignées au domaine de la loi d'autonomie, ce n'est pas dans l'ordre public international qu'il convient de les placer; elles sont, si l'on peut ainsi dire, en-deçà. En d'autres termes, pour que la loi d'autonomie soit applicable, il est nécessaire sans doute, mais il ne suffit pas qu'elle ne soit pas contraire à une disposition d'ordre public international de la « *lex fori* ». En effet, la volonté des particuliers

(1) Voir à ce sujet Despagnet: *article précité*, *Clunet* 1889, p. 15 et suiv.

ne peut prévaloir contre aucune loi prohibitive, quelle qu'elle soit ; or il y a des lois qui sont prohibitives, sans être d'ordre public international ; il y en a, en d'autres termes, que le législateur entend imposer aux personnes normalement placées sous leur empire, sans les considérer cependant comme assez fortement liées aux intérêts vitaux de la société pour qu'elles ne puissent céder en aucun cas devant une loi étrangère, lors même que l'application de cette loi étrangère est réclamée par la nature du rapport de droit envisagé.

La proposition que nous venons d'énoncer nous paraît difficilement contestable sur le terrain des principes. Il n'était pourtant pas inutile de la rappeler, car nous croyons qu'elle a été méconnue, sinon en théorie, du moins dans certaines de ses applications. On est à peu près unanime à reconnaître, en effet, qu'un tribunal ne peut valider une convention contraire à une disposition de la « *lex fori* » que le législateur regarde comme une règle de morale absolue, ou comme étroitement liée aux intérêts essentiels de l'Etat. Des divergences existent dans l'application, mais le principe n'est guère contesté. Au contraire, en ce qui concerne les dispositions qui n'ont pas cette force obligatoire absolue, on a raisonné souvent comme s'il y avait lieu de se référer purement et simplement à la « loi du contrat », c'est-à-dire à la loi d'autonomie. C'est méconnaître que le juge saisi peut se trouver tenu de donner effet à des règles prohibitives inconnues dans sa propre législation, mais qui atteignent la convention à raison des circonstances dans lesquelles elle s'est formée, et indépendamment de la volonté des parties.

C'est ainsi que peuvent s'expliquer les applications illogiques de la notion d'autonomie que nous avons signalées. Des confusions du même genre ont été faites par quelques auteurs dans la question de la limitation du taux de l'intérêt. Il est assez difficile de dire avec certitude quel est sur ce point le système de notre jurisprudence ; les motifs qu'elle invoque sont assez faiblement déduits. Elle paraît consacrer le système d'après lequel la solution dépend de la « *lex loci contractus* ». C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt de la Cour de Cassation du 23 février 1864 (1), que nous avons eu déjà l'occasion de citer, et d'un arrêt bien connu de la Cour de Bastia du 19 mars 1866 (2). Ce dernier arrêt avait à statuer sur une demande d'intérêts introduite à raison d'un prêt qui avait été conclu à Saint-Joseph de Cucuta (Nouvelle-Grenade). Les intérêts stipulés étaient de 18 0/0. La Cour devait donc se demander si la disposition de notre loi du 3 septembre 1807, en tant que règle d'ordre public, ne s'oppose pas à ce qu'un tribunal français sanctionne une convention usuraire au regard de la législation française, dans quelques conditions d'ailleurs que soit intervenue cette convention ; en d'autres termes, si la règle qui prohibe l'usure, n'est pas d'ordre public absolu. La Cour de Bastia répond négativement.

Une question préalable se trouve ainsi écartée du débat. Mais il s'en faut que la difficulté soit résolue. De la solution qui précède, en effet, il résulte uniquement que la

(1) Dans D. P. 64. 1. 166.

(2) Dans S. 66. 2. 255.

loi française ne s'imposant pas d'une manière exclusive, la loi applicable est celle qu'indique la nature du rapport de droit litigieux, rationnellement interprétée. Il s'agit de rechercher cette loi.

La disposition législative qui fixe un taux maximum de l'intérêt peut être diversement envisagée. On peut la considérer, par exemple, comme obligatoire pour les nationaux et les suivant en tous lieux, ou au contraire comme applicables seulement aux prêts conclus sur le territoire, de sorte que les nationaux échapperaient à la prohibition en contractant dans un pays étranger où le taux de l'intérêt est libre. L'arrêt reconnaît compétence, à cet égard, à la loi du lieu du contrat, dans l'espèce à celle de la Nouvelle-Grenade. Cette loi considérant comme licite la stipulation d'intérêts litigieuse, la cour de Bastia en conclut que cette stipulation doit être sanctionnée par les tribunaux français. « Considérant, dit la Cour, que les conventions légalement formées sont obligatoires pour ceux qui les ont souscrites, à moins qu'elles ne blessent les lois, l'ordre public et les bonnes mœurs ; Considérant que pour apprécier la validité d'une convention, il faut se placer au point de vue du pays où elle a été faite », etc.

Cette thèse, d'après laquelle la validité du contrat doit être appréciée suivant la loi du lieu où il a été conclu, avait été déjà affirmée par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 22 août 1865 (1), et elle l'a été depuis par un arrêt de la Cour de Cassation du 21 décembre 1874 (2),

(1) Dans S. 66. 2. 217.

(2) Dans S. 75. 1. 78.

l'un et l'autre relatifs à cette même question de la règle limitative du taux de l'intérêt.

Mais il y a deux manières d'entendre ces assertions de la jurisprudence, qui ne sont d'ailleurs pas motivées. En appliquant ainsi la « *lex loci contractus* », elle a peut-être voulu fixer la compétence de la loi qui limite le taux de l'intérêt, en tant que règle prohibitive ; elle la considérerait, à raison de son but social, comme édictée en vue des prêts contractés sur le territoire, mais comme ne s'imposant pas aux prêts conclus en pays étranger. En cela elle s'inspirerait uniquement du caractère intrinsèque de la prohibition dont il s'agit. Mais peut-être aussi la jurisprudence considère-t-elle la loi du lieu du contrat comme tacitement adoptée par les parties ; en d'autres termes elle ferait dans notre hypothèse une application du principe de l'autonomie. L'intérêt pratique de la question apparaîtrait s'il était démontré par les circonstances que les contractants se sont référés, pour la réglementation du contrat, non pas à la loi du lieu où il s'est formé, ce que la jurisprudence présume, nous l'avons vu, en cas de doute, mais à une loi différente, qui serait par exemple leur loi nationale commune. La jurisprudence appliquerait-elle, même dans ce cas, à la question du taux maximum d'intérêts licite, la loi du lieu de formation du contrat ? Non, si elle a voulu faire une application de la notion d'autonomie ; oui, dans le cas contraire.

Ainsi deux étrangers appartenant à un pays où le taux de l'intérêt est libre, contractent sur le sol français un prêt à intérêt qui ne présente point un caractère commercial et à un taux supérieur à 5 0/0. Ils adoptent vo-

lontairement, pour la réglementation de ce contrat, leur loi nationale commune. Cette loi est certainement applicable dans toutes les questions de droit supplétif que fera naître cette convention. Mais la stipulation relative aux intérêts est-elle licite? La règle posée par notre jurisprudence, et d'après laquelle la validité du contrat dépend de la loi du lieu où il a été conclu, est-elle applicable? La réponse doit varier, suivant le fondement qu'on donne à cette règle. Notons qu'il importe peu que la question se pose devant un tribunal français ou devant un tribunal étranger, si l'on admet que la loi prohibitive de l'usure n'est pas d'ordre public absolu.

M. Bossion, dans une thèse sur « le conflit des lois en ce qui concerne la substance des obligations conventionnelles », interprète les décisions judiciaires que nous avons citées en ce sens, que la limitation du taux de l'intérêt dépendrait de la loi du contrat, c'est-à-dire de la loi librement acceptée par les parties; et M. Bossion adopte cette manière de voir (1). Nous ne saurions la partager. Nous voyons là une extension abusive de la notion d'autonomie, où se révèle la manière de raisonner défectueuse que nous avons critiquée un peu plus haut. On commence par établir, à tort ou à raison, car nous n'entrons pas dans le fond du débat, que la règle qui limite le taux de l'intérêt n'est pas d'ordre public international, c'est-à-dire qu'elle n'est pas liée aux intérêts essentiels de la morale et de la société, et qu'elle n'a qu'une

(1) Bossion. *Du conflit des législations en ce qui concerne la substance des obligations conventionnelles* (thèse), p. 293 et suiv.

valeur toute relative; on en tire cette conséquence, qu'il dépend de la seule volonté des particuliers de s'y soumettre ou de s'y soustraire : c'est là une conclusion qui dépasse incontestablement les prémisses.

M. Bossion formule cependant une réserve : « Nous devons cependant, dit-il, faire une restriction importante. La fraude corrompt tout. Il n'y a pas à invoquer ici l'autonomie des parties ; elles ne peuvent échapper à leur capacité personnelle au moyen d'une fraude. Les Français ne peuvent à l'étranger soumettre leur contrat de prêt à la loi étrangère, que lorsqu'ils se trouvent dans des circonstances où ils puissent, sans vouloir violer leur loi nationale, stipuler en se conformant à la loi étrangère. Aussi présumera-t-on la fraude, si le prêt à intérêt intervient entre deux Français de passage en Italie ; il en sera autrement, s'ils y ont une résidence (1) ».

Cette solution est difficile à concilier avec ce qui précède. Si l'application de la règle qui limite le taux de l'intérêt dépend vraiment, d'une façon exclusive, de la loi d'autonomie, c'est-à-dire si elle ne doit avoir lieu qu'autant que les parties l'ont bien voulu, la fraude aurait un effet des plus singuliers : elle rendrait obligatoire une règle qui ne l'est pas . Or ce résultat nous paraît impossible : car la fraude consiste dans l'intention d'éluder une disposition de la loi ; mais comment peut-on avoir l'intention d'éluder une disposition qui ne s'impose pas par elle-même, et qui ne peut devenir impérative que par suite du procédé détourné qu'on aura employé pour s'y soustraire?

(1) Bossion, *op. cit.* p. 302.

A vrai dire, une pareille subtilité est inintelligible. Si au contraire on considère la prohibition de l'usure comme une règle de statut personnel, ce qui est la négation de la théorie précédemment soutenue par M. Bossion, mais ce qui paraît ressortir cependant du passage que nous venons de citer et où il est dit que les parties « ne peuvent échapper à leur capacité personnelle au moyen d'une fraude », il est difficile de comprendre comment l'absence de fraude peut permettre aux parties de s'affranchir d'une disposition prohibitive de leur législation nationale (1). Aussi M. Bossion est-il amené à établir une distinction tout à fait arbitraire entre le cas où le prêt a été conclu entre deux Français de passage dans un pays étranger, et celui où il est intervenu entre deux Français possédant une résidence dans ce pays. Cette distinction est mal fondée ; le texte même de l'art. 3 §4 de notre Code Civil la condamne, puisqu'il y est dit que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. »

Cet exemple suffit pour montrer que lorsqu'on parle de la « loi du contrat », qui n'est autre que la loi acceptée, expressément ou tacitement, par les parties, il faut se garder des confusions que cette expression est susceptible d'entraîner, et que loin de reconnaître à cette loi une compétence absolument générale sur toutes les questions que la convention peut faire naître, il faut soigneusement réserver les dispositions impératives ou prohibi-

(1) Voir à ce sujet les intéressantes observations de M. Aubry dans l'article déjà cité, *Clunet*, 1896, p. 726 et suiv.

tives, dont la sphère d'application, au point de vue international, doit être déterminée par des raisons diverses, variables suivant la nature de la disposition et le but en vue duquel le législateur lui a imprimé un caractère obligatoire, mais dans tous les cas indépendantes de l'autonomie individuelle.

SECTION III

De la qualification des rapports juridiques relevant de l'autonomie.

Une dernière question qu'il nous reste à examiner est celle de savoir quelle est la législation compétente pour qualifier les rapports juridiques relevant de l'autonomie.

I

Cette question elle-même nécessite quelques mots d'explication. Le problème des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques a été posé pour la première fois par M. Bartin dans une savante étude parue dans le *Journal de Droit international privé* (1). Elle a été depuis reprise et développée avec des conclusions contraires par M. Despagnet (2). Les législations diffèrent, dit en substance M. Bartin, non-seulement par la manière

(1) Bartin, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*, Clunet, 1897, p. 225, 466, 720.

(2) Despagnet, *Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*, Clunet, 1898, p. 253.

dent elles réglementent les diverses espèces de relations juridiques, mais encore par la manière dont elles les qualifient. De là il suit que la construction d'un système universel de Droit international privé se heurte à un obstacle à peu près insurmontable. En effet, alors même que tous les États seraient d'accord pour soumettre chaque catégorie de rapports juridiques à une législation déterminée, les conflits ne seraient pas supprimés, car la divergence de vues subsisterait sur le point de savoir si une question litigieuse se réfère à telle ou telle espèce de rapports. Ainsi, alors même qu'il serait universellement admis que l'état et la capacité des personnes doivent être régis par leur loi nationale, il pourrait y avoir néanmoins conflit au sujet du rattachement de telle ou telle difficulté à la capacité ou, par exemple, à la forme des actes juridiques. De même on aurait beau décider que les successions doivent dépendre de la loi nationale du « *de cuius* », le régime matrimonial, de la loi du domicile matrimonial, deux législations différentes, bien qu'adoptant l'une et l'autre ces principes, pourraient se trouver en désaccord en ce qui concerne la solution à donner à un litige, l'une rattachant le rapport de droit au régime successoral, l'autre au régime des biens entre époux.

M. Martin reconnaît d'ailleurs qu'il éprouve quelque peine, non seulement à résoudre le problème qu'il pose, mais même à le formuler très-clairement. Il est assez difficile de se faire une idée bien nette de ce qu'il entend par ces expressions de qualification des rapports juridiques, car il désigne sous ce nom des choses très-dissemblables. C'est ainsi qu'il range parmi les conflits de qualification

qui font l'objet de son étude, des conflits relatifs à la qualification de droits proprement dits; par exemple: le droit au douaire est-il un droit successoral? est-il un droit résultant des conventions matrimoniales? — des conflits relatifs à la qualification de certaines règles légales; par exemple: la disposition qui interdit de tester en pays étranger autrement qu'en la forme authentique, est-elle une règle de forme? est-elle une règle de capacité? — M. Bartin rattache encore au même ordre d'idées le conflit des lois qui décident de la nature mobilière ou immobilière des biens. Or qui ne voit qu'il s'agit ici de qualifier des choses matérielles, et non plus des rapports juridiques? Entraîné par la logique de son système, M. Bartin croit devoir admettre que la rigueur des principes conduirait à reconnaître compétence à la « *lex fori* » seule sur le point de savoir si un bien doit être considéré comme un meuble ou comme un immeuble, et s'il écarte cette solution, s'il se prononce avec l'unanimité de la doctrine pour la loi du lieu où la chose est située, c'est par une véritable dérogation qu'il s'efforce de justifier par des raisons peut-être un peu trop compliquées, mais qui se ramènent en définitive à des considérations d'utilité pratique. Or il est assez difficile de saisir les motifs de ce prétendu principe auquel M. Bartin croit devoir apporter une exception, et qui voudrait que la nature mobilière ou immobilière des choses fût déterminée par la « *lex fori* ». — M. Bartin traite encore dans la même étude de la qualification des actions en justice, de la détermination de leur caractère civil ou commercial. Mais ces questions rentrent dans la compétence de la « *lex fori* » en vertu de la règle générale qui

soumet à cette loi tout ce qui se rattache à la procédure, et par conséquent pour des raisons entièrement étrangères à celles par lesquelles M. Bartin motive la règle qu'il croit devoir proposer en ce qui concerne la qualification des rapports juridiques.—M. Bartin range enfin parmi les conflits de qualification ceux qui se rattachent à la détermination du lieu de formation ou du lieu d'exécution d'un contrat, lorsque les contractants doivent être réputés avoir opté pour la loi de l'un ou de l'autre de ces lieux. Ces difficultés, que nous avons examinées plus haut à propos des présomptions légales destinées à déterminer la loi d'autonomie, sont-elles vraiment relatives à la qualification des rapports juridiques ? M. Despagnet ne le pense pas (1), et nous croyons qu'il a raison.

S'efforçant, il est vrai, de synthétiser sa pensée dans une formule aussi concise que possible, M. Bartin pose de la manière suivante la question qui fait l'objet de son étude : Quelle est la loi qui donne la qualification des droits ? Les droits peuvent être qualifiés à des points de vue nombreux ; ils peuvent être personnels ou réels, attachés ou non à la personne dans le sens de l'art. 1166 du Code civil, transmissibles ou non aux héritiers, susceptibles ou non de renonciation de la part de leurs titulaires, etc. Dans tous les cas, la nature d'un droit ne peut dépendre que de la loi qui reconnaît ou qui réglemente ce droit. C'est là une vérité trop évidente pour qu'il soit utile d'insister. Comment peut-il dès lors y avoir conflit de lois au sujet de la qualification d'un droit ?

(1) *Clunet*, 1898, p. 270.

Le problème examiné par M. Martin concerne, si nous avons bien compris sa pensée, la qualification des règles légales.

Il faut supposer les diverses dispositions législatives réparties en un certain nombre de catégories dont chacune se rapporterait à un objet conçu d'une manière générale, et représentant un groupe de relations juridiques : état et capacité des personnes ; régime des biens ; successions ; substance des obligations conventionnelles ; forme des actes juridiques ; régime matrimonial, etc. A chacune de ces catégories de lois correspondrait une règle de droit international privé déterminant leur compétence en cas de conflit. Dès lors, toutes les fois qu'un conflit se présentera, il faudra, pour le trancher, classer les diverses lois en concours dans l'un ou l'autre de ces groupes, afin de vérifier si les conditions de leur application se trouvent remplies. Si nous supposons, par exemple, qu'un litige relatif à la succession d'un étranger s'élève devant un tribunal français, pour savoir si la loi étrangère doit être appliquée, il ne suffit pas d'être fixé sur la règle de droit international privé d'après laquelle la succession d'une personne doit être régie par sa loi nationale ; il faut encore, évidemment, s'assurer que la disposition étrangère à laquelle il s'agit de donner effet est bien relative au règlement de la succession ; il faut en d'autres termes qualifier cette disposition.

Telle paraît bien être la difficulté que M. Martin désigne par les expressions de qualification des rapports de droit.

C'est ce qu'on peut induire des deux exemples principaux qu'il cite au début et qui donnent en quelque sorte

le type des questions qui font l'objet de son étude. Il suppose qu'un Hollandais a fait en France un testament olographe, contrevenant à l'art. 992 du Code néerlandais. Cette prohibition doit-elle avoir effet, et par suite le testament doit-il être annulé ? Oui, si on considère cette disposition comme une règle de statut personnel, car nous supposons admis, aussi bien en France qu'en Hollande, que le statut personnel d'un individu dépend de sa loi nationale ; si au contraire on dénie ce caractère à l'art. 992 du Code néerlandais, le testament doit être valide en vertu de la règle « *Locus regit actum* », également admise en France et en Hollande. La solution dépend donc de la qualification que l'on donnera à la règle de la loi hollandaise qui interdit aux nationaux des Pays-Bas de tester en pays étranger autrement qu'en la forme authentique. M. Martin pose encore l'espèce suivante, empruntée, comme celle qui précède, à la jurisprudence. « Une femme réclame son douaire au décès de son mari, qui a acquis une nationalité différente depuis le mariage et dont les biens sont situés sur le territoire de l'Etat où il s'est fait naturaliser. Dans le pays auquel la femme n'a pas cessé d'appartenir comme dans la patrie nouvelle du mari défunt, on décide que le régime des biens des époux est fixé par la loi de leur domicile matrimonial ; dans les deux pays on admet également que la succession du mari doit être réglée conformément à sa loi nationale au moment de son décès. Mais dans le pays de la femme, l'attribution du douaire se rattache à la liquidation du régime des biens entre les époux, tandis que, dans celui du mari, cette question rentre dans le règlement de sa succes-

sion » (1). Il faut ajouter que le droit au douaire est reconnu par la loi nationale de la femme, mais qu'il ne l'est pas par la nouvelle loi nationale du mari. La prétention de la femme doit-elle être accueillie ? Nous supposons que la question s'élève devant un tribunal du pays dont le mari est national et où se trouvent tous ses biens ; la loi de ce pays n'admettant pas le douaire, la disposition de la loi étrangère qui consacre ce droit ne devra être appliquée qu'autant qu'elle sera considérée comme relative au régime des biens entre époux. La solution du litige doit donc encore dépendre de la qualification qui sera donnée à la disposition de loi étrangère dont l'application est demandée.

Le problème étant ainsi précisé, la solution qui se présente naturellement à l'esprit, c'est que pour qualifier une disposition, c'est-à-dire pour déterminer à quel objet elle se réfère, le seul législateur compétent est celui qui l'a édictée ; il paraît même tout à fait irrationnel d'interpréter un texte de loi d'après l'esprit d'une autre législation que celle à laquelle il appartient. M. Bartin a cependant soutenu cette thèse, que la qualification doit toujours être faite conformément à l'esprit de la « *lex fori* ». Ainsi, en nous reportant à l'un des exemples que nous venons de citer, pour décider si l'article 992 du Code Néerlandais est ou n'est pas une règle concernant la capacité des personnes, le tribunal saisi, si c'est un tribunal français, ne devra pas se guider sur la manière de voir du législateur hollandais, mais bien rechercher à quel ordre

(1) Clunet, 1897, p. 236.

d'idées se réfère, dans la législation française, la question qui fait l'objet de la disposition précitée, autrement dit celle de la validité du testament olographe fait en pays étranger. Cette question ne rentrant point dans le statut personnel d'après la manière de voir de notre Code Civil, puisque celui-ci ne contient aucune prohibition semblable à celle de l'article 992 du Code néerlandais, ce texte devra être considéré par le tribunal saisi comme étranger au statut personnel, et par suite ne devra pas être appliqué au testament fait par un Hollandais en France.

C'est pour cela que l'unification du Droit international privé, but que se propose la doctrine, paraît à M. Bartin une chimère. En effet, la détermination de la loi applicable à un rapport de droit doit être précédée de la qualification de ce rapport, et cette qualification doit varier suivant l'appréciation de la « *lex fori* ». Or pour que les diverses législations fussent d'accord en ce qui concerne les qualifications, il faudrait que les questions qu'elles prévoient fussent comprises par elles et réglementées de la même façon ; il faudrait autrement dit arriver à l'unification du Droit privé lui-même, chose qui paraît actuellement irréalisable.

Les arguments sur lesquels M. Bartin appuie sa thèse peuvent se résumer ainsi : chaque législateur, ainsi que l'a montré Savigny, est maître d'ordonner sur son territoire l'application exclusive de sa propre loi ; s'il renonce dans certains cas à ce droit, c'est qu'il estime que des motifs, non point de courtoisie internationale, mais de justice, rattachent le rapport de droit litigieux à une loi

étrangère ; mais on ne saurait méconnaître, sans nier sa souveraineté, qu'il est seul juge de ces motifs, et qu'il a seul qualité pour apprécier la nature du rapport de droit, en vue de le rattacher à telle ou telle loi.

Cette doctrine, sous prétexte de respecter la souveraineté de la « *lex fori* », nous paraît méconnaître à son tour le droit incontestable qui appartient à chaque législateur de fixer lui-même le caractère et la portée des règles qu'il édicte. Aussi croyons-nous devoir nous ranger sur ce point à l'opinion de M. Despagnet. « Lorsque, en s'inspirant des dispositions de sa propre loi, dit M. Despagnet, ou des principes du Droit international privé, le juge se prononce pour l'application de la loi étrangère à un rapport de droit, il entend appliquer cette loi *en tant qu'elle organise et règle ce rapport*. Or, le premier point qui attire l'attention du législateur et qu'il fixe en premier lieu, c'est la nature, ou, si l'on veut, la qualification des rapports qu'il prévoit et réglemente. Ne point tenir compte de sa décision à cet égard, c'est donc commencer par ne pas appliquer au rapport dont il s'agit la loi à laquelle cependant on le déclare assujetti en principe... Il nous paraît tomber sous le sens que la première conséquence de l'adoption d'une loi pour régler un rapport déterminé, c'est l'adoption même de la nature qu'elle attribue, de la qualification qu'elle donne à ce rapport (1) ».

Peut-être la difficulté qu'a soulevée M. Martin, et qui reste encore assez obscure, doit-elle être attribuée à une

(1) Clunet, 1898, p. 261.

certaine équivoque dans la manière dont Savigny a formulé le problème des conflits de lois. Ce problème consiste, pour le jurisconsulte allemand, à soumettre chaque rapport de droit à la loi qui lui convient à raison de sa nature. Mais la nature d'un rapport de droit peut-elle être appréciée abstraction faite de la loi qui organise ce rapport? N'est-ce pas la loi seule qui imprime aux relations qu'elle prévoit et qu'elle réglemente tel ou tel caractère juridique? Et dès lors la qualification des rapports juridiques ne devrait-elle pas rationnellement suivre, au lieu de la précéder, la détermination de la loi compétente? Peut-être serait-il plus exact de dire que le Droit international privé a pour objet de déterminer, en cas de conflit, la loi qui doit être appliquée à raison de la nature, ou, pour employer la formule proposée par M. Pillet, à raison du but social des diverses lois en concours.

II

Sans pouvoir examiner d'une manière approfondie cette question si complexe de la qualification des rapports juridiques, nous nous bornerons à indiquer comment elle peut être soulevée dans la délimitation du domaine de l'autonomie.

Supposons que deux époux originaires de l'un des rares pays où la loi impose un régime matrimonial déterminé, de la République Argentine par exemple, se soient mariés en France sans contrat et qu'ils y aient fixé leur

domicile. M. Martin ne prévoit pas cette hypothèse, mais il déciderait sans doute qu'ils sont mariés sous le régime de la communauté légale de notre Code civil, et non sous celui de la séparation de biens avec communauté réduite aux acquets, qui est le régime légal de la législation argentine (1).

En effet, la loi argentine et la loi française sont d'accord, nous le supposons, pour décider, d'une part que les questions de statut personnel dépendent de la loi nationale de la personne, d'autre part que la substance des conventions tacites est régie par la loi adoptée par les parties. Mais il y a conflit entre les deux législations au sujet de la qualification du régime matrimonial de droit commun : la loi argentine impose celui qu'elle organise, et cela pour des raisons qui intéressent la réglementation des relations de famille ; elle en fait donc un élément du statut personnel ; la loi française voit dans le régime légal une convention tacite, légalement présumée il est vrai, et la jurisprudence, allant plus loin, fixe ce régime, ainsi que nous l'avons vu, au moyen de simples présomptions de fait. Si donc, dans notre espèce, on adopte la qualification de la loi argentine, on déclarera les époux soumis au régime établi par cette loi ; si au contraire on adopte la qualification de la loi française, on les déclarera soumis au régime qu'ils doivent être réputés avoir choisi, c'est-à-dire, d'après la présomption admise par la jurisprudence française, en l'absence d'indication contraire, au

(1) V. Weiss. *Traité élémentaire de Droit international privé*, p. 592 note 3.

régime organisé par la loi de leur domicile matrimonial, autrement dit au régime français. C'est cette dernière solution qu'adopterait M. Martin, puisque le principe qu'il a posé veut qu'en cas de divergence la qualification de la « *lex fori* » l'emporte toujours.

Nous croyons au contraire que la règle d'après laquelle le statut personnel des étrangers est régi, même en France, par leur loi nationale, doit être entendue en ce sens, que toutes les dispositions qui, dans la pensée du législateur étranger, se réfèrent au statut personnel, doivent être appliquées même sur notre territoire aux nationaux de l'Etat intéressé. Toute autre interprétation méconnaîtrait, à notre avis, le droit absolu qui appartient à chaque Etat de régler souverainement le statut personnel de ses nationaux; sous la réserve, bien entendu, de l'ordre public international, qui n'est point en jeu dans l'hypothèse que nous venons d'indiquer.

Certaines décisions judiciaires paraîtraient confirmer sur ce point la thèse de M. Martin. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1857 (1) a décidé que des époux sardes, mariés sans contrat et domiciliés en France, se trouvent soumis, en vertu de leur volonté présumée, au régime de la communauté légale de notre Code Civil, malgré l'art. 1573 du Code Civil de Sardaigne qui proscriit toute communauté autre que la communauté réduite aux acquets, et qui, dans l'esprit de la législation sarde, constitue incontestablement une prohibition faisant partie du statut personnel des nationaux sardes et s'imposant à

(1) S. 1857, I, 217.

eux même en pays étranger. Toutefois on ne peut affirmer que cet arrêt résolve la question de la qualification des rapports juridiques, et l'on peut y voir simplement une interprétation erronée de l'art. 1573 du Code de Sardaigne, que cette décision rattache faussement au statut réel.

DEUXIÈME PARTIE

DES APPLICATIONS EXCEPTIONNELLES DE LA NOTION D'AUTONOMIE.

CHAPITRE PREMIER

Du caractère de la règle « *Locus regit actum* »

I

Dans la terminologie de nos anciens auteurs, les expressions de *formes*, *formalités*, *solennités*, étaient souvent employées, dans la théorie des conflits de lois, pour désigner tous les éléments de l'acte juridique, aussi bien les éléments internes que les éléments externes. On qualifiait fréquemment les premiers de « formalités intrinsèques » ou « viscérales », et on les opposait aux formalités « extrinsèques ». La terminologie était d'ailleurs très-variable, et les classifications des formes qui ont été proposées sont nombreuses. On reconnaît aujourd'hui que c'est par un véritable abus de langage que l'on appelait ainsi « formes » ce qui se rattache au fond, et l'on réserve cette expression pour le mode de manifestation extérieure de la volonté des personnes qui prennent part à un acte juridique.

Cette précision étant ainsi faite, il convient d'ailleurs d'établir des distinctions dans le domaine des formes. « Il existe en effet, dit M. Lainé (1), c'est une division qui s'impose, trois sortes de formes. Quelques-unes suppléent au défaut de capacité de certaines personnes. Plusieurs sont destinées à faire connaître aux tiers certains actes contenant des constitutions ou transmissions de droits. La plupart servent, à la fois ou distinctement, à manifester la volonté des parties, à protéger leur liberté, à conserver le souvenir de l'acte, dont elles constitueront la preuve. Or, comme nous l'avons vu, les premières appartiennent au statut personnel, les secondes au statut réel ». Les deux premiers groupes étant ainsi mis de côté, il reste le troisième, qui comprend les règles de forme les plus nombreuses, les plus complexes et les plus difficiles à analyser et à classer à raison de leur objet. Ces règles rentrent-elles dans le domaine de l'autonomie? Leur application dépend-elle d'un libre choix des intéressés? Pour répondre à cette question, sur le terrain de la théorie pure, il convient de recourir au criterium général que nous avons indiqué dans la première partie de cette étude et de nous demander si la fonction de ces lois est de suppléer au silence des parties, ou si au contraire elles s'imposent à ces dernières, si elles limitent leur liberté. La réponse ne saurait faire de doute : le caractère impératif des règles dont nous nous occupons est certain. Elles ont pour but de pourvoir aux

(1) Lainé. *Introduction au Droit international privé*, t. II, p. 330.

intérêts généraux que M. Lainé indiquait dans le passage que nous venons de citer : protection pour les parties, garantie pour la pleine liberté de leur consentement et pour la sincérité de la preuve. Elles sont d'ailleurs toujours accompagnées d'une sanction, explicite ou implicite, qui consiste, soit dans la nullité absolue de l'opération juridique, s'il s'agit d'actes solennels, soit dans le refus d'un ou de plusieurs modes de preuve. Il ne s'agit donc pas de savoir ce que les parties ont voulu, mais à quelles conditions leur volonté doit être reconnue et produire des effets légaux.

Si donc on se réfèrait à notre principe général, on devrait décider que les parties n'ont pas le droit de choisir la législation qui régira l'acte juridique en ce qui concerne la forme.

Mais ce résultat est écarté ou plutôt atténué en pratique, du moins dans l'opinion générale. Les conflits de lois relatifs à la forme des actes juridiques sont dominés par une maxime traditionnelle qui a pour elle l'autorité d'un long passé et d'une adhésion à peu près unanime : c'est la célèbre maxime « *Locus regit actum* ». Or, dans la doctrine adoptée par la majorité des auteurs, les parties ne sont pas absolument obligées de se soumettre, conformément à cette maxime, aux règles de forme édictées par la loi du lieu où l'acte est passé ; elles peuvent, si elles le préfèrent, se conformer aux prescriptions de leur loi nationale commune. Elles jouissent donc à cet égard d'une faculté d'option, limitée il est vrai, et il y a là une véritable exception au principe général que nous avons essayé d'établir et suivant lequel l'autonomie, c'est-

à-dire le choix des intéressés entre deux ou plusieurs législations, ne peut s'exercer sur aucun des points où la loi est impérative ou prohibitive.

Toutefois le caractère facultatif de la règle « *Locus regit actum* » est vivement controversé, et l'on ne s'en étonnera pas si l'on tient compte de l'histoire de cette règle. Les exigences de la vie juridique ont de bonne heure fait sentir la nécessité d'admettre en tous pays la validité de l'acte juridique passé en la forme prescrite par la loi locale : de là est née la règle « *Locus regit actum* ». Mais comme des systèmes inspirés de principes généraux très-différents se sont succédé en matière de conflits de lois, ces systèmes, tout en acceptant la règle parce qu'elle était dictée par les besoins de la pratique, l'ont justifiée par des raisons de diverse nature et ne lui ont pas toujours donné le même caractère ni la même portée.

Il faut remarquer du reste que les conflits de législations relatifs à la forme des actes peuvent se présenter sous des aspects multiples, et que par suite la règle « *Locus regit actum* » peut être invoquée pour résoudre des problèmes variés.

La question se pose en premier lieu de savoir si l'acte fait dans la forme édictée par la loi du lieu où il est passé, est valable, et elle peut être dédoublée. Il conviendrait de rechercher, d'abord, si cet acte est valable au regard de la loi locale, alors même que les parties seraient de nationalité étrangère ou que l'acte intéresserait un immeuble situé en pays étranger ; ensuite, si cet acte en le supposant valide par la « *lex loci actus* », doit l'être également par les législations des pays étrangers où son sort peut être mis

en question, par exemple par la loi nationale des parties si l'on suppose qu'elles ont traité en dehors de leur patrie, ou par la loi du pays où est située la chose qui fait l'objet de l'acte, ou par la loi du domicile du débiteur qui sera actionné à raison de cet acte. Sans insister davantage, on voit la diversité des hypothèses susceptibles de se présenter dans cet ordre d'idées.

On peut se demander en second lieu si l'acte fait contrairement aux règles de forme édictées par la loi du lieu où il est passé, mais conformément aux prescriptions de forme, soit de la loi nationale des parties, soit de la « *lex rei sitæ* », soit de la « *lex fori* », est valable. Et ici encore des distinctions seraient à faire, suivant que la question se posera devant un tribunal du pays où l'acte a été passé, ou devant un tribunal d'un pays étranger, appelé à en connaître.

Voilà donc deux questions principales, chacune susceptible de sous-divisions, dont la solution serait indispensable pour avoir un système d'ensemble sur les conflits de lois relatifs à la forme des actes. Nous nous bornons à rappeler pour le moment, en ce qui concerne la première, qu'elle est résolue en principe, et sauf des exceptions, dans le sens de la validité de l'acte, quel que soit le pays où s'élève le débat. C'est là l'objet direct de la maxime « *Locus regit actum* », le but essentiel en vue duquel elle a été admise. Donc, en thèse générale, l'observation de la loi locale, en ce qui concerne la forme, *suffit* à valider l'acte. Notre seconde question se pose alors : cette observation de la loi locale est-elle *nécessaire* ? La règle « *Locus regit actum* » est-elle obligatoire ou facultative ?

Bien que nous ayons distingué deux grandes questions et que l'objet de notre étude restreigne notre examen à la seconde, il faut reconnaître que la solution de celle-ci dépend étroitement des motifs par lesquels on justifie celle qu'on donne à la première. On peut en effet considérer la validité de l'acte conforme à la « *lex loci actus* », soit comme l'application du droit commun, soit au contraire comme une mesure de faveur dérogatoire aux principes généraux, mais admise dans l'intérêt des parties, en vue de faciliter les relations juridiques. Dans ce dernier cas, comme on ne peut contraindre une personne à user d'une faveur, le caractère facultatif de la règle s'impose.

Quelle est donc la loi que l'on devrait reconnaître compétente en ce qui concerne la forme des actes juridiques, si l'on faisait abstraction de cette règle consacrée par la coutume et par l'assentiment universel ?

II

La question a été diversement envisagée suivant les époques. Elle s'est posée de très-bonne heure, dans l'Italie du moyen âge, pays de villes commerçantes et riches, où les actes juridiques faits entre personnes originaires de cités différentes et destinés à produire des effets extraterritoriaux devaient être fréquents. Aussi les travaux de l'école italienne fournissent-ils des documents assez nombreux.

Le problème du conflit des lois était alors tout nouveau,

car le droit romain, ainsi que nous l'avons remarqué plus haut, ne fournissait sur cet ordre de questions que des données tout à fait insuffisantes, et il convient d'ajouter que ce problème se présentait dans des conditions qui donnaient aux juristes appelés à le résoudre une initiative particulièrement étendue. En effet, le conflit des diverses souverainetés, en matière de Droit privé, se compliquait de la question de savoir quelle était, dans l'état social tout particulier de l'Italie du Nord au moyen âge, l'étendue d'autorité des statuts locaux. La situation des cités lombardes, nominalelement sujettes de l'Empereur, mais en fait indépendantes, était à cet égard assez indécise, et c'était une question fort délicate que celle de savoir dans quelle mesure elles avaient le droit de se donner des lois municipales dérogeant au Droit romain, qui formait le droit commun de l'Empire (1). Aucune règle bien précise ne permettait de fixer à ce point de vue les limites de leur autonomie, et le rôle considérable que joue dans les travaux des statutaires italiens, particulièrement dans ceux de Bartole, la distinction des statuts « favorables » et des statuts « odieux », montre que l'autorité des lois locales variait beaucoup suivant l'appréciation toute personnelle de ces auteurs, qui l'étendaient ou la restreignaient suivant que la disposition dont il s'agissait leur paraissait bonne ou mauvaise.

Pour ces diverses raisons, les décisions de ces juristes paraissent quelquefois faiblement motivées, et rarement elles procèdent de principes généraux. Ils furent des ana-

(1) V. Lainé, *op. cit.* t. I, p. 139.

lystes ingénieux et d'un grand bon sens pratique, ils virent les difficultés sous leurs aspects multiples, ils eurent recours à de nombreuses distinctions et sous-distinctions, mais ils ne cherchèrent pas à édifier une synthèse d'ensemble, et l'on ne saurait le leur reprocher, car malgré leurs tâtonnements inévitables, leur méthode a donné des résultats plus féconds que n'en eût donné une construction systématique trop hâtive.

Dans la matière des conflits de lois relatifs à la forme, il leur arrive parfois de passer en revue plusieurs opinions en présence, puis de conclure par une simple affirmation. On en trouve un exemple dans le passage suivant de la dissertation de Cinus : « Prenons l'hypothèse suivante : la coutume ou le statut de Bologne exige que le testament soit fait devant dix témoins, et c'est le droit commun qui sur ce point est observé à Florence. Une personne qui avait des biens tant à Bologne qu'à Florence a fait (à Florence) son testament devant sept témoins. Titius, l'héritier institué, vient à Bologne, y réclame les biens qu'y avait le testateur et produit le testament. Les possesseurs des biens opposent la nullité du testament, disant que, pour être valable, il aurait dû être fait en présence de dix témoins. Lequel des deux statuts l'emportera ? Nous ne pouvons pas dire qu'il faut considérer le lieu du contrat, puisqu'il s'agit d'un testament. Que déciderons-nous ? Speculator a traité ce point, suivant son habitude, en rapportant diverses opinions, mais en s'abstenant de donner la sienne. Jacobus de Ravenna dit que l'héritier institué aura les biens situés à Florence, mais que les biens situés à Bologne appartiennent à l'héritier *ab intestat*. Car il affirme

qu'il faut s'attacher à la coutume du lieu où les biens sont situés. A la vérité, son opinion semble se heurter au principe que l'on ne peut mourir partie *testat* et partie *intestat*; mais à cela je réponds que cette règle, propre au droit écrit, qui est partout le même, n'est plus applicable lorsque des statuts différents sont en présence, que la diversité des statuts permettrait de mourir *testat* pour les biens situés à Florence et *intestat* pour les biens situés à Bologne, comme elle permettrait de faire deux testaments, l'un conforme à la coutume de la première de ces villes, l'autre conforme à la coutume de la seconde. Petrus, à ce sujet, donne la même décision, lorsque la coutume de l'autre cité est vraiment contraire, mais pense que l'héritier institué doit recueillir tous les biens, si le droit commun est observé dans les deux villes. Certains auteurs plus modernes sont d'avis que l'héritier institué a droit à tous les biens, parce que l'on doit s'attacher au lieu où le testament a été fait, alors même que les biens sont ailleurs. Et je pense que cette opinion doit prévaloir » (1).

Albéric de Rosate, se demandant si le testament fait à Venise, dans la forme régie par la coutume locale, par un citoyen de Bergame, doit produire des effets dans cette dernière cité, résout cette question par l'affirmative, mais il se borne à combattre l'opinion contraire soutenue par Oldradus et Jacobus de Ravena, en s'appuyant sur des lois romaines qui en réalité sont étrangères à la question (2).

(1) Cité par Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 123.

(2) Lainé. *op. cit.*, t. I, p. 126.

A son tour Bartole examine l'hypothèse d'un testament fait à Venise par un étranger, en présence de deux ou de trois témoins, ce que permet le statut vénitien, alors que le droit commun exige un nombre de témoins plus considérable. Après avoir discuté et résolu par l'affirmative la question de la validité du statut local, Bartole se demande s'il est applicable aux étrangers. Il estime qu'il faut encore répondre affirmativement, mais en dehors d'un argument de texte, très-peu concluant, qu'il puise dans la l. 2 au C., lib. VI. tit. XXXII (*Quemadmodum testamenta aperiuntur*), Bartole se borne à invoquer cette raison, que la loi vénitienne, simplifiant les formes du testament, puisqu'elle exige un moins grand nombre de témoins que le droit commun, est une coutume « *utilis et bona et favorabilis* », et que par suite son application doit être étendue le plus largement possible (1). C'est un faible argument, et en tous cas tout à fait insuffisant pour justifier d'une manière générale la compétence de la loi locale en matière de forme. On conçoit à la rigueur qu'il puisse être invoqué pour trancher le conflit de deux législations qui s'imposent l'une et l'autre sur le même territoire, à savoir du droit commun et du droit local, considéré comme droit d'exception. Mais que l'on envisage le conflit entre deux législations indépendantes, par exemple entre la loi du lieu de l'acte et celle du pays d'origine du testateur. Il est inadmissible que celle-ci s'efface ainsi devant la première, par la raison que ses dispositions seraient moins bonnes que celles de la loi du pays où le tes-

(1) V. Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 138-141.

tament a été fait. Un Etat ne peut, sans abdiquer sa propre souveraineté, juger lui-même sa législation inférieure à celle d'un Etat voisin, et baser les règles du conflit sur cette prétendue infériorité.

En matière de contrats, Bartole se borne à affirmer que la forme de l'acte est régie par la loi du lieu où il est passé (1).

Ainsi les juriconsultes italiens du moyen âge, tout en sentant la nécessité pratique d'admettre en tous pays la validité de l'acte fait conformément aux prescriptions de forme de la loi locale, étaient assez embarrassés pour appuyer cette solution sur des raisons vraiment rigoureuses. Aussi, bien qu'on puisse sans aucun doute faire remonter jusqu'à eux l'origine de la règle « *Locus regit actum* », est-il assez difficile de préciser le fondement théorique qu'ils lui ont attribué.

Ils invoquèrent, il est vrai, des textes du Digeste et du Code de Justinien (2). Mais ces arguments n'étaient point décisifs. Fachinée, un professeur de Pise, le seul parmi les juriconsultes de l'école italienne qui se soit séparé sur cette question de l'opinion générale, démontra le peu d'appui que prêtaient à la thèse de Bartole les principaux textes qu'il avait cités (3). Mais son avis demeura isolé (4), et du reste il écrivit à la fin du xvr^e et au

(1) Lainé, *op. cit.* t. I, p. 133.

(2) Les principaux étaient : la l. 6 au D., XXI, II ; la l. 2 au C., VI, XXXII ; la l. 1 au C., VIII, XLIX ; la l. 41 au D., XXIX, II. la l. 31 au D. *De regulis juris* ; la l. 1 au D. *De usuris et fructibus* ; la l. 31 au C. *De testamentis*.

(3) *Controversiae juris*, lib. V. cap. XC et XCI.

(4) En ce sens Lainé, *op. cit.* t. II, p. 314 et 351.

commencement du xvii^e siècle, à une époque, par conséquent, où la règle qui valide l'acte fait dans la forme réglementée par la loi locale, commençait à acquérir l'autorité d'une règle coutumière. Cette règle fut adoptée de bonne heure, non seulement en Italie, où elle fut admise dès que le problème du conflit des lois se fut posé (1), mais en France, où cependant sa victoire fut un peu plus lente et plus difficile, parce qu'elle eut à lutter contre la notion de la territorialité des coutumes, et où elle ne triompha d'une manière définitive qu'au xvi^e siècle, grâce à l'influence de Dumoulin (2).

III

Si maintenant nous passons à la doctrine française et hollandaise postérieure au xvi^e siècle et qui a subi l'influence de d'Argentré, nous constaterons encore une unanimité à peu près complète dans l'adoption de la règle déjà établie par la doctrine italienne (3), mais aussi beaucoup d'incertitude en ce qui concerne le fondement de cette règle.

La question se présentait pour les jurisconsultes de l'école française d'une manière plus embarrassante encore que pour ceux de l'école italienne. Ceux-ci, en effet, n'avaient pas à se préoccuper d'encadrer la règle qu'ils proposaient dans un système de principes généraux,

(1) Lainé, *op. cit.* t. II, p. 310.

(2) Lainé, *op. cit.* t. II, p. 312 et suiv.

(3) On peut consulter sur les vicissitudes que subit cette règle dans la doctrine française, Lainé, *op. cit.*, II, p. 358 et suiv.

puisqu'ils procédaient par décisions isolées et qu'ils analysaient séparément les diverses espèces de rapports juridiques. Mais du jour où l'on établit une règle destinée à dominer toute la théorie des statuts, celle en vertu de laquelle toutes les lois sont réelles ou personnelles, la réalité étant la règle et la personnalité l'exception (1), on devait logiquement tenter de faire rentrer dans cette classification générale les dispositions relatives à la forme des actes.

Cette entreprise était ardue, car s'il est des lois qui s'adaptent mal à cette division des statuts, on peut citer au premier rang les règles de forme. Peut-on dire qu'elles se réfèrent directement à la condition juridique des personnes, ou à celle des choses ? Aussi pour leur attribuer le caractère de lois réelles, ou celui de lois personnelles, dut-on recourir à de véritables artifices de raisonnement.

Quelques auteurs se prononcèrent pour la réalité, mais en bornant leurs explications aux formes des actes par lesquels on dispose d'un immeuble : tels furent Burgundus et Rodenburgh (2). La conséquence logique de cette manière de voir était la compétence de la « *lex rei sitæ* », et si Rodenburgh admet la validité de l'acte contraire aux prescriptions de forme de cette loi, mais conforme à celles de la « *lex loci actus* », il voit là une règle anormale et dictée par les besoins de la pratique.

(1) Voir sur ces caractères généraux de la doctrine française, Lainé. *op. cit.*, t. II, p. 24 et suiv., p. 69 et suiv.

(2) Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 372 et suiv.

Telle est aussi dans ses grandes lignes la doctrine de Jean Voët. Après avoir affirmé dans toute sa rigueur le principe de la réalité, et en avoir conclu que les actes devraient être faits dans la forme exigée par la loi du pays où sont situés les biens que ces actes concernent, il constate que la coutume a apporté un tempérament à cette règle en faisant admettre la validité de l'acte conforme à la loi du lieu où il a été passé. Les raisons de cette dérogation au droit strict sont, suivant Jean Voët, des motifs d'utilité pratique : d'une part, les inconvénients qu'il y aurait eu à obliger les particuliers à faire plusieurs actes revêtus de formes différentes, lorsqu'ils possèdent des biens dans plusieurs territoires soumis à différentes coutumes ; d'autre part, l'entrave qu'on aurait mise aux relations juridiques, en imposant aux parties l'observation de la loi d'un pays où elles ne se trouvent pas, loi sur laquelle il pourrait leur être difficile de se renseigner exactement (1).

D'autres auteurs crurent pouvoir classer les lois de forme parmi les statuts réels, sans restreindre cette thèse aux formes des actes portant aliénation d'un immeuble. Tels furent Guillaume Raviot et Boullenois. Celui-ci avait commencé par admettre la nécessité de créer une catégorie spéciale de statuts qui comprendrait les règles de forme, et pour laquelle la loi compétente serait déterminée par le lieu de formation de l'acte (2). Il changea plus

(1) *Commentarius ad Pandectas*, lib. I, tit. IV, pars 2, *De statutis*, n° 10 et suiv.

(2) Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 375.

tard d'avis, et soutint que les lois de forme sont réelles. Et voici ses motifs : « Mais, dès lors, il faut dire que ces formalités servant à l'authenticité des actes sont réelles, par la raison alléguée par Burgundus que les actes solennels « *omnino sortiuntur essentialiam secundum leges regionis in qua celebrantur* ». Or, si les actes prennent leur être et leur essence de la loi du lieu où on les passe, ils appartiennent à cette Loi ; ce sont les enfants de cette Loi, elle leur a donné l'être et la vie ; les contrats sont la chose du lieu, les formalités sont attachées au contrat, elles affectent la chose et non la personne, elles sont donc réelles » (1).

Ainsi l'acte est assimilé à une chose, et la loi du lieu où il s'est formé le régit au même titre que les immeubles qui se trouvent sur le territoire où elle est en vigueur. C'était bien, en effet, la seule façon possible de justifier la règle « *Locus regit actum* » par la réalité des lois de forme. Mais on n'y parvenait, on le voit, qu'au moyen d'une fiction subtile qui détournait complètement le mot « chose » et le mot « réel » de leur sens normal.

Il était peut-être plus difficile encore de rattacher les règles de forme au statut personnel. Les lois personnelles, c'est presque une naïveté de le dire, ont pour caractère distinctif de régir un groupe déterminé de personnes, et de les suivre sur quelque territoire qu'elles se transportent. Nos anciens auteurs ne s'en sont pas cependant toujours tenus d'une manière très-ferme à cette notion si simple du statut personnel ; il leur est arrivé de la dé-

(1) Boullenois, *Personnalité et réalité des lois*, t. I, p. 196, Observation XXIII. Cité par Lainé, *op. cit.* t. II, p. 376.

naturer, en vue de donner à leur division des statuts le caractère de généralité que sa nature ne comportait pas, et de réduire la notion du statut personnel à l'effet extraterritorial dont les lois personnelles sont susceptibles (1). Mais ainsi entendue, la distinction des lois personnelles d'avec les autres lois perd sa précision et sa valeur pratique. En ce qui concerne plus spécialement les règles de forme, dire qu'elles sont personnelles en ce sens qu'elles peuvent avoir une autorité extraterritoriale, ce n'est pas résoudre le conflit; ce n'est pas expliquer pourquoi l'acte juridique doit être soumis aux prescriptions de forme de la loi du lieu où il est passé, plutôt qu'à celles de la loi du pays où les parties ont leur domicile. Comment donc certains auteurs Français ont-ils été amenés à considérer les dispositions relatives à la forme des actes comme personnelles ?

Bouhier pose le principe suivant : « Tout statut qui concerne les formalités extrinsèques des actes et leur authenticité est personnel, en sorte que, quand l'acte est passé dans les formes usitées au lieu où il est rédigé, il a partout son exécution (2) ». Dans ce passage, Bouhier ne paraît avoir en vue que l'autorité extraterritoriale dont jouit le statut personnel. Mais ailleurs, il imagine une raison singulière pour expliquer la personnalité des lois de forme. Ces lois, suivant lui, sont attachées à la personne, non point des parties, ce qui aurait pour conséquence logique l'application de la loi de leur domicile, mais

(1) Voir à ce sujet Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 49 et suiv.

(2) *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIII, n° 81.

des officiers publics chargés de recevoir l'acte, ce qui entraîne la compétence de la loi du pays où l'acte est rédigé, car ces officiers publics seront toujours domiciliés au lieu où ils instrumentent. « On oppose mal à propos, dit Bouhier, que si les statuts qui regardent la forme des actes sont personnels, ce ne peut être que par rapport à la personne des disposans, et par conséquent qu'ils doivent se conformer à la loi de leur domicile. Je m'étonne qu'on n'ait pas pris garde que la forme des actes est attachée, non à la personne de celui qui les passe, mais à celle de l'officier qui est chargé de les rédiger; car c'est lui qui est le maître de la forme; c'est à lui que les parties, souvent illittérées, sont obligées de s'en rapporter; c'est lui qui est responsable de cette forme, s'il arrive qu'il fasse à cet égard quelque faute essentielle contre son devoir. C'est de l'autorité qui lui a été confiée par les magistrats du lieu où il est établi que dépend la foi qu'on donne à ses actes. C'est donc uniquement par rapport à lui qu'on doit décider de leur forme (1) ».

La raison imaginée par Bouhier à supposer qu'elle dût être admise, ne pourrait valoir en tous cas que pour les actes qui exigent l'intervention d'un officier public; elle n'explique pas pourquoi les actes privés dépendent, au point de vue de la forme, de la loi du lieu où ils sont passés. Est-ce à dire que la règle « *Locus regit actum* » ne s'appliquait pas à ces actes? Telle n'était point l'opinion générale. Les formules employées par la plupart des

(1) *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIII n° 84-87.

auteurs ne paraissent faire à cet égard aucune distinction ; elles visent les actes privés comme les actes publics (1). En ce qui concerne notamment le testament olographe, des documents notabreux nous apprennent que, d'après la doctrine dominante au XVII^e et au XVIII^e siècles, la validité de cet acte était subordonnée à la loi du lieu de sa rédaction. On décidait même généralement que l'observation de cette loi était, non seulement permise, mais obligatoire (2). L'explication de Bouhier est donc manifestement insuffisante pour donner une base théorique à la règle « *Locus regit actum* » telle qu'elle s'était introduite dans la science et dans la pratique.

D'autres auteurs, comme Froland et Pothier, laissèrent les lois de formes en dehors de la division des statuts en « réels » et « personnels » (3). D'autres enfin composèrent avec ces lois une troisième classe, celle des statuts « mixtes » : de ce nombre paraît avoir été Paul Voët (4).

Ce court exposé suffit pour montrer l'incertitude de la doctrine, aux XVII^e et XVIII^e siècles, au sujet du caractère de la règle « *Locus regit actum* ». Tous les auteurs, ou à peu près, l'admettent ; mais s'agit-il de l'expliquer, de lui donner un fondement rationnel, de lui assigner une place dans les principes généraux du Droit, les divergences d'opinion les plus tranchées se manifestent.

(1) En ce sens, Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 413.

(2) V. Furgole, *Des testaments*, ch. 2, sect. 2, n. 22 ; Pothier, *Des donations testamentaires*, ch. I, art. 2 § 1 ; Merlin, *Répertoire V^e Testament*, sect. II, § IV, art. 1. Cpr. Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 415 et suiv.

(3) Froland, *Mémoires sur les statuts*, p. 135-145. Pothier, *Coutume d'Orléans, Introduction Générale*, n^o 25.

(4) *De statutis*, sect. IV, chap. II.

IV

Aussi la question du caractère obligatoire ou facultatif de la règle ne pouvait-elle être résolue d'après des principes bien fermes. Comment cette question fut-elle envisagée par la doctrine italienne ? M. Lainé croit que l'application de la « *lex loci actus* » aux formes des actes juridiques fut considérée comme obligatoire, mais qu'on ne peut cependant l'affirmer avec certitude, la plupart des décisions données par les auteurs italiens se référant à des hypothèses où il s'agissait de savoir si l'acte fait conformément à la loi locale était valable, et non de savoir si l'acte fait contrairement aux prescriptions de cette loi était nul (1). On ne distinguait pas du reste les actes publics des actes privés (2).

En France et en Hollande, la faculté de se conformer à la coutume du lieu de l'acte, même lorsque cet acte concernait des immeubles situés dans un pays relevant d'une coutume différente, ne fut admise d'abord qu'à titre de faveur, car elle était contraire aux traditions réalistes qui remontent jusqu'à l'origine de notre ancienne jurisprudence et de celle des Pays-Bas. Aussi Rodenburgh reconnaît-il formellement aux parties le droit de suivre la loi du lieu où l'immeuble est situé, même lorsque l'acte est passé dans un pays étranger. « Aucune raison de droit

(1) Lainé, *op. cit.* t. II, p. 398.

(2) Lainé, *op. cit.* t. II, p. 413.

ni d'équité, dit-il, n'oblige à interpréter au détriment des hommes des mesures introduites dans leur intérêt » (1). Il omet d'examiner l'hypothèse où l'acte n'est conforme, ni à la « *lex situs* », ni à la « *lex loci actus* », mais à la loi du domicile de son auteur.

Mais peu à peu, peut-être sous l'influence toute mécanique des formules par lesquelles on résolvait habituellement le conflit, on en vint à considérer la loi du lieu de l'acte comme obligatoirement applicable en matière de forme. C'est en ce sens que se prononcent, à propos du testament, Froland (2), Bouhier (3) et Boullenois (4). En Hollande, Paul Voët pose en principe la nécessité d'observer la loi du lieu de l'acte, mais il admet à cette règle un tempérament : pour des motifs d'équité et d'utilité pratique, l'acte conforme à la loi du domicile de son auteur sera considéré comme valable au lieu même de ce domicile (5). Huber se prononce d'une manière absolue pour le caractère obligatoire de la règle, et il justifie cette décision par l'idée que les étrangers deviennent les sujets temporaires du pays où ils se trouvent (6). C'est d'un motif semblable que s'est inspiré l'Allemand Hertius. Ce dernier admet cependant par exception le caractère facultatif de la règle dans le cas où l'acte émane d'une seule personne,

(1) *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tit. II, cap. III, § II.

(2) *Mémoires sur les statuts*, p. 136.

(3) *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, n° 7.

(4) *Personnalité et réalité*, p. 427 et suiv.

(5) *De statutis*, sect. IX, cap. II, n° 1, 9.

(6) *Prælectiones juris civilis*, l. II, lib. I, tit. III, n° 3, 4.

par exemple lorsqu'il s'agit d'un testament, et dans le cas où l'acte émane de plusieurs personnes appartenant à la même patrie (1). Jean Voët se prononce pour le caractère facultatif de la règle (2).

En résumé, dans le dernier état de l'Ancien Droit, du moins en France, l'opinion la plus générale imposait l'observation des règles de forme édictées par la loi du lieu où l'acte est passé. Et cependant cette règle ne fut pas sans soulever des protestations et des résistances, tout au moins au sujet du testament olographe. La question fut débattue au Parlement de Paris dans un procès célèbre au cours duquel fut prononcé pour la première fois en justice l'adage « *Locus regit actum* » (3). L'arrêt, rendu par la Grand' Chambre le 15 janvier 1721, prononça la nullité d'un testament olographe rédigé à Douai par M. de Pomereu, gouverneur, conformément à la coutume de Paris, alors que le testament olographe était prohibé par la coutume de Douai; mais on ne peut savoir si le Parlement considéra le testateur comme domicilié à Douai, ainsi que le prétendaient les héritiers demandeurs en nullité, en sorte que le testament aurait été contraire à la fois à la loi du domicile et à la loi du lieu de l'acte; ou s'il le considéra comme domicilié à Paris, ainsi que le soutenaient les défendeurs, et s'il annula le testament par application de la maxime « *Locus regit actum* » envisagée comme règle impérative; c'est en ce sens qu'avait conclu l'avocat général Gilbert des Voisins.

(1) *De collisione legum*, sect. IV, § 10.

(2) *Ad Pandectas, De statutis*, n° 15.

(3) V. Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 417 et suiv.

On ne peut dire par suite que cet arrêt ait fixé la jurisprudence sur la question ; il nous apprend tout au moins qu'elle était controversée. Il parut choquant qu'une personne domiciliée en un pays où le testament olographe est autorisé, ne pût user de cette faculté lorsqu'elle se trouvait accidentellement en un lieu où cette forme de testament était interdite. Pour éviter ce résultat, Ricard eut l'idée de soustraire la question de la validité du testament olographe au domaine de la forme des actes et d'en faire une question de capacité (1). Mais cet expédient, s'il avait l'avantage de permettre au testateur de se conformer à la coutume de son domicile, avait en revanche l'inconvénient de l'y obliger. Boullenois proposa de faire de la faculté de tester en la forme olographe, cumulativement, une question de capacité et une question de forme, ce qui aurait permis d'appliquer entre la loi du domicile et celle du lieu de l'acte, la plus tolérante (2) : théorie manifestement illogique, comme Boullenois le reconnaît lui-même, et qu'il ne recommande que par des raisons d'utilité pratique. La question était encore discutée dans le dernier état de l'Ancien Droit.

V

Parmi les législations modernes, les unes consacrent la règle « *Locus regit actum* », en s'expliquant sur le ca-

(1) *Du don mutuel*, ch. VII, n° 307.

(2) *Personnalité et réalité des lois*, II, p. 77.

ractère obligatoire ou facultatif qu'elles entendent lui attribuer; les autres restent muettes sur la question. On peut citer, parmi les premières, le Code civil italien de 1866 (art. 9 § 1 et 2), qui, tout en posant en principe que la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont passés, reconnaît aux parties le droit de suivre leur loi nationale pour les actes privés, lorsqu'elles appartiennent toutes à la même nationalité. Parmi les secondes on peut citer le Code civil Français, qui ne contient que des applications isolées de la règle « *Locus regit actum* », et nulle part une théorie d'ensemble sur la matière.

Or, dans les Etats appartenant au deuxième groupe, la loi écrite ne donnant pas de solution, la règle conserve son caractère coutumier, et par suite c'est dans la tradition, c'est dans l'ancienne Théorie des statuts, que l'on devrait chercher des raisons de décider. Malheureusement nous avons constaté combien la doctrine de nos anciens auteurs était à cet égard restée obscure et indécise.

Suivant M. Duguit, la théorie que les rédacteurs du Code civil auraient tacitement remise en vigueur, serait celle d'après laquelle les lois de forme constituent des éléments du statut personnel des officiers publics chargés de recevoir les actes, et qui explique de cette manière la compétence de la « *lex loci actus* ». M. Duguit en déduit cette conséquence, que la règle « *Locus regit actum* » ne s'applique qu'à la détermination des formes instrumentaires dont doivent être revêtus les actes qui exigent le concours d'un officier public, et qu'elle est impérative. C'est ce principe, très-net et fécond en applications pratiques, qui domine, suivant M. Duguit, tous les conflits

de législations relatifs à la forme des actes en Droit positif français (1).

Le système qui rattache ainsi les lois de forme à la capacité des officiers publics avait été, nous l'avons vu, imaginé par Bouhier. C'est dans l'opinion de cet auteur, reproduite par Prévot de la Jannès, que M. Duguil voit l'expression de l'état définitif de la doctrine et de la jurisprudence françaises, au XVIII^e siècle, sur la question (2). C'est attribuer à ces deux auteurs une autorité bien grande, et nullement justifiée à notre avis. Il ne faut pas perdre de vue qu'à l'époque où écrivait Bouhier, la règle qui valide l'acte passé dans les formes prescrites par la loi locale, datait déjà de plusieurs siècles, que les auteurs italiens du moyen âge l'avaient proclamée, que Dumoulin l'avait fait accepter en France, que son existence était à peu près unanimement reconnue, et que jamais on n'avait songé à la baser sur une assimilation des lois de forme à des lois de statut personnel. Il est bien difficile d'admettre que Bouhier ait eu le pouvoir de modifier ainsi par sa seule décision la portée d'une règle coutumière, en émettant une théorie qui, logiquement interprétée, devait entraîner des conséquences pratiques importantes, notamment une restriction considérable du domaine de la règle « *Locus regit actum* ». Une de ces conséquences devait être que cette règle serait inapplicable à la question de la validité du testament olographe. Or nous savons au contraire que la doctrine, au XVIII^e siècle, se prononçait dans le sens de

(1) Duguil *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils* (thèse), p. 55 et 56.

(2) *Op. cit.* p. 40 et suiv.

la validité de cet acte, lorsque la loi du lieu de sa rédaction autorisait ce mode de tester, et que l'on discutait seulement la question de savoir si les dispositions de cette loi ne s'imposaient pas d'une manière absolue, à l'exclusion de la loi du domicile du testateur.

Au surplus, en regard de l'opinion émise par Bouhier pour justifier en théorie la règle « *Locus regit actum* », on peut citer les manières de voir très-divergentes de beaucoup d'autres auteurs, notamment celles de Rodenburgh, de Jean Voët, de Huber, de Hertius, de Boullenois, de Froland, de Pothier, que nous avons sommairement indiquées. Entre ces façons si diverses d'envisager les conflits de lois relatifs à la forme des actes, rien, ni dans le texte du Code civil, ni même dans les travaux préparatoires, ne permet d'affirmer que ce soit celle de Bouhier qui ait été choisie par les rédacteurs de ce Code.

Ainsi la question que nous posions au début de ce chapitre : La règle « *Locus regit actum* » est-elle une application des principes généraux qui régissent le conflit des lois ? Est-elle, au contraire, une dérogation à ces principes ? Cette question, dont doit dépendre le caractère obligatoire ou facultatif qu'il convient de reconnaître à la règle, est restée indécise dans la théorie des statuts, et elle est par suite difficile à trancher sous l'empire des législations qui, comme la nôtre, se bornent à se référer à la tradition, sans essayer de la préciser.

Suivant Savigny, la loi normalement applicable à la forme des actes juridiques est celle qui régit la substance de ces actes. « Il semble, dit-il, que la forme de l'acte juridique doit être réglée par le droit local auquel cet

acte est soumis.... Ainsi les contrats devraient se faire d'après les formes légales exigées dans le lieu de l'exécution, les testaments, d'après les formes voulues au domicile du testateur, les mariages, d'après les formes prescrites au domicile du mari (1). » Telles seraient, suivant Savigny, les solutions que commande le droit commun, et si elles sont écartées dans la pratique, en vertu de la règle « *Locus regit actum* », cette règle présente le caractère d'une exception aux principes généraux, admise en vue de faciliter les relations juridiques.

Cette manière de voir ne nous paraît pas à l'abri de la critique. Le célèbre juriconsulte semble avoir perdu de vue que la compétence de la loi qui régit la substance des actes juridiques relevant de l'autonomie individuelle, comme les contrats et le testament, est fondée dans son système sur une présomption de soumission volontaire. Or, on ne peut baser la sphère normale d'application des règles de forme sur la libre acceptation des intéressés, puisque ces règles sont impératives, ainsi que nous avons essayé de l'établir plus haut.

L'Ecole italienne résout le problème par l'application du principe de la personnalité du Droit (2). En vertu de ce principe, la forme des actes juridiques devrait être régie par la loi nationale des personnes qui prennent part à ces actes. Des motifs d'utilité et même de nécessité pratiques font admettre une exception à ce principe. On

(1) Savigny, *Système* (trad. Guenoux), t. VIII, p. 315.

(2) V. Weiss, *Traité élémentaire de Droit international privé*, p. 210 et suiv.

rendrait la conclusion des actes juridiques presque toujours difficile, souvent même impossible pour les individus expatriés, si on les obligeait à suivre, en quelque pays qu'ils se transportent, les prescriptions de leur loi nationale. On leur permet donc de se conformer à la loi du lieu où se forme l'acte ; mais ils peuvent, s'ils le préfèrent, ne pas user de cette faculté, et se conformer au droit commun, c'est-à-dire obéir à leur loi nationale. « Cette règle, dit M. Weiss (la règle « *Locus regit actum* »), constitue pour l'étranger une faveur, une dérogation apportée, dans son intérêt, au droit commun de la personnalité des lois ; elle doit donc être ramenée à ses plus étroites limites, et elle ne peut être imposée à qui n'en veut point. Il est naturel de reconnaître à l'étranger le droit d'opter, quant à la forme extérieure de ses actes juridiques, entre la loi locale et celle de sa patrie, et d'attribuer ainsi à la règle « *Locus regit actum* » un caractère purement facultatif (1) ».

Il existe sans doute des dispositions qui, quoique relatives en apparence à la forme, se rattachent en réalité à la capacité, car elles ont pour but de compléter la protection que la loi a cru devoir organiser en faveur de certaines personnes à raison de leur âge ou de leur situation de famille ; elles rentrent donc dans le statut personnel. Mais il nous paraît excessif de dire que toutes les règles de forme sont des lois personnelles. On ne voit pas, par exemple, l'influence que peut exercer rationnellement la nationalité sur l'application des lois qui subordon-

(1) Weiss, *op. cit.* p. 253.

ment à la formalité de la transcription la validité des mutations immobilières à l'égard des tiers, ni de celles qui exigent que la transaction soit constatée par un acte écrit. Cette influence se concevrait peut-être mieux à l'égard des dispositions qui soumettent certains actes à l'authenticité ; on pourrait par exemple considérer l'art. 931 de notre Code civil comme une mesure de protection édictée dans l'intérêt du donateur, et se rattachant à son statut personnel. Mais encore faudrait-il démontrer que la loi organise cette protection dans l'intérêt de ses nationaux seuls, et qu'elle n'entend pas l'imposer, pour des raisons d'ordre public, aux étrangers comme aux nationaux. Quoiqu'il en soit, toutes les fois qu'un acte juridique intervient entre personnes de nationalité différente, et sauf peut-être le cas où manifestement la règle de forme n'est édictée que dans l'intérêt de l'une d'entre elles, l'application du principe de la personnalité aboutirait à soumettre l'acte, cumulativement, aux exigences de forme de toutes les lois nationales des parties ; mais ces exigences peuvent se trouver incompatibles ; il est du reste peu satisfaisant pour la raison qu'un acte juridique, qui constitue une unité, une réalité en quelque sorte indivisible, soit soumis au même point de vue à plusieurs législations différentes. En résumé, la théorie de l'Ecole italienne nous paraît procéder d'un principe beaucoup trop absolu, et qui se réduit presque à une affirmation arbitraire à raison de l'extrême généralité qu'on prétend lui donner.

Si cette théorie présente avec celle de Savigny ce caractère commun, que l'une et l'autre envisagent la règle « *Locus regit actum* » comme une faveur pour les parties,

justifiée par les nécessités de la pratique, mais dérogeant au droit strict, la thèse opposée, celle qui voit dans la loi du lieu de l'acte la loi normalement compétente pour en régir la forme, et qui conclut par suite au caractère impératif de la règle, a été aussi soutenue. Elle a été développée d'une façon particulièrement remarquable par M. Buzzati dans l'ouvrage qui a pour titre : *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili* (1).

Suivant M. Buzzati, la règle « *Locus regit actum* » ne peut trouver une base suffisamment solide ni dans l'autorité de la tradition, ni dans la classification des lois en statuts réels et personnels, ni dans le consentement unanime des nations, ni même dans des motifs d'utilité pratique ; elle n'est pas davantage fondée sur une idée de soumission volontaire. Les règles relatives à la forme sont de véritables lois d'ordre public, inspirées par des raisons de diverse nature, morales, religieuses, politiques, économiques, et obligatoires d'une manière absolue sur le territoire où elles ont été édictées. Voilà pourquoi les étrangers comme les nationaux sont tenus d'observer, lorsqu'ils font un acte juridique, les règles de forme en vigueur au pays où ils se trouvent.

Nous reconnaissons que les lois de forme sont d'ordre public ; mais la conclusion qu'en tire M. Buzzati est très-contestable. Ainsi la législation espagnole admet la vali-

(1) On trouvera une analyse sommaire de cet ouvrage dans les *Principes de Droit international privé* de M. Rolin, t. I, p. 351 et suiv.

dité du testament nuncupatif.⁽¹⁾ Supposons qu'un Espagnol teste en France dans cette forme; tous ses biens se trouvent en Espagne, et c'est devant un tribunal espagnol que s'élève un litige au sujet du testament. Ce tribunal devrait annuler cet acte, comme contraire à l'ordre public français, auquel le testateur aurait contrevenu en n'observant pas les formes exigées par notre Code civil. Or, on ne voit pas bien en quoi notre ordre public peut être troublé par la confection sur notre territoire d'un testament qui ne satisfait pas à ces exigences, alors que ce testament émane d'un étranger et qu'il est destiné à produire tous ses effets dans un pays étranger. On conçoit au contraire que ce même ordre public ne puisse tolérer qu'un Français fasse en Espagne un testament nuncupatif et que les conséquences juridiques de cet acte soient invoquées devant un tribunal de notre pays, à l'encontre d'héritiers français, et à l'égard de biens situés sur notre territoire.

M. Buzzati invoque il est vrai en faveur de la compétence exclusive de la « *lex loci actus* » une raison spécieuse et que M. Rolin a cru devoir approuver. Les lois de forme, destinées en général à assurer la libre et sincère expression de la volonté des parties, varient en raison du degré de civilisation et de culture des peuples; or, à cet égard, chaque législateur local est seul compétent. Cet argument ne nous paraît pas décisif. Il nous semble naturel, au contraire, d'apprécier le degré de culture présumé d'une personne d'après sa nationalité plutôt que d'après le lieu où elle se trouve, peut-être d'une façon purement accidentelle.

(1) Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 702.

VI

A notre avis, pour déterminer la loi normalement applicable à la forme des actes juridiques, il convient tout d'abord de mettre à part certaines formes qui se rattachent au statut personnel, d'autres qui se rattachent au statut réel.

Certaines prescriptions de forme rentrent, disons-nous, dans le statut personnel. C'est en effet un droit incontestable qui appartient à chaque législateur de réglementer comme il croit devoir le faire la condition juridique de ses nationaux, leur aptitude à prendre part à tel ou tel acte, de subordonner cette aptitude aux conditions qu'il juge convenables, et par suite de leur imposer ou de leur interdire l'emploi de certaines formes, alors même qu'ils se trouveraient en pays étranger. Il nous paraît difficile de nier que sa décision à cet égard, qui est l'exercice d'un des attributs normaux de la souveraineté, doive être respectée par les Etats étrangers, à moins qu'elle ne soit jugée par ceux-ci susceptible de compromettre leur propre sécurité ou la bonne organisation de la société telle qu'ils la comprennent : dans ce cas, la notion de l'ordre public international devrait entraîner l'exclusion de la loi étrangère.

Dans certains cas le législateur, exprimant formellement sa volonté à cet égard, décide que la règle de forme s'imposera à ses nationaux même en pays étranger. On en trouve un exemple dans l'art. 992 du Code Néerlandais,

qui interdit aux Hollandais de tester à l'étranger autrement qu'en la forme authentique ; l'art. 982 de ce Code n'autorise l'usage de la forme olographe qu'il réglemente que pour léguer des objets de peu de valeur. La Cour d'Orléans a cependant validé le testament par lequel une Hollandaise avait disposé de tous ses biens en la forme olographe française (1). La Cour fait une application de la règle « *Locus regit actum* » ; mais le législateur néerlandais a manifesté clairement la volonté de faire de la prohibition qu'il édicte dans l'art. 992 une règle de statut personnel, puisqu'il l'attache à la qualité de national des Pays-Bas et écarte expressément la loi du lieu où le testament est rédigé : cette décision aurait dû être respectée par les tribunaux français, notre ordre public absolu n'étant point d'ailleurs en jeu. Refuser d'appliquer l'art. 992 du Code néerlandais dans l'espèce, c'est méconnaître le droit qui appartient à chaque législateur de fixer comme il croit devoir le faire le statut personnel de ses nationaux (2).

Pour la même raison, les tribunaux étrangers devraient respecter la décision par laquelle l'art. 999 de notre Code civil défend aux Français de tester à l'étranger dans une forme olographe autre que celle qui est réglementée par la loi française.

Dans d'autres hypothèses le législateur ne s'explique pas aussi catégoriquement, il ne prévoit pas le conflit de lois, et n'enlève pas explicitement à ses nationaux la fa-

(1) Orléans, 3 août 1859, D. 59, 2, 158.

(2) V. En ce sens, Despagnet, *Précis*, p. 148, et l'étude précitée du même auteur sur « *La Règle Locus regit actum et l'Ordre Public* ». (*Revue pratique*, 1890).

culté de se conformer à la loi étrangère, consacrée par l'adage « *Locus regit actum* », mais la même solution résulte du caractère et du but de la règle de forme envisagée. Ainsi on ne saurait douter que les formes prescrites par les articles 457 et 458 de notre Code civil pour l'aliénation et l'hypothèque des biens des mineurs en tutelle, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, ne rentrent dans l'organisation de l'incapacité, qu'elles ne se rattachent à l'étendue des pouvoirs du tuteur sur les biens du pupille, et qu'elles ne relèvent à ce titre de la loi nationale de ce dernier.

Dans beaucoup de cas, la délimitation du domaine de la forme d'avec celui du statut personnel est très-délicate. Ainsi l'article 968 de notre Code Civil prohibe les testaments faits par deux ou plusieurs personnes dans un seul et même acte, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle. On peut être tenté de voir dans cette disposition une simple règle de forme, dont l'application serait subordonnée à la maxime « *Locus regit actum* »; en conséquence, on validerait le testament conjonctif fait par des Français en Espagne, la législation de ce pays ne contenant point de prohibition semblable à celle de notre art. 968. Cette manière de voir a été adoptée par certaines décisions judiciaires. Mais la considération de la forme paraît être, dans la question du testament conjonctif, d'un intérêt secondaire; si la loi annule ces testaments, c'est moins en vue d'imposer l'observation de formalités déterminées que parce qu'elle les soupçonne d'être peu sincères, ou tout au moins de n'avoir pas été rédigés dans l'absolue indépendance qui doit pré-

sider à la confection des actes de cette nature. L'article 968 paraît donc se rattacher à la liberté du consentement, question de fond, plutôt qu'à une question de forme. On peut donc y voir une restriction de la capacité des Français, les suivant même en pays étranger (1).

Les art. 1394 et 1395 de notre Code Civil donnent lieu à une difficulté analogue. Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer la controverse que soulèvent ces articles en droit international privé, et nous avons rappelé que l'une des opinions soutenues voit dans l'obligation de rédiger les conventions matrimoniales avant la célébration du mariage et dans l'interdiction de les modifier après cette date, des prescriptions de forme, dont l'application dépendrait de la maxime « *Locus regit actum* ». A notre avis, si l'on se place à un point de vue purement logique, le moment auquel un acte juridique doit être passé ne se confond pas avec la manière dont il doit l'être, avec les conditions qui concernent son mode de formation, de réalisation extérieure (2) : cette considération suffirait pour exclure les dispositions relatives à l'immutabilité des conventions matrimoniales du domaine de la forme. Mais ce qui nous paraît plus décisif encore en ce sens, c'est que le but que nous avons cru devoir reconnaître aux textes dont nous nous occupons, à savoir le maintien de la bonne harmonie dans les relations des époux, les rattache d'une manière intime à l'organisation de la famille, telle que

(1) V. en ce sens Despagnet, *La Règle « Locus regit actum »* et l'« *Ordre Public* ».

(2) Voir à ce sujet la thèse de M. Le Normand sur « *L'immutabilité des conventions matrimoniales* », p. 129 et suiv.

chaque législateur, dans la plénitude de sa souveraineté, a le droit de la comprendre et de l'imposer à ses nationaux, et à eux seulement. Aussi avons-nous considéré la règle relative à l'immutabilité des conventions matrimoniales comme une règle de statut personnel (1).

La même observation peut s'appliquer à la disposition de l'art. 331 de notre Code Civil, qui exige, pour que la légitimation s'accomplisse, que l'enfant soit reconnu au plus tard au moment de la célébration du mariage. Cette règle paraît avoir été édictée en vue de rendre impossible une fraude qui était fréquente dans notre Ancien droit : des époux dont l'union avait été stérile se procuraient une postérité mensongère en reconnaissant un enfant qui leur était en réalité étranger. Cette disposition intéresse donc l'état des personnes : elle a pour but d'empêcher que la qualité d'enfant légitime ne soit usurpée ; elle se rattache par suite à l'aptitude requise pour légitimer ou être légitimé, aux conditions de fond de la légitimation et non aux conditions de forme. Elle fait partie du statut personnel des Français. D'où il suit qu'elle s'impose à eux même en pays étranger, mais que d'autre part elle n'est pas opposable en France aux étrangers dont la loi nationale ne subordonne pas la légitimation par mariage à une reconnaissance faite au plus tard au moment de la célébration du mariage, par exemple aux Espagnols ou aux Italiens. Sur cette question, la jurisprudence française n'est pas fixée. Certaines décisions, notamment un arrêt de la Cour de Besançon du 25 juillet 1876 (dans

(1) En ce sens Despagnet, *loc. cit.*

Clunet, 1877, p. 238) envisagent la disposition de l'art. 331 comme une règle de forme ; d'autres paraissent la considérer comme une règle de statut personnel, par exemple un jugement du Tribunal de la Seine du 21 août 1876 et un arrêt confirmatif de la Cour de Paris (Clunet, 1877, p. 330)(1).

Certaines prescriptions de forme rentrent dans le statut réel. Il nous suffira de citer les plus importantes, celles qui ont pour but d'assurer la publicité des actes translatifs de propriété ou de droits réels, notamment celles qui concernent la transcription, l'inscription et la notification ou l'acceptation du débiteur pour la cession de créance (2). Ces formalités dépendent de la loi du lieu où se trouve la chose. Édictées en vue de protéger les tiers, elles intéressent l'ordre public territorial et s'imposent d'une manière absolue ; aucune option n'est possible en ce qui les concerne.

VII

Les règles de forme qui ne rentrent, ni dans le statut personnel, ni dans le statut réel, devraient être considérées d'après les principes comme étant de la compétence de la loi du juge saisi. En règle générale, et sauf les cas où une raison particulière tirée de la nature du rapport ju-

(1) Consulter à ce sujet l'étude de M. Despagnet sur « *La légitimation en droit international privé* », dans *Clunet*, 1888, p. 592 et suiv.

(2) Voir à ce sujet l'étude de M. Despagnet sur « *La règle Locus regit actum et l'Ordre Public* ».

ridique demande l'application d'une loi étrangère, la validité d'un acte doit être appréciée d'après la loi du pays où cet acte doit produire effet, où ses conséquences juridiques sont invoquées en justice. Lorsqu'un législateur édicte une règle de forme, et en dehors des hypothèses où son intention est de restreindre la capacité de ses nationaux, ou de réglementer la condition juridique des choses situées sur son territoire, le but qu'il se propose directement est d'interdire à ses tribunaux de sanctionner un acte dépourvu des formes qu'il a cru devoir exiger. La validité d'un acte, au point de vue de la forme, devrait donc être appréciée, en théorie, d'après la « *lex fori* ».

De là il résulte que l'acte qui satisfait aux exigences de forme de cette loi doit toujours être valide, alors même qu'il ne satisferait pas aux prescriptions de la loi du lieu où il a été passé. Mais il devrait en résulter en sens inverse que l'acte conforme à la loi du lieu où il a été formé, mais contraire aux règles de forme de la « *lex fori* », devrait être tenu pour nul. C'est ici qu'intervient la règle « *Locus regit actum* », fondée, à notre avis, sur les exigences de la pratique, et non sur l'application du droit strict : la « *lex fori* » abdique une part de sa souveraineté exclusive et admet la validité de l'acte passé en pays étranger conformément à la loi locale.

Doit-elle aussi reconnaître la validité de l'acte nul en la forme au point de vue de la loi du lieu où il s'est formé, mais valable au point de vue de la loi nationale commune des parties ? Ce résultat serait difficile à justifier si l'on basait la compétence de la « *lex loci*

actus » sur l'idée d'une sujétion forcée des parties à l'égard de la loi locale, comme le faisaient quelques-uns des jurisconsultes statutaires, ou sur le caractère d'ordre public des lois relatives à la forme, comme l'a fait M. Buzzati. Mais dans notre manière de voir, la règle « *Locus regit actum* », loin d'être une application de la notion d'ordre public, est au contraire une dérogation à cette théorie, dont la conséquence devrait être l'application exclusive de la « *lex fori* ». Le caractère utilitaire que nous avons reconnu à la règle « *Locus regit actum* » nous amène donc à une conclusion toute différente. Puisqu'elle a pour but de faciliter les relations juridiques au point de vue international, ce but sera d'autant plus largement atteint que l'on accordera une plus grande latitude aux parties en ce qui concerne la forme des actes. Il peut arriver qu'une personne momentanément expatriée reste plus familiarisée avec sa législation nationale qu'avec la loi du pays où elle se trouve ; ne pas lui permettre d'observer les formes prescrites par la loi de sa patrie, serait une rigueur qu'aucune nécessité pratique ne justifie, et qui n'aurait d'autre résultat que de multiplier inutilement, au grand préjudice de la sécurité des relations juridiques, les causes de nullité des actes. Il n'y a donc que des avantages à permettre l'option, au point de vue de la forme, entre la « *lex loci actus* » et la loi nationale commune des parties, toutes les fois, bien entendu, que cette option se trouvera matériellement possible.

Le caractère facultatif de la règle « *Locus regit actum* » est consacré en Droit positif français, mais dans une mesure limitée, par l'art. 999 du Code Civil, lequel donne

aux Français qui veulent tester en pays étranger la faculté d'opter entre la forme olographe réglementée par la loi française et la forme authentique telle qu'elle est fixée par la loi étrangère.

En doctrine, le caractère facultatif de la règle compte le plus grand nombre de suffrages. Cependant quelques auteurs considérables se séparent du sentiment général, notamment M. Asser. « On ne voit guère de motif, dit-il, de déclarer la règle facultative. Quelles que soient les considérations qui l'ont fait adopter, nous pensons qu'une fois adoptée, elle doit être obligatoire. Nous la croyons destinée à augmenter la certitude des faits juridiques. Or, cette certitude doit exister *a priori*, et être indépendante de tous déplacements subséquents (1). » Sans doute il serait fâcheux que la validité d'un acte juridique une fois passé fût sujette à des fluctuations à raison des divers pays où il pourra produire des conséquences juridiques et où sa validité pourra être appréciée par les tribunaux. Mais nous ne voyons pas comment cette incertitude pourrait résulter de la faculté d'option reconnue aux parties, au moment de la formation de l'acte, entre la loi du lieu de formation et leur loi nationale commune. L'objection de M. Asser ne nous paraît donc pas infirmer l'argument qu'on peut tirer des inconvénients qu'il y a à multiplier sans nécessité les causes de nullité des actes.

(1) Asser, *op. cit.*, p. 66.

CHAPITRE II

Des applications de la notion d'autonomie résultant de textes législatifs spéciaux.

I

Nous avons indiqué dans un chapitre précédent le principe général qui détermine le domaine de l'autonomie en droit international privé. Nous nous sommes efforcé d'établir que toutes les lois qui, envisagées au point de vue du droit interne, présentent un caractère impératif ou prohibitif, conservent ce caractère au point de vue international, de sorte que les personnes placées normalement sous leur empire ne peuvent s'en affranchir en se soumettant volontairement à une législation étrangère.

Cette règle, basée sur cette idée très-simple que la volonté du législateur ne peut être tenue en échec par celle des individus, cesse d'être applicable lorsque le législateur lui-même permet aux individus, à l'égard de certaines relations juridiques qu'il détermine, d'opter entre plusieurs législations différentes, même sur des points qui échappent rationnellement au domaine de l'autonomie. Nous avons admis dans le chapitre précédent, en ce qui concerne les règles de forme et malgré le caractère impératif de ces règles, une option possible entre la loi du lieu où l'acte

se forme et la loi nationale commune des parties. Cette exception à notre principe général était basée sur l'autorité de la coutume et justifiée par les besoins de la pratique. Mais des exceptions du même genre doivent être admises, dans tous les cas, rares il est vrai, où le législateur, par une disposition formelle, a déplacé lui-même les limites normales de l'autonomie au point de vue du droit international privé, et les a étendues au-delà, ou restreintes en-deçà du domaine des dispositions interprétatives ou supplétives.

II

Comment le législateur peut-il être amené à intervenir de la sorte ?

Les dispositions impératives ou prohibitives applicables aux actes juridiques où l'autonomie individuelle peut s'exercer, notamment aux conventions et au testament, sont de nature très-diverse, et se réfèrent à des objets variés. Quelques-unes sont édictées dans un but de protection individuelle : telles sont les règles sur les vices du consentement, sur l'incapacité des mineurs et des personnes judiciairement interdites, l'interdiction de la vente et des donations irrévocables entre époux ; d'autres se rattachent à l'organisation de la famille : telles sont les règles relatives à la réserve, les dispositions qui, en matière de conventions matrimoniales, interdisent aux futurs époux de modifier par leur contrat l'ordre légal des successions, de déroger aux dispositions relatives à la puissance maritale

ou aux droits qui appartiennent au mari comme chef de la communauté (art. 1388 et 1389 C. C.); d'autres prohibent des conventions qu'elles jugent immorales : telles sont celles qui défendent l'usure, qui dénie l'action en justice pour les dettes de jeu, qui interdisent les pactes sur succession future ; d'autres sont inspirées principalement par des considérations politiques ou économiques : par exemple la prohibition des substitutions (art. 896).

Tout en faisant des réserves au sujet de la classification générale des lois proposée par M. Pillet, nous avons admis avec lui que la véritable méthode du droit international privé doit consister dans une analyse de chaque disposition législative, en vue d'attribuer à chacune d'elles une sphère de compétence variable à raison du but dans lequel elle a été édictée, de l'intérêt social qu'elle a pour objet de sauvegarder. Or l'application de cette méthode peut avoir pour résultat de soumettre, par exemple, un contrat, à plusieurs législations différentes. C'est ainsi qu'indépendamment de la loi d'autonomie, il pourra relever d'une ou plusieurs législations, à raison de la nationalité des parties ; d'une autre, à raison du lieu où il est conclu ; d'une autre, à raison du lieu où il doit être exécuté, ou à raison de la chose qui en fait l'objet, ou enfin du lieu où sera intentée l'action en justice. Il faut en effet analyser isolément chaque règle prohibitive et rechercher quel est le pays dont l'ordre public pourrait être troublé par sa violation. En outre, sur les points où la loi n'a d'autre fonction que de suppléer au silence des parties, la législation applicable est celle que les parties ont expressément ou tacitement choisie, et leur liberté

d'option est en principe entière. De là un concours possible de plusieurs législations à propos d'un même contrat.

Ce résultat n'est pas exempt d'inconvénients. Il serait désirable qu'une relation juridique relevât autant que possible, au point de vue international, d'une législation unique : il serait ainsi plus facile aux parties de se renseigner exactement sur la portée, sur les diverses conséquences possibles de l'acte auquel elles prennent part. Il existe d'autre part entre les dispositions d'une même législation un certain rapport harmonique, une certaine unité de vues qui se trouvera brisée lorsqu'une même relation juridique sera réglée concurremment par plusieurs législations différentes.

Ces inconvénients pratiques ont été aperçus par M. Pillet, sans qu'ils l'aient cependant déterminé à abandonner la méthode qu'il juge avec raison la seule conforme au caractère du droit international privé théorique. « On arrivera sans doute, dit-il, en appliquant cette méthode, à soumettre un même contrat à plusieurs lois différentes suivant les aspects sous lesquels on l'envisagera. Cela est un inconvénient, nous le reconnaissons volontiers, mais ce même inconvénient existe dans toutes les doctrines qui ont été présentées sur ce même sujet. Il faudrait, pour l'éviter, soumettre par voie d'autorité un même contrat international à une seule et même loi déterminée « *a priori* » et qui ne pourrait être que la « *lex loci actus* » ; on obtiendrait ainsi l'unité, mais à quel prix, en subordonnant entièrement le régime légal des contrats au caprice des parties, en ruinant, d'une façon complète et irremédiable, l'autorité de toutes les lois relatives à

cet objet. C'est à quoi un jurisconsulte ne voudra jamais souscrire (1) ».

Il est certain qu'il n'appartient pas au jurisconsulte de prendre cette initiative ; il est lié par la nature des dispositions législatives dont il est l'interprète, et qu'il n'a pas le droit de modifier à son gré. Mais le législateur ne peut-il, frappé des inconvénients que nous avons signalés, apporter quelques dérogations à la rigueur des principes en vue de réaliser cette unité si désirable dans la réglementation d'un même rapport juridique ?

Ce *desideratum* ne peut être complètement atteint. Nous devons signaler cependant certains efforts législatifs qui ont été tentés pour y donner la plus large satisfaction possible. Nous avons déjà eu l'occasion de citer l'article 7 du projet de titre préliminaire rédigé par la commission belge de révision du Code Civil. Rappelons ici ce texte :

« Les obligations conventionnelles et leurs effets sont réglés par la loi du lieu du contrat. Toutefois préférence est donnée aux lois nationales des contractants, si ces lois disposent d'une manière identique. Ces règles ne sont pas applicables si, de l'intention des parties, constatée expressément ou manifestée par les circonstances, il résulte qu'elles ont entendu soumettre leur convention à une loi déterminée. La faculté accordée, à cet égard, aux parties contractantes, ne peut avoir pour objet que la loi nationale de l'une d'entre elles au moins, la loi du lieu du contrat ou la loi du lieu où celui-ci doit être exécuté.

1. Clunet, 1896, p. 18.

Les dispositions du présent article sont suivies quels que soient la nature des biens qui font l'objet de la convention et le pays où ils se trouvent ».

Ce texte contient une double dérogation au droit commun. D'une part il restreint, d'autre part il élargit les limites normales de l'autonomie.

Il les restreint en ce sens qu'il réduit la faculté d'option reconnue aux parties contractantes à la loi nationale de l'une d'elles au moins, à la loi du lieu du contrat et à la loi du lieu d'exécution. Cette disposition a été vivement critiquée par M. Rolin (1). Il faut reconnaître en effet que bien qu'elle laisse aux contractants une latitude assez grande pour n'être pas en pratique très-génante, elle porte cependant atteinte dans une certaine mesure au principe de la liberté des conventions consacré par l'article 1134 de notre Code civil. Ce principe voudrait que, sur les points où la loi est purement supplétive, le choix accordé aux parties en ce qui concerne la réglementation du contrat fût illimité. Il faut ajouter toutefois que même sous l'empire de la disposition que nous venons citer, si elle était convertie en loi, les contractants pourraient sans aucun doute incorporer dans leur convention les dispositions supplétives d'une législation autre que celles entre lesquelles se trouverait enfermé leur choix ; ce qui leur serait interdit, ce serait de se référer à cette législation « *in globo* ».

Notre texte élargit d'autre part les limites normales de l'autonomie, en ce sens que la loi adoptée par les parties,

(1) Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 519.

et qui est, sauf la preuve d'une volonté contraire, leur loi nationale commune ou la loi du lieu du contrat, doit régir celui-ci d'une manière générale, et non plus seulement sur les points qui sont réglés par des dispositions interprétatives ou supplétives. C'est ce qui paraît ressortir de la généralité même des expressions employés : les obligations conventionnelles et leurs effets sont réglés par la loi du lieu du contrat, et surtout des explications fournies par le rapporteur de la commission, M. Van Berchem, et qui tendent à justifier la limitation apportée par le même texte à la faculté d'option qui appartient aux intéressés. « Les diverses dispositions de l'art. 7, a dit M. Van Berchem, sont destinées à régler, non seulement la convention elle-même et son interprétation, mais encore ses effets, *tous ses effets*. Il a paru inadmissible de permettre aux parties contractantes de faire indirectement, par l'élection d'une loi quelconque, sans relation aucune avec les parties ou avec l'objet de l'affaire, ce qu'elles ne pourraient faire directement, c'est-à-dire de substituer absolument, pour les effets du contrat, même ceux qui tiennent à l'ordre public, leur volonté particulière à celle de la loi qui gouverne naturellement la convention (1) ».

On voit quelle est la pensée des rédacteurs du projet. Afin de réaliser dans la mesure du possible l'unité dans la réglementation des contrats qui présentent des points de contact avec plusieurs législations différentes, ils donnent à la loi d'autonomie une compétence générale sur toutes

(1) Cité par Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 520.

les questions que ce contrat est susceptible de faire naître. Mais ils s'efforcent de compenser dans une certaine mesure cette concession faite à l'autonomie par une restriction, et pour ne pas permettre aux parties de déplacer avec une liberté absolue la sphère d'application normale des règles d'ordre public, ils déterminent limitativement les législations qu'elles auront la faculté de choisir.

Nous disons qu'ils donnent à la loi d'autonomie une compétence générale. Cette proposition comporte deux restrictions qui s'imposaient en quelque sorte et qui sont consacrées par d'autres dispositions du projet. D'une part, la capacité des contractants reste régie par leur loi nationale (art. 4) ; d'autre part, la notion de l'ordre public international, confirmée, en termes obscurs il est vrai et peu satisfaisants, par l'article 14, permettra au juge saisi d'écarter la loi étrangère et d'y substituer la sienne propre sur tous les points où l'application exclusive de la « *lex fori* » sera considérée comme absolument indispensable au bon ordre social.

L'article 9 du Code civil d'Italie soumet aussi à la loi nationale commune des parties, et à défaut, à la loi du lieu du contrat, « la substance et les effets des obligations », expressions très-larges et qui paraissent comprendre l'ensemble de la réglementation applicable au contrat.

Le Code civil d'Italie consacre aussi le principe d'après lequel la capacité des personnes est régie par leur loi nationale ; il consacre aussi la réserve de l'ordre public international (art. 6, 11 et 12).

CONCLUSION

Dans un remarquable ouvrage consacré à la Méthode du Droit international privé, et où toutes les difficultés si complexes du sujet ont été aperçues et discutées, sinon résolues, M. Jitta a soutenu une thèse qui n'aboutit à rien de moins qu'à la négation du Droit international privé, conçu comme un système universel de règles fondées sur la raison et s'imposant également à tous les Etats. C'est en vain, suivant M. Jitta, qu'on analysera la nature des diverses espèces de rapports juridiques; ce procédé ne permettra point de découvrir dans chacun d'eux un caractère qui le rattache d'une manière objective, indiscutable, à la souveraineté de tel ou tel Etat. Inutilement décomposera-t-on, par exemple, en tous ses éléments, la notion de la capacité juridique; on n'y trouvera pas contenue en quelque sorte l'idée que la capacité doit être régie par la loi nationale de la personne plutôt que par celle de son domicile ou par celle du lieu où elle agit. La méthode de Savigny est donc impuissante à résoudre par elle-même les conflits de lois.

Pour rattacher un rapport de droit à une législation déterminée, le travail d'analyse du juriste est insuffisant; il faut l'intervention du pouvoir souverain. Cette intervention peut se manifester, soit à titre individuel, c'est-à-

dire par la décision isolée de chaque législateur résolvant pour son propre compte les conflits de lois susceptibles de se présenter ; soit d'une manière universelle, c'est-à-dire par l'action collective des divers États, se mettant d'accord pour adopter un ensemble de règles harmoniques, en vue d'assurer à chaque relation juridique une réglementation uniforme, dans quelque pays que cette relation puisse donner lieu à des litiges.

Il est sans doute désirable que le droit international privé prenne ainsi une forme positive, soit par l'action individuelle de chaque législateur, soit, ce qui vaut mieux encore, par suite d'une entente commune entre les États. Des faits nombreux, que M. Jitta relate avec soin, montrent que le droit international privé tend de plus en plus à entrer dans cette voie de réalisation pratique. Mais en attendant que sa codification soit une œuvre accomplie, il faut bien que la théorie supplée aux lacunes de la loi positive. Le conflit des lois civiles et commerciales se présente comme un fait normal, comme une conséquence inéluctable de la coexistence de plusieurs législations différentes, qui peuvent entrer en concours à propos d'un même rapport juridique. Ce conflit réclame impérieusement une solution, dont les éléments, à défaut de texte écrit, ne peuvent être puisés que dans des données rationnelles. Une étude de la fonction sociale des lois nous paraît être le seul moyen de déterminer la sphère d'application de chacune d'elles en cas de conflit.

Or il existe une catégorie de lois pour lesquelles cette délimitation est dictée d'une façon particulièrement claire par la nature et le but de ces lois : ce sont les disposi-

tions supplétives. Leur seul objet est de déterminer ce que les parties, qui se sont insuffisamment expliquées, doivent être réputées avoir voulu. La législation supplétive compétente est donc rationnellement celle qui est la meilleure interprète de la volonté des intéressés, c'est-à-dire celle à laquelle il est vraisemblable qu'ils se sont volontairement référés.

La théorie de l'autonomie a donc un fondement indiscutable. Mais on lui a quelquefois demandé plus qu'elle ne pouvait donner, en cherchant dans la loi d'autonomie la règle qui devait gouverner d'une manière générale certaines catégories de relations juridiques, telles que les conventions, le testament. Ces relations sont soumises, à certains égards, à des dispositions impératives ou prohibitives, dont l'application ne saurait être subordonnée à la volonté des particuliers.

Ainsi réduite au domaine que lui impose la rigueur des principes, la théorie de l'autonomie peut, dans la pratique, avoir deux inconvénients.

Le premier est d'entraîner quelque incertitude dans la détermination de la loi applicable en matière de droit supplétif, cette détermination se réduisant à une question de fait. Le correctif consiste dans l'admission de présomptions légales. Celles-ci ne doivent toutefois entrer en jeu qu'à défaut d'indications spéciales fournies par les circonstances de la cause. Il n'en est autrement que dans les hypothèses où la loi ne tient pas compte d'une intention tacite contraire à ses dispositions. Dans ces cas, si les formes auxquelles la loi subordonne la faculté de déroger à ses règles n'ont pas été observées, c'est uniquement

par présomptions légales que peut être faite la preuve de l'intention des parties.

Le second inconvénient est une conséquence directe de cette idée, que la loi d'autonomie ne doit s'appliquer, en bonne logique, qu'en ce qui concerne les dispositions purement supplétives. Il en résulte, ainsi que nous l'avons montré, qu'une même opération juridique peut se trouver soumise, à des titres divers, à plusieurs législations différentes. C'est là une conséquence assez fâcheuse. Il n'y aurait pas, d'autre part, de bien grands inconvénients à permettre aux parties, lorsqu'elles traitent dans des conditions qui font naître un conflit de lois, d'opter entre deux ou plusieurs législations en présence, même sur certains points qui, en pure théorie, devraient être exclus du domaine de l'autonomie, à condition bien entendu de reconnaître à chaque Etat le droit de tenir pour nulle sur son territoire toute convention qu'il juge contraire à une règle d'ordre public absolu. Cette double considération peut justifier certaines extensions qui ont été apportées par la loi ou par la pratique au domaine de l'autonomie, extensions accompagnées parfois d'une limitation dans le choix qui appartient aux intéressés entre les législations des divers Etats. Nous avons trouvé un exemple particulièrement remarquable de cette autonomie limitée dans la règle « *Locus regit actum* » et dans le caractère facultatif que la majorité de la doctrine reconnaît à cette règle. En dehors de cet exemple, qu'on peut considérer comme appartenant au droit coutumier international, nous avons eu à signaler certaines dispositions de droit écrit, notamment celles du Code civil d'Italie qui concernent les con-

ventions. Ces déplacements des limites théoriques de l'autonomie deviendront sans doute de plus en plus fréquents à mesure que le droit international privé prendra une forme positive, et que le principe de l'autonomie, demeuré en quelque sorte à l'état abstrait, passera dans la réalité vivante et pratique.

Vu le président de la thèse.
F. DESPAGNET

Vu : le Doyen,
BAUDRY LACANTINERIE

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Bordeaux
GASTON BIZOS

BIBLIOGRAPHIE

- D'ARGENTRÉ. — *Commentarii in patrias Britonum leges*. Commentaire sur l'article 218.
- ASSER. — *Eléments de Droit international privé, ou du conflit des lois*. Ouvrage traduit, complété et annoté par Rivier. Paris, 1881, 1 vol. in-8.
- AUBRY. — Le domaine de la loi d'autonomie en Droit international privé. *Journal de Droit international privé*, 1896, p. 465, 721.
- AUBRY et RAU. — *Droit civil français*, 8 vol.
- BAR (Ludwig Von). — *Das Internationale Privat-und Strafrecht* Hanovre, 1862.
- BARTIN. — Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale. *Revue de Droit international*, 1897, p. 335, 613.
- De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois. *Journal de Droit international privé*, 1897, p. 225, 463, 720.
- BEAUCHET. — Observations sur la réfaction des conventions matrimoniales entre étrangers se mariant en France. *Journal de Droit international privé*, 1881, p. 39.
- DE BOECK. — Note sur un arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1887. *D. P.* 88. 2. 265.
- Note sur un arrêt de la Cour de Douai du 13 janvier 1887. *D. P.* 87. 2. 121.
- BOISSAUME. — De la notion d'ordre public en Droit international privé, thèse. Paris, 1888.

BOSSION. — Du conflit des lois en ce qui concerne la substance des obligations conventionnelles, thèse. Paris, 1881.

BOUHIER. — Observations sur la coutume de Bourgogne.

BOULLENOIS. — Questions sur les démissions de biens. Paris, 1727.

— Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes et statuts. Paris, 1766.

BROCHER. — Cours de Droit international privé. Paris et Genève, 1882, 3 vol. in-8.

DE BUSTAMANTE. — El orden publico, estudio de Derecho internacional privado. Habana, 1893.

BUZZATI. — L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili. Torino, Unione editrice, 1891.

PAULUS CASTRENSIS. — In primam Codicis partem commentaria, L. cunctos populos (édition de Venise, 1591).

ROCHUS CURTIUS. — Tractatus ultrius juris (édition de Venise, 1581).

DESPAGNET. — Précis de Droit international privé, 3^{me} édition. Paris, 1899.

— L'ordre public en Droit international privé. Journal de Droit international privé, 1880, p. 5, 207.

— Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques. Journal de Droit international privé, 1898, p. 253.

— D'une nouvelle dénomination de ce qu'on appelle Droit international privé et de ses effets fondamentaux. Journal de Droit international privé, 1898, p. 5.

— La règle « *Locus regit actum* » et l'ordre public. Revue pratique de Droit international privé, 1890.

— De la légitimation en Droit international privé. Journal de Droit international privé, 1888, p. 592.

DEGUT. — Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils, thèse, Bordeaux, 1882.

DUMOULIN. — Œuvres (Molinæi opera, 1684), tome III.

FACHINÉE. — *Controversiarum juris*.

FOELIX. — *Traité du Droit international privé*, Paris, 1866, 2 vol. in-8.

FIGE PASQUALE. — *Le Droit international privé* (traduction Antoine), 2^e édition, Paris, 1891, 2 vol. in-8.

FROLAND. — *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, Paris, 1729.

FURGOLE. — *Des testaments*.

HERTIUS. — *De collisione legum*.

HUBER. — *Prælectiones juris civilis*.

JAY. — *De l'immuabilité des conventions matrimoniales en Droit international privé* : *Journal de Droit international privé*, 1885, p. 527.

JITTA. — *La méthode du Droit international privé*. La Haye et Paris, 1890, 1 vol. in-8.

KEIDEL. — *Le Droit international privé dans le nouveau Code civil allemand* : *Journal de Droit international privé*, 1898, p. 867 et 1899, p. 17.

LABBÉ. — *Du conflit entre la loi du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause* : *Journal de Droit international privé*, 1885, p. 5.

LAINE. — *Introduction au Droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts* : Paris, 1888-91, 2 vol.

— *Etude sur le titre préliminaire du projet de révision du Code civil belge* : *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890.

— *La conférence de La Haye relative au Droit international privé* : *Journal de Droit international privé*, 1894, p. 248.

— *De l'application des lois étrangères en France et en*

Belgique : Journal de Droit international privé, 1896, p. 241.

LAURENT. — Le Droit civil international. Bruxelles et Paris, 1880-82, 8 vol., in-8.

LE NORMAND. — De l'immutabilité des conventions matrimoniales, étude de Droit international privé, thèse : Rennes, 1898.

MERLIN. — Répertoire (V^e Testament).

PALLAMARY. — Des conflits de législations relatifs aux conventions matrimoniales en Droit français, thèse : Paris, 1881.

PILLET. — De l'ordre public en Droit international privé : extrait des Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble, 1890.

— Essai d'un système général de solution des conflits de lois : Journal de Droit international privé, 1894, p. 417, 711 ; 1895, p. 241, 500, 929 ; 1896, p. 5.

POTHIER. — Des donations testamentaires.

— Coutume d'Orléans : Introduction générale.

RENAULT. — Examen doctrinal : Revue Critique, 1883, p. 730.

PHILIPPE DE RENUSSEAU. — Traité de la communauté.

RICARD. — Du don mutuel.

RICAUD. — Des régimes matrimoniaux au point de vue du Droit international privé, thèse, Paris, 1886.

RODENBURGH. — De jure quod oritur ex statutorum diversitate.

ROGUIN. — La Règle de droit, étude de science juridique pure. Lausanne, 1889, 1 vol. in-8.

ROLIN ALBÉRIC. — Principes de Droit international privé et applications aux diverses matières du Code Civil. Paris, 1897, 3 vol. in-8.

SAVIGNY. — Traité de Droit romain, traduit par Guenoux. Paris, 1810-51, 8 vol. in-8, tome VIII.

SURVILLE. — Du rôle de la volonté dans les conflits de législations relatifs aux conventions matrimoniales. *Revue critique*, 1888, p. 150, 241.

— De la personnalité des lois comme principe fondamental du Droit international privé. *Journal de Droit international privé*, 1889, p. 528.

— Du contrat par correspondance, notamment dans les rapports internationaux. *Clunet*, 1891, p. 361.

VALÉRY. — Des contrats par correspondance.

VAREILLES-SOMMIÈRES(DE). — La synthèse du Droit international privé. Paris, 1897, 2 vol. in-8.

— Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois : Extrait de la *Revue de Lille*. Paris, 1899.

JEAN VOET. — *Commentarius ad Pandectas*.

PAUL VOET. — *De statutis eorumque concursu*.

WEISS. — *Traité élémentaire de Droit international privé*, 2^e édition. Paris, 1890.

— *Traité théorique et pratique de Droit international privé*. Paris, 1892-93, 3 vol. in-8. Tome III.

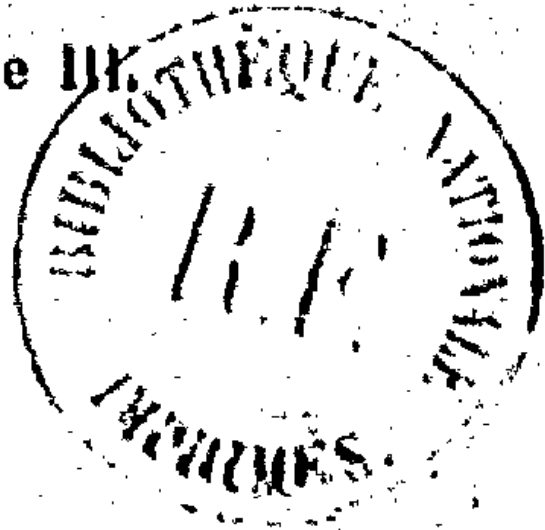


TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS	5

PREMIÈRE PARTIE

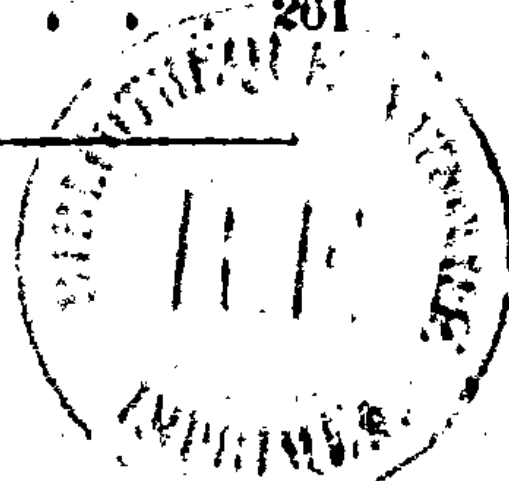
Théorie générale de l'autonomie en Droit international privé.

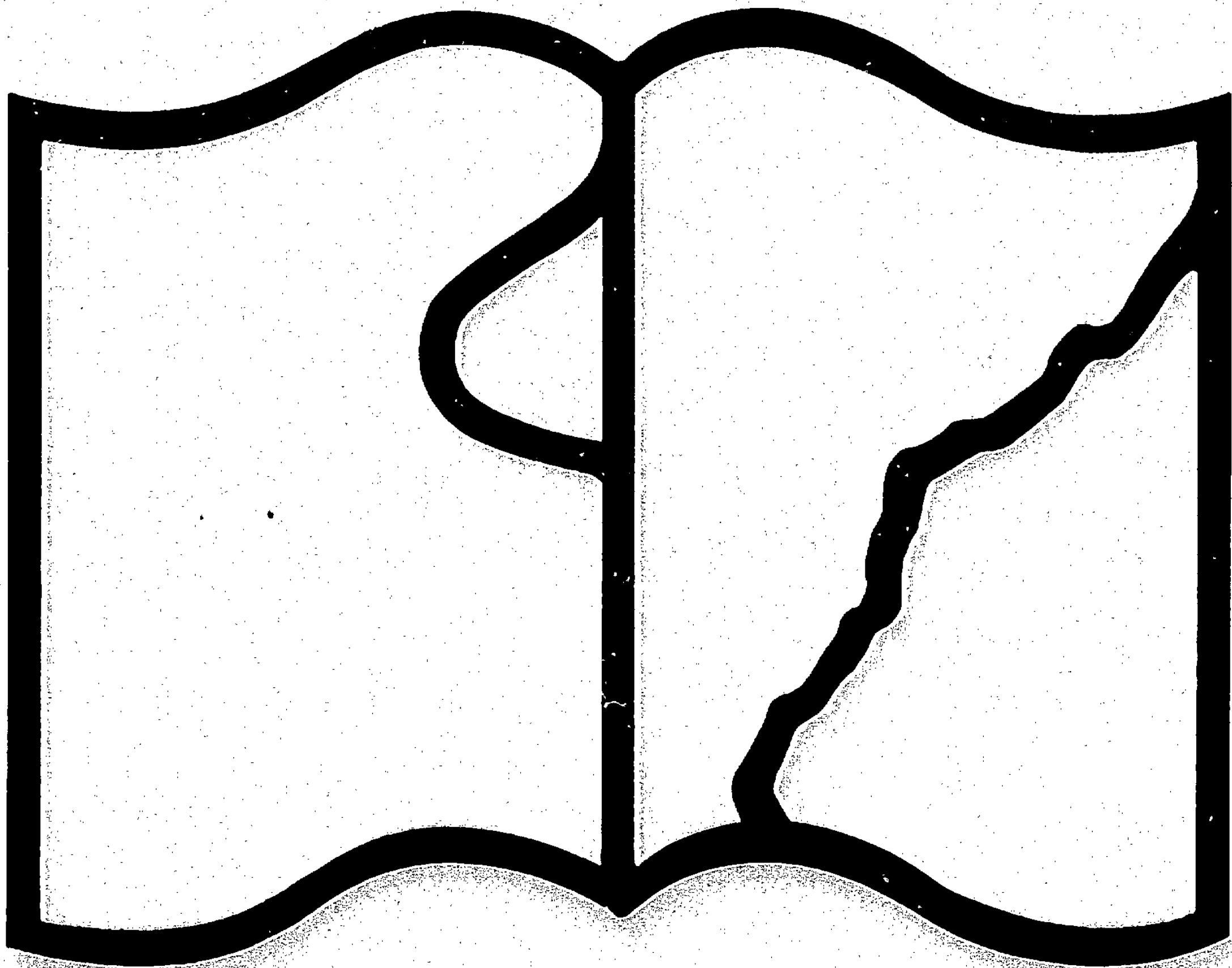
CHAPITRE I. — Fondement de la théorie de l'autonomie . . .	9
CHAPITRE II. — Du mode d'application du principe de l'autonomie	52
Section I. — Du cas où les intéressés ont manifesté leur volonté	51
Section II. — Du cas où les intéressés n'ont pas manifesté leur volonté	99
Section III. — Du conflit des législations qui déterminent la loi d'autonomie par voie de présomptions légales . .	114
CHAPITRE III. — Du domaine de la loi d'autonomie	125
Section I. — Première limitation	125
Section II. — Deuxième limitation.	135
Section III. — De la qualification des rapports juridiques relevant de l'autonomie	195

DEUXIÈME PARTIE

Des applications exceptionnelles de la notion d'autonomie.

CHAPITRE I. — Du caractère de la règle « <i>Locus regit actum</i> ».	209
CHAPITRE II. — Des applications de la notion d'autonomie résultant de textes législatifs spéciaux.	248
CONCLUSION	250
BIBLIOGRAPHIE	261





Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11

AVANT-PROPOS

PREMIERE PARTIE Théorie générale de l'autonomie en Droit international privé.

CHAPITRE I. - Fondement de la théorie de l'autonomie

CHAPITRE II. - Du mode d'application du principe de l'autonomie

Section I. - Du cas où les intéressés ont manifesté leur volonté

Section II. - Du cas où les intéressés n'ont pas manifesté leur volonté

Section III. - Du conflit des législations qui déterminent la loi d'autonomie par voie de présomptions légales

CHAPITRE III. - Du domaine de la loi d'autonomie

Section I. - Première limitation

Section II. - Deuxième limitation

Section III. - De la qualification des rapports juridiques relevant de l'autonomie

DEUXIEME PARTIE Des applications exceptionnelles de la notion d'autonomie.

CHAPITRE I. - Du caractère de la règle "*Locus regit actum*".

CHAPITRE II. - Des applications de la notion d'autonomie résultant de textes législatifs spéciaux

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE